



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIA

5° DE ABRIL DE 2021

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA LA CUAL ESTÁ SUBRAYADA O EL VIDEO.

También encuentran las sentencias o el video en el siguiente link
<https://www.ramajudicial.gov.co/web/relatoria-tribunal-superior-de-bogota/44>

SALA CIVIL

DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS SOCIEDADES SAS

PÁG 3 - 12

RESPONSABILIDAD CIVIL

PÁG 12 - 30

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

PÁG 30 - 41

NEGOCIO JURÍDICO PERMUTUA

PÁG 41 - 44

AGENCIA COMERCIAL

PÁG 44 - 50

ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

PÁG 50 - 55

ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

PÁG 55 - 61

LESIÓN ENORME

PÁG 61 – 71

RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES

PÁG 71 – 86

MERCADO DE VALORES – OPCIÓN DE COMPRA

PÁG 87 – 98

OPERACIÓN DE REPORTO

PÁG 98 – 104

RESPONSABILIDAD MÉDICA

PAG 104 - 117

SALA CIVIL

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN RADICADO: 11001-31-99-002-2018-00066-02

TEMA: Desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sas / la personalidad jurídica de las sociedades comerciales y la limitación de la responsabilidad patrimonial de sus socios / acciones sustanciales derivadas del uso fraudulento del beneficio de limitación de responsabilidad patrimonial de los socios de las sas / la inoponibilidad frente a terceros de la limitación de responsabilidad de los socios por sus actos fraudulentos / la nulidad de los actos defraudatorios.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

El actor pidió declarar la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades PERÚ MIX S.A.S., PERÚ MIX GROUP S.A.S. y FAST CASUAL GROUP S.A.S., como también reconocer que sus propietarios Juan Luis Vera Acayturri y Ana María Palacio García son responsables de la obligación que con él adquirió la primera sociedad en mención, toda vez que tramaron una serie de actos fraudulentos para insolventar a la deudora y traspasar sus activos a las otras prenombradas sociedades, constituidas para tal propósito.

Solicitó, también, declarar la nulidad de los actos calificados como defraudatorios, a saber:

a) La transferencia de los establecimientos de comercio Perú Mix Laureles y PMX Poblado, efectuada por Perú Mix S.A.S. a favor de Ana María Palacio.

b) La transferencia de la marca Perú Mix, realizada por Perú Mix S.A.S. a favor de Ana María Palacio y, la que ésta a su vez hiciera a Perú Mix Group S.A.S.

c) La constitución de las sociedades Perú Mix Group S.A.S. y FASR Casual Group S.A.S., las cuales se usaron para distraer los bienes que conformaban el patrimonio de Perú Mix S.A.S. y dejar a los acreedores de ésta sin garantía de pago de su crédito.

Consecuencialmente, reclamó declarar que Ana María Palacio García y Juan Luis Vera Acayturri deben responder directamente por el crédito existente a favor del demandante, por ser los artífices de las maniobras defraudatorias, como también por los perjuicios irrogados con el incumplimiento y con tal conducta; así mismo, declarar solidariamente responsable a Julián Roberto Muñoz

García, quien como accionista y presentante legal de Perú Mix S.A.S. facilitó el desarrollo de dicho ardid.

Por último, pretendió se condene a los demandados a pagarle la suma de \$62'000.000 más intereses moratorios y la cláusula penal de \$15'000.000 pactada en el contrato de inversión suscrito entre Perú Mix S.A.S. y el demandante, así como los honorarios de abogado acordados en el aludido convenio.

Sustentó tales súplicas en la situación fáctica que se sintetiza, así:

1. En mayo de 2013, Ana María Palacio García, Julián Roberto Muñoz García y Yulieth Marcela Gil Gil constituyeron la sociedad Perú Mix S.A.S., con el objeto de administrar una cadena de restaurantes denominada Perú Mix, en la ciudad de Medellín.

2. El 6 de mayo de 2013, Jeffrey William Merriman y Perú Mix S.A.S., representada legalmente por Julián Roberto Muñoz García, celebraron un contrato de cuentas en participación, con el fin de abrir un nuevo establecimiento de comercio que se denominaría "Perú Mix Laureles". El valor de la inversión fue de USD 16.500, a cambio de dividendos mensuales sobre las ganancias del establecimiento de comercio, los cuales sería pagados un año después de firmado el contrato.

3. El inversionista cumplió con su obligación en la fecha estipulada en el aludido negocio, pero Perú Mix S.A.S. nunca le pagó las utilidades correspondientes.

4. Las partes suscribieron un documento de "resciliación" del contrato de cuentas en participación, en el cual declararon que éste quedaría sin ningún efecto jurídico una vez se cumplieran las obligaciones allí

pactadas a cargo de la deudora, es decir \$72'000.000 pagaderos el 31 de octubre de 2015.

5. La sociedad sólo pagó al inversionista \$10'000.000, por lo que el 29 de febrero de 2016 las partes suscribieron un “*acta de actualización de la resciliación del contrato de joint venture*”, mediante la cual Perú Mix S.A.S. se obligó a pagar a Jeffrey Merriman la suma adeudada (\$62'000.000), en cinco cuotas mensuales, a partir de la fecha de este último acuerdo.

6. El 20 de abril de 2016 las partes suscribieron un “*otrosí a la resciliación del contrato de joint venture*”, en el que volvieron a modificar la fecha de cancelación de las cuotas, desde el mes siguiente hasta el 20 de septiembre de 2016.

7. En el referido otrosí también se pactó que Jeffrey Merryman es el propietario del 75% del valor de los bienes muebles que se encuentran en el establecimiento de comercio Perú Mix Laureles, de propiedad de Perú Mix S.A.S.

8. También convinieron una cláusula penal, equivalente al 25% de la deuda.

9. Perú Mix S.A.S. nunca cubrió la obligación a Merryman, por lo que éste inició el cobro ejecutivo, creyendo que contaba con la garantía para el pago de su crédito con los establecimientos de comercio Perú Mix Poblado y Perú Mix Laureles, la marca Perú Mix y los muebles del establecimiento Perú Mix Laureles, dado que todos ellos formaban parte del patrimonio de la deudora.

10. El actor no pudo hacer efectivo el pago coactivo del crédito, porque los socios de Perú Mix S.A.S. desaparecieron todo el patrimonio de ésta, el cual era prenda general de los acreedores; a pesar de lo cual los establecimientos de comercio siguieron operando de la misma manera y reportando ganancias.

11. En contra de Perú Mix S.A.S. cursaban veinte demandas ejecutivas, doce de las cuales fueron iniciadas por inversionistas a quienes nunca se les pagó su inversión en la sociedad.

12. El 29 de julio de 2016, Perú Mix S.A.S.

transfirió los establecimientos de comercio Perú Mix Laureles y Perú Mix Poblado (ahora PMX Poblado) a Ana María Palacio García, quien solo se inscribió como comerciante en la Cámara de Comercio de Medellín el 1 de agosto de 2016, esto es, el mismo día en que se registró la aludida transferencia en el registro mercantil.

13. Los socios no sólo transfirieron fraudulentamente los bienes de la sociedad Perú Mix S.A.S. sino que, además, vendieron bienes ajenos porque el 75% de los muebles de Perú Mix Laureles eran de propiedad del demandante.

14. De igual modo, el 20 de abril de 2017 transfirieron a Ana María Palacio García la marca Perú Mix, a la que asignaron un valor de \$220.000.000.

15. el 16 de enero de 2017 los demandados inscribieron en el registro mercantil la constitución de otra sociedad (GP10 S.A.S.), que figura como administradora del establecimiento PMX Poblado.

16. La sociedad GP10 S.A.S. tiene el mismo domicilio social que Perú Mix S.A.S.

17. El 24 de octubre de 2016 se constituyó otra sociedad, denominada Perú Mix Cocina Casual S.A.S., cuyos socios son Juan Luis Vera, Juan Gonzalo Velásquez y Jorge Gómez. Ella es propietaria del establecimiento Perú Mix Mercado del Río.

18. Además de Perú Mix Cocina Casual S.A.S. y GP10 S.A.S., Ana María Palacio y Juan Luis Vera constituyeron las sociedades M7 Group S.A.S., Perú Mix Group S.A.S. y Fast Casual Group S.A.S., todas con el mismo domicilio, los mismos socios, la misma actividad económica y administrando los mismos restaurantes.

19. Juan Luis Vera y Ana María Palacio tejieron un complejo entramado de sociedades por acciones simplificadas para distraer los activos de Perú Mix S.A.S. a sus socios, transfiriéndolos luego a otras sociedades con el mismo nombre, objeto, establecimientos de comercio y marca; inclusive, idéntica página WEB, operaciones ejecutadas como maniobras para defraudar a sus acreedores.

ANÁLISIS DE LA SALA

Están colmados los presupuestos procesales y no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado y, por consiguiente, procede emitir un fallo de mérito, precisando que la competencia de esta instancia está delimitada por los puntuales reparos formulados por el apelante y, por contera, a ellos se contraerá la resolución de la alzada (artículo 328 C.G.P.).

1. La personalidad jurídica de las sociedades comerciales y la limitación de responsabilidad patrimonial de sus socios.

La sociedad comercial es, por definición, un ente colectivo distinto a la persona de los socios individualmente considerados. De ahí que, una vez se ha constituido legalmente, su *personalidad jurídica* es el rasgo esencial que la distingue o caracteriza (inciso 2º del artículo 98 del Código de Comercio).

La personalidad jurídica es una situación que inviste a su portador de los efectos del ordenamiento jurídico, es decir, que le otorga derechos y le impone obligaciones. Es, en últimas, la facultad jurídica para ser sujeto de derechos y obligaciones. (Francisco Ferrara, Teoría de las personas jurídicas. Madrid: Reus, 1929. p. 319)

Lejos de ser el producto de la fantasía de los juristas o una “ficción”, como se creyó en el pasado, la personalidad jurídica es el reconocimiento de una realidad que en la actualidad no se discute. Los entes morales (llamados así por contraposición a los individuos corpóreos o naturales) hacen presencia y se manifiestan en todos los ámbitos de la sociedad, penetran en todas partes, influyen activamente en la economía y producen efectos sobre toda la población. Luego, no son la creación de la ley de una personalidad nueva sino una fórmula para reconocer la existencia jurídica de un fenómeno que surge en la sociedad y en la economía y que, por tanto, no puede ser ignorado por el derecho.

Aunque una de las características principales de los entes morales es que tienen un patrimonio separado y se presentan ante el comercio como una unidad económica distinta de los socios que la conforman, ello no significa que la personalidad jurídica se circunscribe o

limita a las relaciones patrimoniales, porque también concede otros atributos como el nombre, el domicilio, la nacionalidad, derechos públicos e, inclusive, en el ordenamiento patrio se les ha revestido de ciertos derechos susceptibles de tutela constitucional.

El patrimonio social es un atributo que permite responder con preferencia a los acreedores de la sociedad antes que a los socios, según la regla general contenida en el artículo 2488 del Código Civil, en virtud de la cual el patrimonio del deudor se constituye en prenda general de los acreedores. De ahí que, en caso de insolvencia, el patrimonio social conforma una masa activa y pasiva independiente de la de los socios.

La limitación de la responsabilidad patrimonial es una forma de evitar que la desgracia de los negocios, que por su naturaleza son siempre riesgosos y dependen de las contingencias del azar, conlleve a la ruina de los integrantes de la sociedad.

Dependiendo del tipo de sociedad comercial, los socios responderán solidaria e ilimitadamente, solidaria y limitadamente hasta el monto de su aporte, responderán solo en los casos taxativamente expresados en la ley, o no responderán de ninguna manera. Pero aún en las sociedades colectivas y en comandita, la responsabilidad patrimonial de los socios colectivos o gestores es subsidiaria a la del ente social, es decir que sólo responden con su patrimonio cuando los activos de la sociedad se han agotado.

En las sociedades anónimas simplificadas (SAS), cuya personería jurídica surge una vez inscrito el documento de constitución en el registro mercantil (Art.2º, Ley 1258 de 20084), el riesgo de los accionistas está limitado al monto del capital aportado (Art.1º ibídem). «*Esa consecuencia económica -explica Francisco Reyes Villamizar- surge, inequívocamente, de la personificación jurídica que la ley le atribuye a la SAS después de su constitución regular. El beneficio de la separación patrimonial, además, les permite a los accionistas la transferencia de activos, el manejo separado de estos mismos y la posibilidad de enajenar las participaciones de capital (acciones)*». (La sociedad por acciones simplificada. Bogotá: Legis, 2010. P. 100)

La limitación de responsabilidad de los accionistas de la SAS es plena, según lo dispone el segundo inciso del artículo 1° de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor «*el o los accionistas no serán responsables por las obligaciones laborales, tributarias o de cualquier otra naturaleza en que incurra la sociedad*».

La única excepción que consagra la norma a la limitación plena de responsabilidad patrimonial de los accionistas de la SAS es la prevista en el artículo 42 *ibidem*, referido a las acciones con las que cuentan los terceros que resultan perjudicados por los actos fraudulentos de los socios.

En conclusión, en línea de principio, en ese tipo de sociedad los socios no responden por las obligaciones sociales y, por tanto, el levantamiento del velo corporativo sólo acontece de manera excepcional en la hipótesis autorizada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, precepto que dispone la desestimación de la personalidad jurídica de la sociedad por acciones simplificadas cuando dicha empresa se utilice en perjuicio de terceros o en fraude a la ley; empero, a esa figura, en cualquier sociedad que la admita, incluyendo la SAS, según la jurisprudencia constitucional, debe acudirse de manera excepcional y restringida.

Cabe anotar, además, que el levantamiento del velo corporativo está fundado en la buena fe comercial y el no fraude a la ley, encontrando respaldo en la Carta Política que impone dos límites al derecho de asociación: (i) la prohibición de su uso abusivo y (ii) la protección de derechos ajenos.

2. Acciones sustanciales derivadas del uso fraudulento del beneficio de limitación de responsabilidad patrimonial de los socios de la SAS.

De conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley de la SAS,

«Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones

nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario».

La disposición transcrita consagra, con evidente falta de técnica legislativa, dos acciones que logran distinguirse del examen detenido de su tenor literal.

i) La extensión de responsabilidad patrimonial a los accionistas y administradores que hayan realizado actos defraudatorios contra terceros, o que hubieren participado en los mismos, o los hubieren facilitado; y

ii) La nulidad de los actos defraudatorios. El Código General del Proceso, en el literal d) del numeral 5° del artículo 24, extendió tales acciones a todos los tipos de sociedades sometidas a “la supervisión de la Superintendencia de Sociedades”, en términos que no son el mejor ejemplo de claridad conceptual ni de adecuación gramatical, veamos:

«La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios y la desestimación de la personalidad jurídica de las sociedades sometidas a su supervisión, cuando se utilice la sociedad en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados. Así mismo, conocerá de la acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios».

El elemento común determinante en ambas acciones es la conducta antijurídica y dolosa de los socios o administradores para defraudar a terceros. Por cuanto cada

acción tiene unos supuestos de hecho distintos que conllevan a consecuencias jurídicas diferentes, no es posible confundirlas en una sola figura; de ahí que resulte necesario el siguiente análisis.

2.1. La inoponibilidad frente a terceros de la limitación de responsabilidad de los socios por sus actos fraudulentos.

La primera consecuencia legal que sufren los socios o administradores por los actos fraudulentos que cometen contra los intereses o derechos de terceros consiste en que deben responder personalmente con su patrimonio por los daños que llegaren a causar con tales fraudes. Es decir, que no podrán escudarse en el beneficio de separación patrimonial y limitación de responsabilidad del que normalmente gozarían.

Este efecto jurídico se ha denominado, de manera ambigua, “descorrimiento del velo societario”, “levantamiento del velo corporativo” o “desestimación de la personalidad jurídica”.

En realidad, cuando se demuestra la intención fraudulenta que se escondía tras los actos cometidos a nombre de la sociedad para lesionar los derechos e intereses de terceros, lo único que se “desvela” es el aprovechamiento doloso de la figura societaria, la mera utilización instrumental del ente moral para realizar actos contrarios a su objeto social y a la finalidad para la cual fue conformado.

Pero es inapropiado e injustificado aludir al “levantamiento del velo societario” o a la “desestimación de la personalidad jurídica”, porque jamás se produce una confusión del patrimonio social con los patrimonios de sus socios o representantes defraudadores, ni mucho menos se desconoce, desestima o extingue la personalidad jurídica de la sociedad.

De hecho, la aplicación de la figura que se examina nunca genera consecuencias adversas en contra del ente moral, ni se afecta su patrimonio, ni se disminuye o compromete alguno de sus atributos; toda vez que las sanciones se imponen, exclusivamente, a las personas naturales que cometieron el fraude.

En estrictez, la personalidad jurídica de la S.A.S. permanece y lo que se desconoce es la responsabilidad limitada de los accionistas. De esa forma, la característica de la separación patrimonial propia de la sociedad se ignora frente a los accionistas que la utilizaron en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, mientras que la persona jurídica continúa normalmente el desarrollo de sus operaciones. Es decir, la omisión del ente social tiene por objeto hacer directamente responsable a quien (es) fraudulentamente se sirvieron de ella, esto es, perseguir a quien causó el daño.

Tampoco son justificados los temores respecto de una posible afectación a la seguridad jurídica o el aumento del riesgo que corren los inversionistas, toda vez que -se reitera- ni la sociedad comercial ni los socios que ajustan su comportamiento a la legalidad son destinatarios de algún tipo de sanción o reproche jurídico. Por el contrario, la extensión de la responsabilidad patrimonial personal a los agentes defraudadores es una forma de proteger los intereses de la sociedad y de sus socios regulares.

De ahí la importancia del entendimiento acertado de la figura, de su desmitificación, y de la necesidad de evitar el uso de metáforas (como la del velo) y de apelativos que lejos de aportar claridad y precisión conceptual, contribuyen a su confusión.

Los supuestos de hecho que deben quedar demostrados en el proceso son, entonces: *i)* la comisión de actos fraudulentos, los cuales llevan implícito, naturalmente, el dolo o mala fe del sujeto agente en su condición de autor, partícipe o facilitador; *ii)* la calidad de socio o administrador de quien comete tales actos; *iii)* que el fraude se haya cometido en nombre de la sociedad, es decir, valiéndose de ella como mero instrumento que se usa para esconder la voluntad fraudulenta de la persona natural que comete la trampa; *iv)* que el fraude produzca un daño jurídicamente relevante al tercero demandante, o sea que “la mera infracción de la ley” no legitima por activa a quien no demuestra que sufrió un menoscabo personal, real y cierto.

Se trata, indudablemente, de un caso especial de responsabilidad personal por la comisión de un delito civil, que adopta rasgos particulares dentro del régimen de

las sociedades mercantiles; lo que hacen de ésta una acción autónoma y diferenciada.

Una vez demostrados esos supuestos de hecho procede la declaración de la consecuencia jurídica que corresponde a este tipo de acción, esto es la inoponibilidad frente a terceros de la limitación de responsabilidad de los socios defraudadores; o lo que es lo mismo, que responden solidariamente con su patrimonio personal hasta el monto de los perjuicios que ocasionan a terceros con su conducta fraudulenta.

No está de más precisar que la ley no cualifica los actos fraudulentos que originan la extensión de la responsabilidad a los socios, por lo que puede ser invocada cualquier conducta activa u omisiva con esas características; como, por ejemplo, la desaparición u ocultamiento de los activos sociales que son prenda general de los acreedores, lo que sería solo una de las muchas especies de fraude.

2.2. La nulidad de los actos defraudatorios.

El pilar fundamental sobre el cual se erigen las relaciones sociales, económicas y jurídicas es la confianza. Sin ella es imposible que los sistemas u organizaciones sociales cumplan adecuadamente su propósito o función. De ahí que la confianza, buena fe, o *fides* sea exigible en todas las relaciones o transacciones que tienen trascendencia para el derecho, en todos los institutos jurídicos y en todos los ámbitos que permean el ordenamiento.

No obstante, la omnipresencia de la buena fe en los diversos contextos jurídicos no hace de ese postulado esencial un principio ambiguo, vago, general o abstracto; porque la buena fe asume un significado concreto dependiendo de la función que desempeña en cada ámbito del derecho.

Así, por ejemplo, la buena fe a la que alude el artículo 83 de la Constitución Política se refiere, exclusivamente, a las actuaciones de los particulares frente a la administración pública, y de ésta frente a aquéllos en todas las gestiones que se adelantan ante las autoridades de la República. Es decir, que se concreta a la presunción de buena fe en el ámbito del

derecho administrativo, sobre la cual se sustenta la doctrina de los actos propios.

Otro significado muy distinto se encuentra en el artículo 768 del Código Civil, alusivo al régimen de los bienes, su dominio, posesión y goce, al expresar la norma que *“la buena fe es la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraude y de todo otro vicio”*. Se trata, indudablemente, de una buena fe subjetiva entendida como conciencia de adquirir el dominio de la cosa por medios legales.

Por su parte, la buena fe prevista en el artículo 1603 del Código Civil cumple una función interpretativa en virtud de la cual los contratos obligan *“no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*. Este significado de buena fe es objetivo y contiene un criterio de interpretación de las cláusulas contractuales que imponen deberes de conducta cuando el contenido de la obligación no se deduce de su tenor literal sino *“de su naturaleza”*.

Existe, además, en el régimen de las obligaciones y los contratos, otro concepto de buena fe entendida como conciencia de probidad o licitud, es decir contrario a la mala fe, al dolo o al fraude en la celebración de los actos y negocios jurídicos. La ausencia de esta buena fe subjetiva en una de las partes vicia el consentimiento cuando esa mala fe o dolo fue decisiva en la celebración del convenio. La mala fe también puede dar lugar a indemnización de perjuicios contra la persona o personas que fraguaron el dolo (artículo 1515 del Código Civil).

Lo anterior permite vislumbrar la gran confusión que se esconde en el literal d) del numeral 5º del artículo 24 del Código General del Proceso, pues en éste se consagra la *“nulidad de actos defraudatorios”* que da lugar a responsabilidad solidaria *“por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados”*, lo cual entraña una evidente contradicción porque si el acto es declarado nulo entonces no puede generar ningún tipo de obligación y sólo produce los efectos contemplados en el artículo 1746 del Código Civil, esto es la restitución de las cosas *“al mismo estado*

en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”, teniendo en cuenta las consecuencias para el poseedor de mala fe que consagran los artículos 963 y siguientes *ejusdem* al momento de las restituciones mutuas.

Por ello, el artículo 1515 dispuso, con la sabiduría decantada por la tradición civilista, que la nulidad por el dolo que vicia el consentimiento sólo procede cuando la mala fe es obra de una de las partes contratantes y esa intención fraudulenta o torticera fue necesaria para obtener el consentimiento del otro estipulante.

En los demás casos, el dolo no produce nulidad sino, simplemente, indemnización de perjuicios contra quienes lo fraguaron o de él se aprovecharon. En tal hipótesis, la acción correspondiente no es de nulidad sino de responsabilidad por daños derivados de un ilícito civil, que toma aspectos del régimen común de los delitos y las culpas, pero se rige por los postulados particulares que hacen de ésta una acción con mayor grado de especificidad.

Como puede deducirse con facilidad, la acción de indemnización de perjuicios consagrada en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y en el literal *d*) del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso, es la misma acción que de manera ambigua se ha denominado de “*desestimación de la personería jurídica*”, pues comparte los mismos supuestos de hecho y produce las mismas consecuencias jurídicas, esto es la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada del socio o administrador que se escudó en la separación patrimonial de la sociedad para cometer fraude en perjuicio de terceros.

3. Una modalidad especial de fraude es el que da origen a la acción pauliana o revocatoria, consagrada en el artículo 2491 del Código Civil, la cual faculta al acreedor para solicitar la anulación de los contratos que el deudor realiza con el propósito de insolventarse y no cumplir su obligación.

La experiencia dicta que cuando una persona no quiere pagar sus deudas, una de las conductas que despliega es transferir los bienes que conforman su patrimonio para que el acreedor no pueda embargarlos. Se trata, por tanto, de negocios jurídicos que esconden la real intención de sacar los

bienes del patrimonio del deudor, mediante venta, permuta, donación o cualquier otro acto; lo que los diferencia de la simulación, en la que no existe esa verdadera intención.

Cuando la acción revocatoria prospera, los bienes enajenados por el deudor malintencionado o tramposo regresan a su patrimonio como prenda general que garantiza el pago a los acreedores.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado:

«Obvio que legítimo derecho asiste al acreedor de velar porque su crédito sea pagado; por lo que estará siempre atento a que el deudor tenga con qué hacerlo. Y sin pretender reanudar controversias que se antojan hoy superadas en torno al fundamento, contenido y alcance del modo como ejercerá ese poder de vigilancia, el caso es que tendrá puesta la mirada en el patrimonio del deudor, su única prenda general de garantía desde cuando, en una evidente humanización del Derecho, el sujeto obligado dejó de responder con su propia persona. Ciertamente no podrá exigir, ni entender que a ello se compromete un deudor, una administración exitosa o próspera de sus negocios; tampoco podrá restringir su libertad contractual para obrar conforme a sus designios. Pero, eso sí, le cabrá interés en que esa administración sea cuando menos diligente y leal. De modo de pensar que cuando así no se conduce el deudor, dispone el acreedor de herramientas varias para proteger su crédito y evitar que se hunda en lo ilusorio. Así, cuando lo que sucede es que su deudor, el mismo que tiene el deber jurídico y moral de satisfacer el crédito, en la celebración de sus negocios produce o agrava desviadamente su insolvencia, de tal suerte que haga imposible o más gravoso el cobro del acreedor (fraus creditorum), tiene éste la potestad de pedir que se deshagan negocios tales, precisamente porque experimenta que su acción de cobro ha sido debilitada. Dispone en tal caso el acreedor de la denominada acción pauliana. Su deudor, acá por acción, y no por pasividad u omisión como acontece en otros campos, verbi gratia, el de la acción subrogatoria, es merecedor de reproche, y lugar hay entonces para que el acreedor intente remediar la situación, trayendo de nuevo al patrimonio insuficiente de aquél lo que

sagazmente había sacado.» (Sala Civil, sentencia del 21 de junio de 2005, expediente 7804)

De las anteriores explicaciones se deduce que los requisitos que debe cumplir el acreedor para que prospere la revocación de los actos o negocios jurídicos mediante los cuales el deudor se insolventó, son:

i) La existencia de un crédito a favor del demandante y a cargo del demandado;

ii) Que el acto o negocio jurídico mediante el cual el deudor transfirió los bienes que conformaban la prenda del acreedor haya producido un perjuicio al acreedor demandante, consistente en la insolvencia del deudor. Es decir que, por regla general, nada impide al deudor disponer de sus bienes, y sólo cuando se demuestra la intención dolosa de insolventarse es procedente la revocación del acto jurídico.

iii) Que exista mala fe, dolo o intención fraudulenta del deudor en la celebración del negocio jurídico. Si el negocio jurídico es oneroso, la mala fe debe probarse tanto en el otorgante como en el adquirente; si es gratuito, basta demostrar la mala fe del deudor.

La Corte Suprema de Justicia ha definido los elementos estructurantes de la acción pauliana en los siguientes términos:

- Que el demandante sea titular de un crédito preexistente al acto cuestionado, a cargo del deudor demandado.

- Que el negocio impugnado, que ha de ser real, cause perjuicio a sus acreedores (eventus damni), en cuanto haya determinado o agravado la insolvencia del deudor.

- Que éste, por ser conocedor del mal estado de sus negocios, actúe con la intención de defraudarlos; pero si el acto se realizó a título oneroso, es menester que el tercero contratante tenga conocimiento del mal momento del deudor (consilium fraudis). (Sala Civil, sentencia del 24 de julio de 2002, expediente 5887).

Una característica fundamental de la acción pauliana es que su procedencia está supeditada a la insolvencia del deudor, pues si éste tiene bienes de fortuna con los cuales responder por sus deudas, entonces

el acreedor deberá perseguir tales activos sin que sea necesario anular los negocios jurídicos celebrados por el deudor, pues ningún perjuicio se le ocasionaría al primero.

4. De todo lo anterior se desprende que el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008 y el literal d) del numeral 5° del artículo 24 del Código General del Proceso consagran, de manera general, consagran dos tipos de acciones sustanciales en contra de los socios y administradores que realizan actos fraudulentos que perjudican a terceros.

Una modalidad específica de esos actos fraudulentos consiste en insolventar a la sociedad deudora con el propósito de no pagar a sus acreedores, caso en el cual éstos tendrán la opción de demandar la nulidad de tales actos (acción pauliana), o bien la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo del patrimonio personal del socio o administrador que realizó el acto malintencionado, lo que apareja la inoponibilidad frente a los terceros defraudados de la limitación de responsabilidad patrimonial que va implícita en su condición de sujeto diferente de la persona social.

Desde un punto de vista procesal, en estricto, no es posible acumular ambas pretensiones en la misma demanda porque son excluyentes entre sí, a menos que se propongan como principales y subsidiarias (numeral 2° del artículo 88 del Código General del Proceso).

En efecto, la institución jurídica tradicional, natural e idónea para garantizar el pago al acreedor defraudado es la acción pauliana o revocatoria en contra de la sociedad, pues con ella se logra el retorno al ente moral de los bienes que conformaban la prenda general de sus acreedores. Con esta acción se alcanza el propósito del acreedor de perseguir coactivamente los bienes de su deudor y obtener de esa manera el pago de la acreencia, lo que descarta la procedencia de la acción de indemnización de perjuicios en contra del socio defraudador por la sencilla razón de que el retorno de los bienes al patrimonio de la sociedad deudora comporta el cese del perjuicio.

Sólo en caso de que la revocación de los actos fraudulentos no alcance su cometido, como por ejemplo cuando los bienes

enajenados se han extinguido o se encuentran en el dominio de terceros adquirentes de buena fe, será procedente la acción de indemnización de perjuicios en contra del socio defraudador.

Ello es así porque el ejercicio de los derechos y acciones no puede dar lugar a su uso abusivo, de manera que no es admisible ejercitar contra el deudor una pluralidad de acciones que se dirigen al mismo propósito, desbordan la obligación a su cargo y le imponen una responsabilidad más gravosa de la que se deduce de su conducta, por muy dolosa que ésta haya sido. La sanción de la que se hace merecedora la persona que comete un acto fraudulento no puede sobrepasar los límites de la proporcionalidad, la racionalidad y la justicia que va implícita en los institutos civiles.

La concurrencia de ambas acciones es, además, contradictoria y excluyente en el plano sustancial porque –como ya se explicó– la revocatoria de los actos fraudulentos normalmente apareja la cesación del perjuicio que se ocasionó al acreedor, es decir que desaparece uno de los elementos estructurales de la acción indemnizatoria en contra del socio defraudador. Además, si los actos fraudulentos desaparecen del mundo jurídico en virtud de la declaratoria de nulidad, entonces ninguna obligación podría emanar de los mismos y no podrían seguir generando consecuencias en contra de las personas naturales que los celebraron, pues lo que procede en tal caso es el restablecimiento de la situación al estado en que se hallaba si no se hubiera celebrado el acto o contrato anulado.

Por lo demás, si lo que se demanda es la indemnización de perjuicios del socio o administrador que cometió el fraude, entonces lo que se busca es que los bienes que conforman su patrimonio personal sirvan para pagar la indemnización de los daños que sufrió el acreedor. Pero ningún sentido tendría que, por un lado, se lo condene a responder con su patrimonio personal y, por el otro, se disminuya ese mismo patrimonio con la devolución a la sociedad de los bienes que son prenda del acreedor, como se hizo en el fallo que se examina.

Todas esas medidas son innecesarias y sólo conducen a que se ponga en riesgo el pago de la deuda por las ambigüedades que genera la indebida acumulación de pretensiones. Nótese que, en el caso que se analiza, los bienes que conforman la garantía del acreedor son dos establecimientos de comercio y la marca Perú Mix, cuyo valor supera con creces el crédito del demandante, pues solo la marca fue valorada en \$220.000.000; mientras que la deuda de la sociedad Perú Mix S.A.S. a favor del demandante asciende a \$77.000.000 más intereses moratorios. Ahora bien, con la declaratoria de nulidad de los actos de transferencia, en línea de principio, esos bienes debían de retornar al patrimonio de Perú Mix S.A.S., con lo que desaparecería el perjuicio que se causó al acreedor. Pero, al mismo tiempo, el demandante pretende que esos bienes permanezcan en el patrimonio personal de los socios demandados que actualmente los tienen en su poder, para que de esa manera se haga efectivo el pago de la indemnización a título personal, lo que entraña una evidente contradicción.

En resumen: la sentencia no podía producir declaraciones contradictorias en el sentido de que los bienes retornaran al patrimonio de Perú Mix S.A.S. y, al mismo tiempo, permanezcan en el patrimonio personal de los socios defraudadores como garantía del pago de la indemnización a título personal.

Recuérdese que la demanda se inscribió en el registro mercantil, de suerte que los mencionados bienes están garantizando el pago de la condena por indemnización de perjuicios a cargo de los socios defraudadores; lo que excluye la posibilidad de que, al mismo tiempo, retornen al patrimonio de Perú Mix S.A.S., sobre todo cuando tal medida es innecesaria si, al fin de cuentas, cumplirá el mismo propósito de servir de prenda para el pago de la acreencia a favor del demandante. Las órdenes impartidas a la Cámara de Comercio de Medellín son, por lo tanto, ambiguas.

Sin embargo, por cuanto tales asuntos no fueron materia de la apelación y fue la parte demandante quien dio lugar a la confusión con la indebida acumulación de sus pretensiones, no serán objeto de pronunciamiento en la parte declarativa de esta sentencia. Ello por cuanto, iterase, la competencia de esta instancia está limitada

por los concretos y puntales reparos formulados por el apelante al fallo opugnado, según lo prescrito por el artículo 328 del C.G.P.

Como si fuera poco, el apelante pretende que se “*desestime la personalidad jurídica de Perú Mix Group y de Fast Group S.A.S.*” y se condene a Juan Luis Vera Acayturri por haber propiciado el fraude.

Frente a la primera petición, basta reiterar que el efecto de esa acción es declarar la responsabilidad personal de los demandados defraudadores, es decir que no pueden escudarse en la diferenciación de patrimonios que normalmente va implícita en su condición de socios. Mas, esa consecuencia jurídica ya se logró cuando en el numeral segundo del fallo de primera instancia se declaró la responsabilidad solidaria de Ana María Palacio García y Julián Roberto Muñoz García, la cual no es materia de discusión en esta instancia.

De manera que carece de todo sentido y utilidad hacer una nueva declaración que conduciría al mismo resultado que ya se obtuvo con el fallo de primera instancia, esto es condenar solidariamente a los socios defraudadores a que paguen con su propio peculio el perjuicio que causaron al demandante; sobre todo cuando no quedó demostrado que *Perú Mix Group y Fast Group S.A.S.* se constituyeron o utilizaron

para defraudar sus intereses. Memórese que los actos fraudulentos consistieron en extraer de Perú Mix S.A.S. los bienes que conformaban la prenda del acreedor y, en tal virtud, se ordenó su revocación, con lo que se restableció la situación que garantiza el pago de la deuda y desapareció el daño ocasionado al demandante. Además, la acción de inoponibilidad de la limitación de responsabilidad de los socios defraudadores es residual y subsidiaria porque si la sociedad deudora tiene bienes para responder por sus obligaciones, entonces no es procedente declarar la responsabilidad personal del socio o administrador.

Con relación a la solicitud de condena a Juan Luis Vera, es suficiente dejar en evidencia que no tiene la calidad de socio o administrador de Perú Mix S.A.S., por lo que no se cumple uno de los requisitos para la prosperidad de las acciones consagradas en el artículo 42 de la Ley de la SAS; y, en todo caso, con la anulación de los actos fraudulentos el acreedor recuperó su prenda y cesaron los perjuicios que sufrió. Luego, faltaría el elemento estructural del daño real, actual y cierto, sin el cual la acción indemnizatoria se torna improcedente.

5. Por las razones que se han dejado expresadas, se confirmará la decisión apelada, sin que haya lugar a la imposición de condena en costas de esta instancia.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: 11001-30-030-31-2011-00324-02

Tema: Responsabilidad civil / indemnización perjuicios irrogados por las imperfecciones en la construcción del inmueble / determinación de la acción sustancial sobre la cual versa el litigio / responsabilidad por ruina o defectos de construcción de edificios / acciones judiciales instituidas para perseguir la indemnización de daños por defectos de construcción / acciones contractuales / la garantía decenal / tasación de perjuicios: daños patrimoniales –daños extrapatrimoniales (moral-vida de relación).

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

El actor instauró demanda de responsabilidad civil extracontractual contra las entidades convocadas para reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos, en razón de las imperfecciones presentadas en un apartamento construido por aquéllas; en consecuencia, pidió condenar a sus contendoras a indemnizarle

los perjuicios materiales irrogados, en la modalidad de daño emergente (consolidado: \$215.154.675.00 y futuro: \$4.140.000.00) y lucro cesante (consolidado: 157.868.462.00), como también los extrapatrimoniales (morales: 50S.M.L.M.V.; daño a la vida de relación: 25 S.M.L.M.V.), debidamente indexada la condena impuesta por el agravio material.

Fundó tales súplicas en la situación fáctica que se sintetiza, así:

1. El 9 de marzo de 2007, la Constructora Parque Central S.A. presentó a S.I. Sistema Integral Inmobiliario S.A. una oferta mercantil para la construcción del Proyecto Inmobiliario Plaza 39, la cual fue aceptada mediante la orden de servicio P39-028-07.

2. En la cláusula primera de la oferta se estipuló que el destinatario se obligaría para con el oferente a entregar los estudios técnicos, arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos, telefónicos y de ventilación, así como todos los diseños necesarios para la ejecución total de la construcción del proyecto Plaza 39.

3. El 20 de octubre de 2008, el señor Alexander Rodríguez Flórez compró a Hernando Cardozo Luna y Catalina Cardozo Ordoñez el apartamento 325, con su respectivo depósito y garaje, del Proyecto Plaza 39 Propiedad Horizontal, ubicado en la calle 39 N° 7-40 de la ciudad de Bogotá, por el precio de \$197.000.000.

4. La entrega del inmueble se efectuó el 4 de septiembre del mismo año, según consta en la respectiva acta de entrega.

5. Sin haberse cumplido un mes de la entrega, se presentaron filtraciones en el techo, las cuales ocasionaron daños en la alfombra, el gimnasio y la alcoba principal. Esta situación fue informada de inmediato a S.I. Sistema Integral Inmobiliario.

6. Mediante comunicado del 5 de noviembre de 2008, Sistema Integral Inmobiliario S.A., por conducto del arquitecto David Sanjuán, reconoció las filtraciones de la placa superior del inmueble y los daños ocasionados a los bienes del señor Rodríguez, manifestando que procedería a corregir la impermeabilización y a retirar y reinstalar el acabado del piso.

7. S.I. Sistema Integral Inmobiliario S.A. se demoró cinco meses en realizar obras superficiales, tales como aplicación de resanes y pintura en los lugares que presentaban filtraciones, las cuales no resolvieron el problema.

8. Las labores estéticas efectuadas por

Sistema Integral Inmobiliario fueron insuficientes, por lo que el propietario del apartamento informó a la empresa sobre la existencia de grietas, manchas, filtraciones y humedad.

9. Sistema Integral volvió a ejecutar obras superficiales sin resolver el problema de filtración en la placa superior, razón por la cual el 16 de octubre de 2009 el dueño del inmueble la requirió nuevamente para que realizara una reparación definitiva.

10. Una vez más, la sociedad constructora hizo reparaciones meramente estéticas, sin ejecutar las medidas requeridas para poner fin a los problemas de filtración.

11. Como consecuencia de lo anterior, se produjo un gran represamiento de agua en el techo de la habitación, al punto de amenazar con romper la placa, viéndose el propietario del apartamento obligado a taladrar orificios para propiciar la caída del líquido, todo lo cual generó un escenario decadente y nocivo para la salud de los residentes.

12. Luego de cuatro intervenciones superficiales en la placa superior del apartamento por parte de Sistema Integral Inmobiliario, el 15 de abril de 2008 el comprador volvió a informar a esa entidad acerca de las deficiencias de construcción que seguían generando filtraciones y le ocasionaban daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

13. El 18 de mayo la sociedad le manifestó: *“La placa superior de la habitación presenta marcas de filtración en un área aproximada de 1.50 m² y perforaciones de taladro (...) El muro blanco contiguo presenta marcas de humedad (...) La placa superior del estudio presenta una mancha en un área aproximada de 40 cm² y unas manchas de agua que rodaron por la pared posterior, lo cual indica que puede haber alguna filtración”*.

14. Por cuanto el propietario realizó modificaciones en el inmueble, la empresa solicitó el concepto de un experto para que informara sobre la posible incidencia de tales obras en el problema de filtración, frente a lo cual el profesional contratado refirió: *“(...) el izaje y la ejecución de la obra en el sistema que está propuesto no tiene afectación estructural sobre el sistema estructural actual en el que se encuentra edificada dicha construcción.*

Además los cielos rasos y muros falsos que se instalarán en dicho apartamento no generan mayor peso a dicha estructura, por ser un sistema de obra liviano y de fácil ejecución”.

15. En concepto técnico del 29 de noviembre de 2010 se indicó:

- En el primer nivel (piso 3) se hallaron humedades en la totalidad de los antepechos y dinteles de las ventanas, estas humedades comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura, siendo más notorio en los antepechos, pues los guarda escobas de madera también se encuentran afectados y han comenzado a presentar hongos lo cual es un signo de inicio de pudrición.

- En el segundo nivel además de las humedades que se presentan en las ventanas (dinteles y antepechos), que también comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura y guarda escobas de madera, existen además filtraciones de agua proveniente de la terraza que sirve como cubierta al apartamento.

- Estas filtraciones han generado un grave deterioro de los cielos rasos de la alcoba principal y área del estar, con sus respectivas consecuencias en los acabados de muros en los que la pintura se encuentra en mal estado así como los pisos de madera.

- Por lo anterior, hace que el apartamento en este momento no se encuentre en condiciones de habitabilidad, pues esta condición ha hecho que se tengan que abandonar los espacios de la alcoba y el estar del segundo nivel, quedando reducido el espacio del apartamento a la sala comedor del primer nivel.

16. Con relación a la filtración de agua de la terraza de la cubierta, el aludido concepto indicó:

- No se realizaron las pendientes convenientes para encausar el agua hacia los sifones de piso, lo que podría estar generando represamientos en distintas áreas de la terraza que posteriormente se

Agotada la etapa de sustentación del recurso de apelación y al no existir vicios que configuren nulidades, es procedente definir la segunda instancia mediante

filtra hacia el interior del apartamento.

- Los sifones de piso no fueron sellados convenientemente, dejando espacios entre la pared externa del sifón de PVC y el concreto de la torta superior del entrepiso.

- La placa de contrapiso en la terraza no fue impermeabilizada de forma conveniente, ya sea porque no se utilizaron productos de buena calidad como mantos, (fiber glas) o porque hubo descuido de los operarios en el momento de la ejecución de los trabajos, lo que ha generado esta situación.

- La filtración de agua por la terraza de la cubierta está ocasionando la oxidación de los aceros de la torta superior e inferior como las viguetas, lo que podría estar comprometiendo la estabilidad de la construcción.

17. En lo que respecta a las intervenciones realizadas por S.I. Sistema Integral Inmobiliario, en el referido concepto se concluyó: *“Sus acciones se han limitado a la aparición de silicona alrededor de los marcos de las ventanas y a resanar el cielo raso con estuco y pintura, y últimamente a la aplicación de pasta bituminosa por la parte de debajo de la placa, sin profundizar en las verdaderas causas del problema”.*

18. El 27 de abril de 2011 el señor Alexander Rodríguez informó a Sistema Integral Inmobiliario acerca del incremento de las filtraciones y afectaciones, esperando una solución efectiva y definitiva para poder descansar, habitar dignamente y disfrutar el inmueble adquirido.

19. A la fecha de presentación de la demanda las deficiencias en la construcción no habían sido reparadas, encontrándose el apartamento en condiciones inhabitables, inseguras e insalubres que afectan la integridad psicofísica de su propietario y su menor hijo.

ANÁLISIS DE LA SALA

sentencia de mérito, para cuya labor esta sede resolverá sin limitaciones, como lo ordena el inciso segundo del artículo 328 del Código General del Proceso, dado que ambas partes apelaron.

1. El tipo de acción que rige el caso.

La acertada calificación del instituto jurídico que regula la controversia es indispensable porque de ella depende la selección de los elementos estructurales que deberán ser demostrados para la prosperidad de las pretensiones o, en su defecto, de las respectivas excepciones.

Para poder delimitar el tema de la prueba y abordar los supuestos fácticos de la prescripción y de la legitimación en la causa hay que establecer previamente cuál es la acción sustancial sobre la cual versa el litigio, pues la responsabilidad contractual y la extracontractual tienen términos extintivos diferentes, y la legitimación que emana de cada una de ellas involucra a sujetos distintos.

Así fue reiterado recientemente por la jurisprudencia, al precisar que en virtud del postulado de la prohibición de opción ni las partes ni el juez pueden adecuar la controversia al tipo de responsabilidad que se les antoje, porque nuestro ordenamiento de derecho privado estatuye una innegable división de regímenes que no puede desconocerse bajo ningún pretexto, toda vez que ello conduciría a derogar todas las previsiones alusivas al régimen de los contratos, vulneraría la autonomía de la voluntad de las personas y socavaría la imperatividad de las normas que integran el subsistema de la responsabilidad por los delitos y las culpas.

En el régimen contractual, *«la obligación emana de un vínculo jurídico de carácter particular y concreto conformado previamente por los contratantes. La fuerza de ley que tiene el contrato ata a los contratantes, por lo que esa relación sustancial no puede ser desconocida mediante la invocación de las normas de carácter general, impersonal y abstracto que conforman el régimen de la responsabilidad extracontractual. (...) De no ser por la prohibición de elección entre uno u otro régimen se destruiría la fuerza vinculatoria de los contratos privados, con lo que el artículo 1602 del Código Civil pasaría a ser letra muerta»*.

De igual modo, *«la forma de indemnizar los daños en uno u otro régimen es completamente distinta, por lo que ni los contratantes pueden incumplir el vínculo*

particular que los ata cuando han prefigurado el alcance y los límites de esa indemnización, en caso de que ello sea jurídicamente admisible; ni los miembros de la relación jurídica-sustancial de carácter extracontractual pueden limitar su responsabilidad aduciendo causales eximentes de tipo contractual que carecen de fuerza vinculante frente a las previsiones legales imperativas. (...) La prohibición de opción entre ambos regímenes está justificada por la imposibilidad de limitar o extender el alcance de la indemnización cuando ello está proscrito por las normas del régimen general de la responsabilidad extracontractual, pero también por la imposibilidad de desconocer la fuerza obligatoria del contrato cuando no hay ley que lo impida».

La anterior distinción, claro está, se impone para las situaciones en las cuales la clasificación de la acción dentro de uno u otro régimen no ofrece dificultades:

«En el nivel de diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual hay casos de fácil caracterización. El incumplimiento de un contrato de compraventa no tendría por qué ser clasificado dentro del régimen general de la responsabilidad extracontractual. Y las lesiones sufridas por un peatón que es atropellado por un vehículo automotor no tendrían por qué ser clasificadas dentro del régimen de los contratos. En esos casos la elección entre uno u otro instituto no plantea dificultades pues la diferenciación se capta a simple vista.

(...) En el momento en que no es posible hacer esta identificación y diferenciación porque el caso concreto plantea características que desbordan a uno u otro régimen, se impone la necesidad de prescindir de esa distinción para entrar a caracterizar el instituto jurídico particular, que no forma parte de uno u otro régimen pero tampoco puede ser una mezcla o confusión de ambos».

Es innegable que la creciente complejidad de la realidad social rebasa las clasificaciones previstas originalmente por un legislador que sólo pudo vislumbrar las situaciones que se daban en su entorno social. Por ello, cuando no es posible encuadrar la solución del caso en uno u

otro régimen de responsabilidad, la controversia debe resolverse atendiendo los rasgos particulares delimitados por las normas que describen los supuestos de hecho en los cuales se sustentan las pretensiones.

Así ocurre en el caso materia de análisis, el cual se rige por disposiciones específicas que impiden circunscribir el debate jurídico exclusivamente en uno de los regímenes tradicionales de la responsabilidad, pues al respecto la jurisprudencia ha señalado que es indiferente la fuente obligacional que vincula a los empresarios de la construcción con los propietarios de las viviendas que sufren daños o averías por defectos de la edificación.

2. La responsabilidad por ruina o defectos de construcción de edificios.

«En el derecho romano –explica TRIGO REPRESAS–, el vecino de un edificio que amenazara derrumbarse tenía derecho de exigir del propietario de éste la cautio damni infecti, en cuya virtud el dueño del edificio ruinoso debía asegurar el pago de los daños y perjuicios de su caída si ésta se produjese, y emplazado a otorgarla, si no la daba se le entregaba al presunto perjudicado la posesión de la cosa que amenazaba producir el daño». Se trataba de una acción con una doble finalidad: prevenir el daño posible por la ruina de un edificio y asegurar el resarcimiento de ese daño una vez producido.

Las legislaciones del siglo XIX no prohijaron esa acción, pues entregar al perjudicado la posesión de la cosa amenazante de ruina era una solución excesiva y alejada de los principios inspiradores de las codificaciones modernas. En su lugar, se establecieron acciones de carácter policivo, encaminadas a prevenir los daños que los edificios, casas y templos pudieren causar a sus vecinos o a los peatones por el deterioro que el transcurrir del tiempo haya causado en su estructura; y otras acciones de naturaleza indemnizatoria.

Nuestro ordenamiento jurídico consagró una acción posesoria especial (artículo 988 del Código Civil) de carácter policivo para conminar al dueño del edificio ruinoso a demolerlo o repararlo, dependiendo de su estado de deterioro. De igual modo, el

artículo 8 del Decreto 1469 de 2010 (compilado por el Decreto 1077 de 2015) impone a los alcaldes la obligación de declarar, de oficio o a petición de parte, el estado de ruina de la edificación y ordenar su demolición parcial o total.

Adicionalmente, procede la acción para la protección de los derechos colectivos reconocidos en los literales l) y m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998, correspondientes a los de «seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente», y la obligación de realizar «las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes», procurando la adopción de las medidas pertinentes.

Asimismo, la ley sustancial civil estableció dos acciones de responsabilidad patrimonial contra el dueño del edificio para obtener el pago de los perjuicios que ocasione su ruina: la primera de ellas (artículo 2350) por haber omitido las reparaciones necesarias o por haber faltado al cuidado de un padre de familia; y la segunda (artículo 2351) si la ruina del edificio proviene de un vicio de construcción, caso en el cual la norma remite a la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060.

La situación prevista en el artículo 2350 no es más que un tipo casuista de responsabilidad por culpa, pues exige que los daños se hayan ocasionado por negligencia u omisión del dueño en la realización de las reparaciones necesarias, o por haber faltado a sus deberes de cuidado. Si no existiese esa norma, de todas maneras, el caso se enmarcaría indiferentemente en las situaciones generales reguladas por el artículo 2341.

En cambio, la responsabilidad señalada en el artículo 2351 prescinde del elemento subjetivo, toda vez que remite directamente a las obligaciones emanadas del incumplimiento del contrato de confección de obra, las cuales, por pertenecer al régimen contractual tradicional, son eminentemente de resultado, tal como lo previene la regla pertinente:

«Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes

a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2057 inciso final».

En ninguna parte de la citada disposición se requiere la prueba de la violación de los deberes de cuidado por parte del empresario de la construcción. Basta, para la configuración de esta responsabilidad, que el constructor o sus empleados hayan tenido el deber de conocer los vicios en razón de su profesión.

En ambos casos, el ingrediente normativo definitorio es la ruina total o parcial de la construcción, lo que conduciría a pensar que no es cualquier daño menor el que amerita el ejercicio de tales acciones sino, únicamente, un deterioro de graves proporciones que torne inminente su desplome o destrucción y ponga en grave peligro las vidas humanas. Así se desprende de las definiciones que ofrece el artículo 2.2.6.7.1.1.2. del Decreto 1077 de 2015:

«1. Edificio en ruina: Es el colapso total o parcial de una edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, como consecuencia de fallas en los materiales, el diseño estructural, estudio geotécnico, construcción de la cimentación y/o construcción de la estructura, que impide su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas.

2. Amenaza de ruina: Es el deterioro, defecto o deficiencia de la edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, como consecuencia de fallas en los materiales, el diseño estructural, estudio geotécnico, construcción de la cimentación y/o construcción de la estructura, que impide su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas».

La doctrina, sin embargo, ha aclarado que las acciones consagradas en el régimen de responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados por las averías de un edificio no sólo son aplicables a los estados

de “ruina” en sentido estricto, sino que también son extensibles a situaciones de menor gravedad que de otro modo quedarían sin tutela judicial por ausencia de norma que las regule.

«El concepto de ruina no debe identificarse con la destrucción o derrumbamiento en todo o en parte de la construcción, sino que ésta se configura con cualquier alteración o defecto determinante de daño a terceros y el concepto de edificio debe tomarse en sentido amplio, como equivalente a construcción, no requiriéndose que se trate de un edificio de varios pisos o de propiedad horizontal»

En un sentido similar, con relación a los artículos 2324 y 2003, regla 3ª del Código Civil Chileno (correspondientes a los artículos 2351 y 2060, regla 3ª del estatuto civil colombiano) se ha explicado que *«los daños sufridos a consecuencia de la ruina o defectos de construcción por quien encargó la obra y los que afectan a un vecino o a terceros en general, están sujetos esencialmente al mismo estatuto de responsabilidad».* (Subrayas por fuera del texto original)

Apuntando a la misma tesis, se ha anotado: *«(...) es esencial que el daño provenga de la caída de los materiales incorporados al edificio, de los materiales que lo forman o constituyen; sólo entonces hay ruina. De ahí que la caída de una teja, de una cornisa, de un balcón, de un trozo de mampostería, de una chimenea o de cualquier otro material incorporado al edificio, por insignificante que sea, constituye una ruina que hace aplicables los artículos 2323 y 2324 [correspondientes a los artículos 2350 y 2351 de la legislación civil nacional]».*

En la misma dirección, apunta la doctrina nacional:

«Los artículos 2060 y 2351 del Código Civil solo hablan de los daños que sean causados por la ruina de una edificación. Queda por resolver el problema de los daños que no provienen de una ruina o la amenaza de ella; tal, por ejemplo, unas escaleras que sin amenazar con derrumbarse presentan un defecto de construcción que las haga inservibles, o que por su causa produzcan daño a terceros. Antes de las modificaciones realizadas por el legislador francés, y ante

el mismo problema planteado, la jurisprudencia y la doctrina de aquel país habían resuelto que “en aras de la simplificación, era sin duda preferible considerar que los artículos 1792 y 2270 se aplicaran conjuntamente a todos los trabajos inmobiliarios y a todos los órdenes sin amarrarse a los términos “edificio” y “pérdida” del artículo 1792. Las pérdidas y defectos de todas las obras serían sometidos a las mismas reglas. (...)

La ley de 1978, ya citada, zanjó cualquier discusión y hoy día puede decirse que en el derecho francés todo daño proveniente de un vicio de construcción hace responsables a los constructores.

No vemos por qué en el derecho colombiano no pueda hacerse extensiva la garantía a daños diferentes a los de la ruina. La voluntad del legislador al consagrar la garantía decenal es la de obligar a los constructores a edificar en forma adecuada. Piénsese, así mismo, que la mayoría de los defectos de construcción solo se pueden percibir al cabo de los años y, por tanto, prácticamente le es imposible al comprador o al dueño del edificio detectar los defectos de construcción que, en cierta forma, son imperceptibles al momento de la recepción de los trabajos, o durante los primeros meses posteriores a la entrega.

Sin embargo, creemos que el vacío legal no tiene mucha importancia, por cuanto nuestro artículo 2060 habla de que la garantía decenal es aplicable si el edificio “perece o amenaza ruina”. Esto quiere decir que cualquier defecto de construcción que haga eventual la producción de un daño debe considerarse amparado por la norma. Si, por ejemplo, el desnivel de un piso hace que el agua lluvia se precipite sobre una de las habitaciones, la responsabilidad del constructor existirá ante la amenaza de que las aguas lluvias produzcan el deterioro de la construcción interior o de sus accesorios. En conclusión, podemos decir que la garantía decenal de los artículos 2360 y 2351 del Código Civil es aplicable a todos los daños provenientes de un vicio en la construcción, independientemente de que haya ruina».

Tales disposiciones son aplicables, según lo ha precisado la jurisprudencia, a relaciones extracontractuales y contractuales, y legitiman por pasiva tanto

a los constructores como a quienes posteriormente comercializan el inmueble:

«El evidente auge de la construcción de inmuebles y la existencia de normas que regulan específicamente su desarrollo así como las obligaciones y parámetros técnicos a seguir, y la especialización de roles al interior de esa actividad que permite identificar sujetos distintos del constructor, tales como promotores inmobiliarios, dueños de la obra, vendedores, gerentes de proyecto, financiadores, arquitectos, ingenieros de suelos, ingenieros calculistas, diseñadores de elementos estructurales y no estructurales, e interventores o supervisores técnicos, entre otros, ha determinado que cuando dichos bienes presenten deficiencias, sean diversas las opciones del adquirente para reclamar su protección en relación con los varios intervinientes.

De ese modo, en relación con el vendedor, el comprador de la vivienda puede denunciar la presencia de vicios ocultos o redhibitorios y perseguir la rescisión de la venta, la disminución proporcional del precio o la indemnización de los perjuicios causados (arts. 1917 y 1918 C.C.), la resolución o rebaja del importe acordado tratándose de compraventa mercantil (arts. 934 y 397 C. Co.).

Respecto del constructor también puede denunciar el incumplimiento de las normas técnicas especiales relativas a la idoneidad, calidad y seguridad del bien ante las autoridades administrativas competentes para que sean impuestas las sanciones correspondientes, o solicitar la efectividad de la garantías de eficiencia y calidad, cuya protección procura el Estatuto del Consumidor y el artículo 78 de la Constitución Política, que consagra en beneficio del consumidor la exigencia de la «calidad de bienes y servicios».

A los otros sujetos que participan en el proceso constructivo puede atribuirles la obligación de reparar los daños causados con su conducta, la cual es independiente de la que recae sobre la persona que, en definitiva, está a cargo de todo el proceso constructivo, frente a quien, ninguna de esas actuaciones impide perseguir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por vicios en la construcción, previa declaración de su responsabilidad

civil, regulada únicamente por el numeral 3° del artículo 2060 y el canon 2351 del ordenamiento sustantivo de esa especialidad.

(...) si una persona natural o jurídica se encarga de la construcción de bienes raíces y una vez edificados procede a venderlos, él también es responsable en los términos del numeral 3° del artículo 2060, de los daños que se causen al comprador en caso de que la cosa perezca o amenace ruina total o parcialmente en los diez años siguientes a su entrega, siempre que tal situación obedezca a vicios de la construcción, del suelo o de los materiales.

Tal es el caso del demandado, quien luego de construir las unidades habitacionales de la Urbanización Ipanema procedió a su enajenación, por lo que la responsabilidad derivada de la actividad de la construcción, se rige por lo estatuido en esa previsión normativa, de ahí que al concluirse por el sentenciador de la segunda instancia que era esa la llamada a regir la controversia, no incurrió en la transgresión que le endilgó el casacionista por aplicación indebida de dicho precepto».

Asimismo, están legitimados por activa tanto los compradores iniciales del inmueble como los subadquirentes:

«...en lo que respecta al cuestionamiento del censor relacionado con la indebida aplicación de esa misma disposición y la falta de aplicación del artículo 2351 de la ley sustantiva civil frente a la relación jurídica sustancial existente entre el demandado y la actora Norma Graciela Peralta Laiseca, en virtud de su condición de sub adquirente del inmueble, la Sala encuentra que tal desacierto tampoco halló configuración.

Si bien el canon 2060 alude a la responsabilidad contractual del constructor y el 2351 a la extracontractual, tipos que difieren según el deber de reparar los daños inferidos provenga del incumplimiento de las obligaciones singulares y concretas adquiridas por razón de su actividad, o dimanen de la transgresión del deber general de no causar daños a los demás, en este asunto no existía limitación alguna para que la señora Peralta Laiseca encaminara sus pretensiones por la primera de dichas vías.

Lo anterior, porque aunque es cierto que ella no le compró directamente a Marco Tulio Díaz Serrano la casa localizada en la Calle 8C No. 39-64 del conjunto residencial Ipanema, sino que la adquirió por venta que de la misma le hicieron Jairo Polo Salcedo y María Consuelo Díaz, quienes a su vez recibieron el derecho de dominio de Jaime Enrique Duarte Espinel, y él lo obtuvo del constructor, no solo la citada demandante es causahabiente, por acto inter vivos, del primer adquirente, sino que junto con el inmueble éste le transmitió la garantía contractual que, por mandato de la ley, es otorgada por el constructor, consistente en que el bien no perecerá o amenazará ruina dentro de los diez años siguientes a su entrega.

En razón a que la aludida garantía legal está vinculada a la propiedad del inmueble, y el sub adquirente deriva su derecho del propietario inicial, por lo que es causahabiente suyo, el último comprador o dueño actual no puede considerarse un tercero que necesariamente debe demandar por vía extracontractual al constructor, al que, además, se le reclama el resarcimiento, no con fundamento en el deber general de no dañar a otro, sino con sustento en obligaciones particulares y concretas que incumplió al edificar, siendo una sola entonces, la fuente de responsabilidad demandada.

En ese sentido, esta Sala explicó que además de que el artículo 2060 del Código Civil no distingue entre adquirentes directos y sub adquirentes a efectos de reconocer su derecho a reclamar al empresario constructor la indemnización de los daños inferidos con la ruina o perecimiento de la edificación, «se entiende que como esa garantía se activa cuando el edificio pereciere o amenazare ruina, en todo o en parte, en los “diez años subsiguientes a su entrega”, causados por los vicios referidos, la responsabilidad del constructor durante ese lapso sigue siendo la misma, sin consideración a las mutaciones del dominio, puesto que, en últimas, por razones de seguridad se exige que los edificios se construyan con la estabilidad, solidez y la firmeza suficientes para evitar su ruina».

Y agregó el pronunciamiento citado:

Por esto, algunas legislaciones atribuyen a los adquirentes o causahabientes del dueño de la obra, en protección del interés que precisamente tienen en la construcción, lo cual trasciende a la persona misma del contratante, una pretensión autónoma contra el empresario constructor, como se hizo ver en el cargo propuesto. Pero que otras no consagren expresamente esa responsabilidad, como la nuestra, no debe seguirse que no pueda reclamarse, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley para el efecto, mucho más frente a hechos sensibles en la actualidad causados por el auge que ha tenido la actividad constructora y su comercialización.

Así que con independencia de otras acciones que pueda ejercitar el actual propietario del inmueble contra su vendedor, no cabe duda que tanto el dueño de la obra como aquél, según sea el caso, pueden beneficiarse de la garantía prevista en el artículo 2060, ordinal 3° del Código Civil, cuando el edificio perezca o amenace ruina en el término de diez años siguientes a su entrega, por vicios de la construcción, del suelo o de los materiales, porque se trata de una garantía indisoluble y temporalmente ligada al edificio que no desaparece por las enajenaciones que del mismo o parte de él se hagan.

Por lo tanto, como la garantía en cuestión pervive, durante cierto tiempo, al edificio, resulta claro que en el caso de ser vendido, esto igualmente involucra, mientras esté vigente, dicha garantía, pues en caso de activarse, el enajenante no podría hacerla valer por ausencia de interés. Desde luego que exteriorizados los vicios en mención, con incidencia en la estabilidad, solidez y firmeza de la edificación, quien sufriría los daños es el propietario final, de donde absurdo sería no permitirle disfrutar de esa prerrogativa, pese a ser al único que beneficia.

En consecuencia, por tratarse de una garantía legal, que cobija también los eventuales daños a terceros que no deriven ningún derecho del dueño de la obra, causados por la “ruina de una edificación”, pero únicamente cuando provienen de un “vicio de construcción”, que no del suelo ni de los materiales (artículo 2351 del Código Civil), debe seguirse que siempre que se enajene un edificio o parte de él, la garantía en

cuestión se transfiere automáticamente, para ser reclamada en el caso de que el edificio perezca o amenazare ruina.

No se trata, por supuesto, de la transmisión de un derecho, como el de resarcimiento, sujeto a las normas de la cesión, porque para hablar de tal se requiere que la garantía decenal se haya activado, esto es, que el edificio se hubiere derrumbado o concretado la amenaza de ruina, de donde si esto no ha ocurrido en manos del contratante o dueño de la obra, es decir, antes de la enajenación, nada habría que ceder. Tampoco de una subrogación de los derechos de éste contra el empresario constructor, como en alguna parte se insinúa, porque en ese evento se necesita, entre otros requisitos, de la existencia cierta e indiscutida de una obligación y de un tercero que la paga, y esto no es precisamente lo que se predica en el caso (CSJ SC, 5 Jun. 2009, Rad. 1993-08770-01).

De las premisas que anteceden se colige que el juzgador ad quem no erró al aplicar a la solución del litigio el artículo 2060 del ordenamiento civil que versa sobre la responsabilidad contractual del constructor en lugar del artículo 2351 citado en el cargo, como quiera que a la demandante Norma Graciela Peralta Laiseca, en su condición de última adquirente, junto con el dominio del inmueble le fue transmitida la garantía legal consagrada en la primera norma, y por consiguiente, la pretensión de declarar civilmente responsable al constructor, se deducía en los términos de ese precepto».

Además de las acciones extracontractuales referenciadas en los párrafos precedentes, el comprador de la vivienda tiene la opción de demandar al vendedor por vía contractual para perseguir la rescisión de la compraventa o la disminución proporcional del precio, según le pareciere, de conformidad con las previsiones de los artículos 1914 a 1917 del Código Civil, con derecho a indemnización de perjuicios cuando el vendedor debía conocer los vicios por razón de su profesión u oficio (artículo 1918). De igual modo, cuenta con la posibilidad de solicitar la resolución del contrato de compraventa en los términos del artículo 1932 del Código Civil y de los artículos 934 y 937 del Código de Comercio.

Finalmente, el comprador del inmueble está amparado por la garantía decenal otorgada por el inciso final del artículo 8 de la ley 1480 de 2011 para reclamar los perjuicios ocasionados por vicios de estabilidad o errores de diseño, fabricación o construcción de la obra, y de un año para solicitar la reparación de los acabados, en virtud de la responsabilidad por productos defectuosos consagrada en el estatuto del consumidor.

3. A partir de una interpretación sistemática de la anterior dispersión normativa y siguiendo los lineamientos esbozados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, se logra concluir que el adquirente de un inmueble cuenta con las siguientes alternativas judiciales para perseguir la indemnización de los daños producidos por defectos de construcción:

3.1. Las acciones contractuales se restringen a las relaciones jurídicas que surgen entre vendedor y comprador, o entre quien encarga la obra y los profesionales o contratistas que las diseñan y ejecutan.

La acción resolutoria persigue deshacer el contrato o conminar a la parte incumplida a que cumpla lo pactado, con la correspondiente indemnización de perjuicios si a ello hubiere lugar.

La acción redhibitoria sólo procede cuando los vicios reúnen las calidades señaladas en el artículo 1915 del Código Civil, entre las cuales sobresale la condición de que el defecto exista al tiempo de la venta, de suerte que la sola probabilidad de su producción posterior al momento en que el riesgo se traslada al adquirente descarta el ejercicio de esta acción.

Se trata, como puede colegirse con facilidad, de acciones extremadamente limitadas tanto en la fuente obligacional de la que emana su ejercicio, como por los sujetos legitimados para promoverlas o para responderlas, las condiciones que las tornan viables, sus consecuencias jurídicas y el término para hacerlas valer.

Pero cuando el comprador no pretende la resolución de la compraventa, ni la rebaja del precio, o se trata de un defecto sobreviniente y no de un vicio oculto de la cosa, o busca que sea el empresario de la construcción (mas no el inmediato vendedor) quien le resarza los perjuicios sufridos por los errores o imperfecciones

de la edificación, la ley le otorga una garantía de diez años para la protección de su derecho.

3.2. La garantía decenal con la que cuenta el adquirente del inmueble para reclamar los daños generados por defectos o vicios de construcción posee las siguientes características:

a) Es indiferente si la fuente de la obligación es contractual o extracontractual. Bien sea que se demande con sustento en la regla tercera del artículo 2060 del Código Civil, por remisión expresa del artículo 2351 *ejusdem*; ora por la vía de la responsabilidad por productos defectuosos, estatuido especialmente para amparar los derechos de los consumidores, tales acciones son aplicables indistintamente a relaciones contractuales o extracontractuales.

Según el inciso final del artículo 8° de la Ley 1480 de 2011, *“para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año”*. En ninguna parte la norma circunscribe el beneficio de indemnidad al primer comprador del inmueble. Por el contrario, al tratarse de una acción de largo tiempo, se entiende que la garantía por defectos de construcción se transfiere automáticamente, por virtud de la ley, al adquirente final del edificio o de una parte de él, es decir al consumidor del bien raíz.

Así se desprende de la definición legal de consumidor o usuario: *«Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario»*. (Numeral 3° del Artículo 5° del Estatuto del Consumidor)

El principio de relatividad de los contratos sufre una erosión evidente en virtud de la relación de consumo, pues *«el consumidor puede ser un tercero ajeno a la compra, que no forma parte del negocio jurídico; sin embargo, bajo esta regulación se le da derecho al tercero que usó el producto a*

reclamarle a quien no fue su contraparte en un negocio».

En un sentido similar, la responsabilidad derivada de la regla tercera prevista en el artículo 2060 del Código Civil, cubre tanto relaciones contractuales como extracontractuales, tal como lo precisó la jurisprudencia reseñada líneas arriba, estando legitimado para reclamarla el adquirente final del inmueble: *«debe seguirse que siempre que se enajene un edificio o parte de él, la garantía en cuestión se transfiere automáticamente, para ser reclamada en el caso de que el edificio pereciere o amenazare ruina».*

b) La legitimación para responder por la garantía consagrada en el estatuto del consumidor está radicada, solidariamente, en el productor y el proveedor: *«5. Garantía: Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto».*

Esta tesis ha sido acogida por la doctrina nacional y comparada, tal como se evidencia en el siguiente extracto: *«Esta acción puede ser presentada contra el fabricante o el vendedor del bien, quienes son solidariamente responsables por las fallas del producto. Desde el punto de vista económico, es válida la solidaridad, ya que los dos obtienen utilidad por la venta del producto, y con su comportamiento crearon el riesgo y de paso obtienen utilidad por ello».*

Por su parte, la regla tercera del artículo 2060 del Código Civil llama a responder de los daños generados por defectos en la construcción al *“empresario o las personas empleadas por él que hayan debido conocer”* los vicios de construcción en razón de su oficio, quienes serán solidariamente responsables en los términos del artículo 2344 de la ley sustancial.

Cualquiera sea la alternativa elegida por el demandante para reclamar la indemnización que se viene tratando, están legitimados para responder civilmente el constructor, empresario, promotor

inmobiliario, dueño de la obra, vendedor, financiador, arquitecto, ingenieros, diseñadores de elementos estructurales y no estructurales, interventores o supervisores técnicos, y demás partícipes del proceso constructivo, quienes, debido a sus especiales conocimientos profesionales o técnicos, debían estar enterados del vicio o defecto.

Lo anterior no significa que los intervinientes en el proceso constructivo son automáticamente responsables por los daños derivados de los errores de la obra; pues la legitimación en la causa por pasiva sólo indica que los convocados a juicio están facultados para resistir las pretensiones. Si son o no responsables solidarios será una conclusión a deducir del respectivo debate probatorio.

c) La prescripción de la garantía por defectos de construcción es la decenal, pues así lo establecen de manera expresa tanto el artículo 8º del estatuto del consumidor, como la regla 3ª del artículo 2060 del Código Civil. Luego, para los efectos de la prescripción, es indiferente la vía a través de la cual se promueva la demanda.

d) Respecto del tipo de responsabilidad, impera el régimen objetivo con independencia de la opción que se escoja:

Si se trata de la acción judicial de efectividad de la garantía por producto defectuoso, sólo debe demostrarse el daño (consistente en la imposibilidad de satisfacer la necesidad de consumo por los defectos del producto), el hecho generador del mismo (la venta, construcción, fabricación o distribución de un producto defectuoso) y el vínculo causal entre ambos; sin que le sea exigible al consumidor demostrar la culpa del productor o proveedor, pues éste adquiere para con aquél una obligación de resultado. En tal sentido, el demandado sólo podrá eximirse de responsabilidad si prueba que el defecto del producto se debió a fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, no siendo admisible la invocación de su diligencia o cuidado para exonerarse de la obligación de indemnizar.

La solución es la misma si se demanda con base en la tercera regla del artículo 2060 del Código Civil, pues el contrato de

confección de obra al que alude la norma es eminentemente de resultado, lo cual excluye la posibilidad de relevar al deudor de responsabilidad con la demostración del cumplimiento de sus deberes de prudencia. De ahí que no es admisible imponerle al actor la carga de probar la culpa de su contraparte.

De este modo han quedado esbozados los rasgos distintivos del tipo de acción instaurada, los cuales sirven de sustento para negar la excepción de prescripción, toda vez que nada le impedía al demandante dirigir sus reclamos por la vía prevista en la tercera regla del artículo 2060 del Código Civil, por remisión expresa del 2351 *ibidem*, cuyo término extintivo es de diez años.

También la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva está llamada al fracaso, pues las dos demandadas admitieron en sus contestaciones haber celebrado el contrato de construcción por el sistema de administración delegada, en razón del cual Parque Central S.A. fungió como constructora y S.I. Sistema Integral Inmobiliario S.A. se comprometió a adelantar los estudios técnicos y diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos, telefónicos y de ventilación, así como todos los diseños necesarios para la ejecución total de la obra [folio 318]; hecho que fue admitido por las convocadas.

Acerca de la función desempeñada por Sistema Integral, el señor José Antonio Rojas, quien trabajó para esa empresa como técnico administrativo, afirmó que esa entidad era la encargada de comercializar y gerenciar el proyecto inmobiliario. [Folio 275, c. 1]

De manera que no sólo la constructora está legitimada para responder por la obra de su propiedad, sino, también, la empresa que elaboró los diseños y comercializó el proyecto.

4. En lo concerniente a los elementos de la responsabilidad endilgada a los demandados, los mismos obtuvieron debida comprobación en el proceso.

4.1. El defecto de la construcción quedó suficientemente demostrado con los

distintos medios de conocimiento allegados a la actuación:

Al respecto, el testigo Luis Hernando Munard Díaz, magister en derecho urbano, quien fuera llamado por el propietario para hacer una evaluación acerca del estado de conservación del inmueble, refirió: *«encontré humedades al interior del apartamento que provenían de la placa de cubierta y de las ventanas del apartamento (...). Las afectaciones continúan, observé que les han hecho algún tipo de tratamiento, pero la situación continúa igual»*. [Folio 259]

En el mismo sentido, el testigo Camilo Alfonso Arévalo Jiménez, arquitecto de profesión y vecino del demandante refirió: *«La construcción del Edificio Plaza 39, hasta donde yo sé, tiene problemas por diferentes aspectos, los más importantes son los acabados de las fachadas y las impermeabilizaciones de las terrazas y cubiertas y el sistema hidráulico de suministro de agua. Estos problemas los conozco desde el 2009 porque fui uno de los afectados por este tipo de problemas en mi apartamento»*.

Con relación a los problemas específicos del apartamento 325 indicó que lo visitó en fecha reciente a su declaración y vio: *«humedades en los techos de la alcoba principal y en los techos que dan sobre el frente de la terraza al Parque Nacional, humedades graves en las ventanas»*. [Folio 265]

Especial valor probatorio tiene el informe de verificación de hechos elaborado por la Secretaría de Hábitat de Bogotá, entidad que a partir de la inspección realizada el 5 de julio de 2010 puntualizó:

«1. En la visita efectuada se pudo constatar que la superficie del acabado de la placa de entrepiso, ubicada en la alcoba principal del segundo nivel, registra deterioro por filtraciones que se manifiesta mediante manchas, abombamiento y disgregación del revestimiento, razón por la cual se establece que si bien el informe de verificación de hechos N°11-1480 de 26 de septiembre de 2011, consignó que el referente en mención fue objeto de intervención y en su momento se encontraba subsanado, el registro actual demuestra que el deterioro por filtraciones

es evidente, razón por la cual se determina que persiste como una afectación grave.

2. La parte superior del vano de la ventana del hall de circulación, ubicado en el segundo nivel, registra manchas producto de filtraciones que generan deterioro y desprendimiento del acabado.

Para poder establecer el origen de la afectación se verificó la superficie externa que integra la fachada en la cual se evidencian signos de intervención mediante la aplicación de insumos que pretenden mitigar el impacto de filtraciones al interior del inmueble, no obstante, esta intervención no subsanó el inconveniente, razón por la cual se determina que persiste como una afectación grave». [Folio 196]

Coincide con las anteriores probanzas el concepto técnico rendido por el ingeniero Roberto Suárez Betancourt, quien luego de realizar una inspección técnica en el apartamento 325 del Edificio Plaza 39, concluyó:

«La construcción en general presenta varias humedades localizadas en diferentes áreas del apartamento.

En el primer nivel (piso 3) se hallaron humedades en la totalidad de los antepechos y dinteles de las ventanas, estas humedades comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura, siendo más notorio en los antepechos, pues los guarda-escobas de madera también se encuentran afectados y han comenzado a presentar hongos, lo cual es un signo de inicio de pudrición.

En el segundo nivel además de las humedades que se presentan en las ventanas (dinteles y antepechos), que también comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura y guarda escobas de madera, existen además filtraciones de agua proveniente de la terraza que sirve como cubierta al apartamento.

Estas filtraciones han generado un grave deterioro físico de los cielos rasos de la alcoba principal y área del estar, con sus respectivas consecuencias en los acabados de muros en los que la pintura se encuentra en mal estado así como los pisos de madera.

Por lo anterior, hace que el apartamento en este momento NO se encuentre en condiciones de habitabilidad, pues esta condición ha hecho que se tengan que abandonar los espacios de la alcoba y el estar del segundo nivel, quedando reducido el espacio del apartamento a la sala comedor del primer nivel». [Folio 84, cuaderno 1]

En concordancia con lo anterior, el arquitecto Jorge Alberto Melo Navarro, quien fue contratado por Sistema Integral para hacer las reparaciones en el apartamento en mención, destacó: «La primera vez que realicé el trabajo se me contrató como el mantenimiento de esa área que intervine cuando llegué encontré la terraza con hartas fisuras por todas partes; la segunda vez cuando regresé había ya fisuras sobre la media caña y nuevamente se presentaron en la terraza; por esta causa decidí volver a levantar el trabajo y volver a hacerlo». [Folio 30]

Las conclusiones que preceden fueron constatadas por el dictamen pericial rendido por el ingeniero Iván Fernando Parrado Granados, quien con relación a los daños conceptuó:

«Según los videos y fotos suministradas por el demandante (...) se observó que las afectaciones que aquejaron el apartamento 325 del Edificio Plaza 39 P.H., fueron una serie de humedades y filtraciones de agua localizadas en diferentes áreas del apartamento, como son:

- En el primer nivel: humedades en la mayor parte de los antepechos y dinteles de las ventanas, las cuales comprometen los acabados de los muros como es el pañete, el estuco y pintura, siendo más notorio sobre los antepechos.

- En el segundo nivel: humedades en la placa de cubierta en el área de la alcoba principal y en la placa de cubierta del estudio, lo que ha repercutido y afectado los acabados de los muros de estas áreas tanto la pintura como el estado de los pisos de madera». [Folio 85]

Las anteriores pruebas se estiman suficientes para tener por acreditado el daño padecido por el demandante como consecuencia de los defectos de construcción.

4.2. En lo que atañe a la relación causal entre el defecto de filtración de aguas lluvias y la conducta de los profesionales de la construcción, no hay que hacer mayores elucubraciones para deducir que si la placa superior del apartamento rezumó la humedad de las precipitaciones fue porque quedó mal construida. Ninguna otra explicación dictan las reglas del arte y de la experiencia, tal como lo corroboraron las siguientes pruebas:

Al ser inquirido por el origen del referido defecto, el testigo Luis Hernando Munard respondió: «La principal causa es un mal desarrollo de la construcción. Creo que faltó haber desarrollado mejor el diseño arquitectónico y cuando éste no se hace de manera holística se cometen fallas por omisión y esto redundo en un mal producto constructivo (...). En la última visita que efectué, observé el mismo deterioro del apartamento por la persistencia de las humedades producto de las filtraciones de agua de la placa que sirve de cubierta al apartamento y de las ventanas. Esto se debe a que no se tuvo en cuenta desde el diseño

inicial las características constructivas que fueren eficientes. Entonces, cuando uno observa los vanos de las ventanas, carecen de alfajías, los vanos de las ventanas tienen el desnivel hacia el interior del apartamento, lo que origina un represamiento de agua entre la ventana y el vano». [Folio 260]

Asimismo, el deponente informó sobre la persistencia del daño a pesar de las intervenciones realizadas por una de las demandadas: «Lo que observé de esas reparaciones es que no están realizadas de manera técnica, lo que hace que se convierta en una solución paliativa o inmediata, pero no llega al fondo de lo que se quiere subsanar». [Folio 260]

Insistió en que el apartamento no es habitable en las condiciones descritas «porque el deterioro continúa, y mientras no se acometan acciones reales el problema va a persistir, porque el ambiente y su calidad están enrarecidos por las humedades, porque esas filtraciones de agua de la cubierta pueden tener consecuencias estructurales graves. Si los aceros que conforman la estructura de la cubierta con el concreto se deterioran por el agua, obviamente no van a resistir una solicitud sísmica. Su resistencia se

minimizó. (...) preciso en que las condiciones en que se encuentra el apartamento actualmente, las personas que lo habitan presentan riesgo de contraer enfermedades respiratorias porque el ambiente está enrarecido, no es saludable. Uno como arquitecto busca que existan niveles de confort y este apartamento no lo tiene. El apartamento necesita urgentemente una intervención integral que solucione realmente los problemas que tiene, ya que las intervenciones que le han hecho y lo que observé, solo buscan como tranquilizar al propietario y no se da la solución al problema constructivo». [Folio 261-262]

A su turno, el declarante Camilo Alfonso Arévalo Jiménez, aseveró que halló «las causas de las humedades en las ventanas, en los marcos inferiores en las ventanas. Porque hay una contrapendiente del antepecho y porque no hay alfajías que hacen la función de goteros para que no haya este tipo de problemas». [Folio 266]

A la misma conclusión llegó el informe técnico presentado por el ingeniero Roberto Suárez Betancourt:

«Causas del problema. Con respecto a las humedades provenientes de las ventanas, los problemas son:

- Los vanos presentan problemas en su fabricación, las caras laterales se encuentran desplomadas, y en las caras superior e inferior se evidencia que el desnivel se dejó hacia el interior del apartamento, permitiendo el ingreso de agua por debajo de los marcos de la ventanería.

- Adicionalmente la ventanería no se encuentra totalmente descuadrada.

- La ventanería de aluminio contempla están diseñadas con una alfajía del mismo material, el cual no se instaló para estas ventanas.

- Hizo falta resolver en el diseño el detalle constructivo de un elemento arquitectónico que se llama alfajía. Este elemento tiene tres finalidades: uno, alejar el agua de la ventana para evitar que ésta se filtre por debajo del marco; dos, evitar que el agua se escurra por los muros evitando que éstos se manchen; y tres, generar un remate arquitectónico en las ventanas.

Respecto a la filtración de agua por la terraza de cubierta:

- *No se realizaron las pendientes convenientes para encausar el agua hacia los sifones del piso, lo que podría estar generando represamientos en distintas áreas de la terraza que posteriormente se filtra hacia el interior del apartamento.*

- *Los sifones de piso no fueron sellados convenientemente, dejando espacios entre la pared externa del sifón de PVC y el concreto de la torta superior del entrepiso.*

- *La placa de contra piso en la terraza no fue impermeabilizada de forma conveniente, ya sea porque no se utilizaron productos de buena calidad como mantos (fiber glass) o porque hubo descuido por parte de los operarios en el momento de la ejecución de los trabajos, lo que ha generado esta situación.*

La filtración de agua por la terraza de cubierta está ocasionando la oxidación de los aceros de la torta superior e inferior como de las viguetas, lo que podría estar comprometiendo la estabilidad de la construcción.

Notas finales: La constructora ha realizado algunas intervenciones al mencionado inmueble sin que hasta el momento se haya dado una respuesta técnica definitiva que repare los daños físicos y asegure la solución integral del problema. Sus acciones se han limitado a la aplicación de silicona alrededor de los marcos de las ventanas y a resanar el cielo raso con estuco y pintura, y últimamente a la aplicación de pasta bituminosa por la parte de debajo de la placa, sin profundizar en las verdaderas causas del problema». [Folio 87, cuaderno 1]

Por su parte, el arquitecto Jorge Alberto Melo Navarro, con relación al origen de los daños manifestó que fueron *«consecuencia por filtración por cubierta, humedades en techos y obviamente perimetrales en muro porque el agua bajaba a través de los muros, eso en lo que compete a la intervención en la cubierta»*. [Folio 30]

Por último, debe analizarse el concepto del perito Iván Fernando Parrado Granados, quien, debido a la falta de planos aseguró no poder determinar si las afectaciones

constructivas tuvieron como origen un error o defecto de diseño: *«Lo único que se puede notar –aseguró– es que debido a algunas fallas constructivas ya sea por omisión o por falta de una interventoría se cayeron en varios errores de construcción y de acabados. (...) Se puede determinar que las afectaciones constructivas que aquejaron el apartamento 325 del Edificio Plaza 39 P.H., tienen como origen un error en la instalación de los materiales empleados más que en la calidad, porque se pueden emplear buenos materiales pero si se instalan de manera inadecuada teniendo en cuenta los desplomes en las ventanas, o la aplicación del impermeabilizante en la terraza del apartamento 524 que sirve como cielo raso del apartamento 325 en su torta superior y la falta de un emboquillamiento adecuado de las tabletas instaladas en la superficie de dicha terraza entre otros, hace que se presenten dichas afectaciones»*. [Folio 85]

4.3. De ese modo han quedado demostrados todos los elementos constitutivos del tipo de acción invocada, sin que sea necesario adentrarse en el análisis del elemento subjetivo de la responsabilidad, pues al versar el artículo 2060 del Código Civil sobre una obligación de resultado, se presume que el incumplimiento de las prestaciones a cargo de las demandadas es atribuible a su negligencia o impericia, pues ninguna otra explicación razonable puede darse al hecho de haber entregado una obra con defectos de construcción, en los cuales un profesional eficiente no habría incurrido.

Por lo demás, el demandado en este tipo de obligaciones solo se exime de responsabilidad si demuestra que los daños se debieron a una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima), lo cual no ocurrió en este proceso. Luego, como la prueba de su diligencia o cuidado no es un motivo suficiente para exonerarlo de la obligación de indemnizar, deviene irrelevante adentrarse en el examen de su culpa.

5. La tasación de los perjuicios.

5.1. Daños patrimoniales.

Ninguna modificación sufrirá la cuantificación de la condena correspondiente a la lesión económica padecida por el actor, pues el monto de

\$2'827.153 al que ascendieron las reparaciones, fue el único que se probó en el proceso, tal como fuera advertido por el sentenciador de primera instancia.

No es procedente conceder el “*daño emergente consolidado*” por el valor del inmueble (\$215'000.000), pues el apartamento no quedó en estado de ruina total. Por el contrario, se demostró que se hicieron las reparaciones necesarias y no volvieron a presentarse las filtraciones. Por consiguiente, no hay motivo para otorgar la indemnización de un daño que no se ha producido.

En la sustentación de la apelación, el demandante increpó al juzgador de primer grado por no haber tenido en cuenta los documentos que corroboran el pago de cuotas de administración y del crédito hipotecario del apartamento durante siete años, aproximadamente. Sin embargo, no es posible darle la razón, pues la negativa a reintegrar tales rubros no obedeció a la ausencia de valoración de esas pruebas, sino a la inexistencia de un vínculo causal entre tales erogaciones y los defectos de la construcción. Con total independencia de los vicios de la obra, el comprador estaba obligado a pagar el precio del apartamento y las expensas de administración, sin que la presencia o ausencia de las filtraciones de agua tuviera la aptitud de variar mínimamente esa circunstancia.

Mucho menos es admisible reconocer el resarcimiento de las supuestas pérdidas por \$157'868.462 padecidas por el actor por la disminución de las ventas de su negocio, situación que atribuyó a “*la falta de descanso adecuado y los niveles de estrés*”. La razón de ello estriba en que, según el tenor del artículo 1616 del Código Civil, “*el deudor sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato*”.

Más allá de ello, la parte incumplida no asume ninguna obligación, a menos que se le pueda imputar dolo, lo cual no aconteció en este caso. Las demandadas, en fin, no tienen el deber de resarcir perjuicios imprevisibles y causalmente desligados de su comportamiento.

Tampoco hay elementos de juicio que permitan inferir “*la pérdida de la oportunidad de vender el inmueble*”, pues su propietario no acreditó la frustración de

una negociación lucrativa a causa de las filtraciones en el apartamento.

Una solución similar se dará a las conjeturas sobre la pérdida de objetos y documentos de gran valor para el demandante, pues tales afirmaciones no trascendieron el ámbito de la mera especulación.

5.2. Perjuicios extrapatrimoniales.

«La tasación de los daños no patrimoniales –tiene establecido la jurisprudencia– está dada por el criterio de razonabilidad del juez, pues esta noción intelectual le permite determinar en cada caso concreto si la medida simbólica compensatoria es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de sus bienes inmateriales e inestimables en dinero, como son su integridad psicofísica, su honra y buen nombre, su dignidad, su proyecto de vida, o sus sentimientos o afectos».

5.2.1. Específicamente, con relación al perjuicio moral, la Corte Suprema ha reiterado que *«hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental.*

Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.

Lo anterior, desde luego, “no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los

jueces”. (CSJ, SC del 15 de abril de 1997) La razonabilidad de los funcionarios judiciales, por tanto, impide que la estimación del daño moral se convierta en una arbitrariedad.

Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador».

Teniendo en cuenta los anteriores referentes, no es posible conceder la indemnización de este rubro, pues en el proceso no obran elementos de juicio que permitan inferir, con la razonabilidad característica del *arbitrium iudicis*, que los daños padecidos por el actor tuvieron la intensidad suficiente para provocarle un gran dolor, angustia, aflicción, pesadumbre o desasosiego en grado sumo, al punto de trastocar su estabilidad emocional o entereza espiritual, como sí ocurre, por ejemplo, cuando se trata de daños a la vida o la integridad psicofísica de los seres queridos.

Por el contrario, la experiencia muestra que las averías de las viviendas o edificaciones podrían producir a sus residentes perjuicios derivados de las incomodidades inherentes a las obras de reparación o mantenimiento, pero normalmente no son un detonante con la intensidad suficiente para alterar la esfera interior de una persona psicológicamente equilibrada.

Los defectos de construcción probados en el proceso, en suma, no periten elaborar una presunción judicial a partir de la cual pueda inferirse con alta probabilidad que la consternación anímica padecida por el demandante fue de tal magnitud que merezca ser resarcida por el derecho civil.

5.2.2. A diferencia del daño moral que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el atinente a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, la cual *“puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó ‘actividad social no patrimonial’ ”*16; por

tanto, se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior, en tanto se refleja en el ámbito externo del individuo, manifestándose en dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas en su entorno personal, familiar y social.

Esa especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, así la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado que aquel *“no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre (...), afectación que puede tener origen en una lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra personas, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o pérdida económica”* (destaca la Sala).

Es así como, entre las características del susodicho daño, la Corte Suprema de Justicia señaló: *“(...) ‘d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de interés legítimos’ (...)* g) *es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño – patrimonial o extrapatrimonial– que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad (...)*”.

5.2.2.1 A partir del análisis del acervo probatorio, se deduce sin ninguna dificultad que el comprador del inmueble no pudo disfrutar de su adquisición debido a las constantes filtraciones de agua y humedades que las primeras originaron, defectos de los cuales bien puede inferirse

que no sólo afectaron la estética de la edificación y deterioraron el mobiliario sino también impidieron gozar de la totalidad del área de la misma, incluso generando incomodidades y perturbando la tranquilidad de sus ocupantes, al punto de tener que abandonar la habitación y el estar del segundo nivel, lo que obviamente alteró sus actividades diarias, descanso y, muy seguramente, comportó estar trasladando de lugar sus pertenencias (vestuario, zapatos, entre otros objetos de uso diario), inclusive algunos enseres (televisor, mesa de noche, cama, etc.), cuestiones que, sin lugar a duda, le impidieron disfrutar a plenitud de la tranquilidad de su hogar durante un período aproximado de siete años, amén de incidir en el disfrute social del mismo (con familiares y amigos).

Por supuesto, esos defectos de construcción repercutieron en la materialización del derecho del actor a una vivienda digna, garantía fundamental que, conforme lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, comporta no solo la posibilidad de adquirir un inmueble para solventar la habitación, sino que ese acceso sea real y estable, en el sentido de que el bien permita su goce efectivo y se constituya en un espacio físico adecuado para que la persona y su familia pueda vivir en condiciones dignas, finalidad que aquí fue truncada por los aludidos desperfectos aparejando la afectación a la vida de relación del señor Rodríguez Flórez.

5.2.2.2 Esa situación indicativa de la alteración de las condiciones de vida del demandante fue atestada por Luis Hernando Munar Díaz, quien describió las humedades halladas al interior del apartamento e, igualmente, por Camilo Alfonso Arévalo Jiménez, el que dijo conocer de primera mano los problemas de impermeabilización del inmueble, tales como “humedades en los techos de la alcoba principal y en los techos que dan sobre el frente de la terraza al parque Nacional, humedades graves en las ventanas”.

Circunstancia, también, verificada por la Secretaría de Hábitat de Bogotá, pues en la visita practicada percató que *«la superficie del acabado de la placa de entrepiso, ubicada en la alcoba principal del segundo nivel, registra deterioro por filtraciones que se manifiesta mediante manchas, abombamiento y disgregación del*

revestimiento (...), que persiste como una afectación grave» [Folio 196].

Asimismo, el ingeniero Roberto Suárez Betancourt, tras describir con gran detalle las averías encontradas, conceptuó: *«el apartamento en este momento NO se encuentre en condiciones de habitabilidad, pues esta condición ha hecho que se tengan que abandonar los espacios de la alcoba y el estar del segundo nivel, quedando reducido el espacio del apartamento a la sala comedor del primer nivel»* [Folio 84, cuaderno 1].

A su turno, el arquitecto Jorge Alberto Melo Navarro refirió: *“cuando llegué encontré la terraza con hartas fisuras por todas partes; la segunda vez cuando regresé había ya fisuras sobre la media caña y nuevamente se presentaron en la terraza; por esta causa decidí volver a levantar el trabajo y volver a hacerlo”* [Folio 30].

En concordancia con lo anterior, el ingeniero Iván Fernando Parrado Granados refirió que *“las afectaciones que aquejaron el apartamento 325 del Edificio Plaza 39 P.H., fueron una serie de humedades y filtraciones de agua localizadas en diferentes áreas del apartamento, como son: (...) humedades en la mayor parte de los antepechos y dinteles de las ventanas, las cuales comprometen los acabados de los muros como es el pañete, el estuco y pintura, siendo más notorio sobre los antepechos. En el segundo nivel: humedades en la placa de cubierta en el área de la alcoba principal y en la placa de cubierta del estudio, lo que ha repercutido y afectado los acabados de los muros de estas áreas tanto la pintura como el estado de los pisos de madera”* [Folio 85].

5.2.2.3 Es evidente, entonces, que la imposibilidad del demandante de disfrutar el apartamento debido a los defectos de su construcción quedó suficientemente demostrada, hecho a partir del cual puede inferirse la afectación a su vida en relación, habida cuenta que una de las experiencias más gratificantes y generadoras de expectativas dentro de un proyecto personal es la adquisición de un inmueble nuevo, toda vez que se supone que dará a sus propietarios grandes satisfacciones emocionales y mejorará su nivel de vida. Nadie compra una vivienda nueva para padecer incomodidades frecuentes

producidas por prolongadas obras de reparación que obstaculizan la tranquilidad de sus residentes y se convierten en una fuente de riesgo para su salud, además, de afectar la estética del bien y, por contera, incidir en el disfrute del mismo con sus familiares y allegados.

Todo ello se vio frustrado en el presente caso, por las imperfecciones del diseño constructivo del bien adquirido por el demandante, las cuales anularon por completo las ilusiones que había puesto en su residencia nueva y mermaron su vida en relación al impedirle tener un espacio de confort para disfrutar con su familia y círculo social, no solo por las incomodidades generadas por las constantes obras superficiales realizadas por Sistema Integral, sino, además, por las

condiciones de insalubridad en las que permaneció el apartamento durante todo ese tiempo.

5.2.2.4 Dicha afectación a la calidad de vida del demandante, amerita ser resarcida y, por ende, es menester, acudiendo al *arbitrium iudicis*, tasar la respectiva indemnización en treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de su pago (30 S.M.L.M.V.).

6. Por las razones que se han dejado expresadas, se modificará parcialmente la sentencia impugnada para incluir en la liquidación de perjuicios el rubro correspondiente al daño a la vida en relación. Debido a la prosperidad parcial del recurso, no hay lugar a imponer condena en costas de esta instancia.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001-31-03-001-2017-00385-02](#)

Tema: Responsabilidad contractual/incumplimiento contrato de confección de obra material/terminación de esa especie de convención/incumplimiento de ambos contratantes/mutuo disenso tácito-desarrollo jurisprudencia.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La actora pidió declarar que la convocada incumplió el contrato de incumplió el contrato de mano de obra ajustado entre ellas [Folio 70, c. 1]; y, en consecuencia, condenarla, por una parte, a reintegrar \$293'884.438.50 -anticipo-, junto con el interés moratorio generado desde su entrega hasta el día de su cancelación; y, por la otra, pagar la cláusula penal pactada en cuantía de \$163.269.132.80.

Sustentó tales súplicas en los siguientes hechos:

1. El 18 de noviembre de 2015, las partes celebraron un contrato civil de mano de obra para la cimentación y estructura del edificio Laya 119 en la ciudad de Bogotá.

2. En aquél, Proyecktarte S.A.S. se obligó a ejecutar la cimentación y estructura de la edificación, conforme a los requerimientos del proyecto y las respectivas normas de construcción.

3. La contratista suscribió las pólizas N° 310-45-994000001784 y N° 310-74-994-0000001706 con Aseguradora Solidaria, para garantizar el buen manejo del anticipo, el cumplimiento y la estabilidad de la obra, responsabilidad extracontractual y el pago de salarios y prestaciones sociales a su cargo.

4. El valor total de la obra contratada fue de \$1.632'691.328.

5. En la cláusula 5.1, los estipulantes convinieron el pago de un anticipo, equivalente al 20% del precio total de la obra, o sea \$326'538.265.60, cantidad ésta a cubrir así: a) En especie el 10% (\$32'653.826,56), suma que se tendrían por abonada a la separación del apartamento 205 del mismo proyecto, y para ello fue suscrito un contrato de vinculación de área en el Fideicomiso Unicentro 119, constituido con Acción Fiduciaria; b) El 45% (\$146'942.219,52) a la firma del contrato; c) El 45% restante (\$146'942.219,52) con un cheque o

transferencia, dentro de los 15 hábiles siguientes a la suscripción del negocio.

6. El plazo de entrega de la obra pactado fue 128 días calendario, obligándose el contratista a pagar al contratante una multa en caso de incumplimiento.

7. En el numeral 9.3 del Anexo 5 del susodicho contrato estipularon una cláusula penal, correspondiente al 10% del valor del contrato, sanción que la parte incumplida debía pagar a la cumplida. [Folio 9, c. 1]

8. La actora pagó a su contendora el monto del anticipo, una vez “legalizado” el contrato y presentadas las pólizas respectivas.

9. En acta del 18 de diciembre de 2015 fue modificada la forma y fecha de pago del último saldo del anticipo (\$146'942.220), acordando cancelarlo con concreto, hierro y efectivo a entregar el 12 de enero de 2016.

10. Desde un inicio la contratista evidenció su incumplimiento, tal como lo prueban los requerimientos enunciados, efectuados por la contratante en múltiples ocasiones, sin obtener respuesta a los mismos.

11. El 19 de abril y el 4 de mayo de 2016, Lenguaje Urbano requirió a Proyecktarte S.A.S. para liquidar el contrato, sin que a la fecha de presentación de la demanda haya accedido.

12. El 29 de abril de 2016, la actora pidió a Gestión Civil Ingenieros S.A.S. realizar un informe sobre las deficiencias de calidad de la obra, entidad que rindió su concepto el 4 de marzo de 2016.

13. La demandante dio aviso del siniestro a la Aseguradora Solidaria Colombia S.A., pero ésta inicialmente le atribuye la insatisfacción de sus compromisos contractuales y, con posterioridad, aduce que en razón a la mutua imputación de incumplimiento de los estipulantes designa a la firma Ajustadores Públicos Ltda., para esclarecer esa situación.

14. El 5 de septiembre de 2016, Lenguaje Urbano terminó unilateralmente el contrato de fideicomiso por incumplimiento en los pagos de los aportes que le correspondía hacer como beneficiario de área.

1.2. La réplica y los medios exceptivos.

La convocada negó el incumplimiento imputado y se opuso a las pretensiones, esgrimiendo, en su defensa, la excepción “contrato no cumplido”, atribuyendo a su contendora la insatisfacción de las obligaciones a su cargo [folio 124, C. 1].

II. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

2.1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La convocada en el litigio primigenio presentó, a su turno, demanda de reconvencción contra la actora principal, para que en el mismo proceso se declare que fue ésta quien incumplió las obligaciones del contrato; y, por contera, condenarla al pago de \$54'972.878, cantidad aún adeudada por las obras ejecutadas en el proyecto materia del contrato, como también de la cláusula penal (\$163'269.132.80), con su respectiva indexación a la fecha de su cancelación.

Fundó esa reclamación, en la situación fáctica siguiente:

1. Lenguaje Urbano incumplió el contrato desde su inicio, porque no pagó el anticipo en la forma y tiempo estipulados.

2. La contratante, además, incumplió al no entregar el estudio de suelos, planos estructurales, arquitectónicos, hidrosanitarios y eléctricos, ajustados al cumplimiento de las normas de construcción (incompletos, sin firma diseñador estructural, discrepancias estudio de suelo y sistema constructivo, detalles pendientes y errores); como tampoco aportó la programación de la obra, ni tuvo en la misma el personal a su cargo (maestro de obra y personal de replanteo) ni retiró el material proveniente de las excavaciones, escombros o residuos de las demoliciones.

3. Los incumplimientos de la contratante generaron el retraso de las obras que estaban a cargo de la contratada.

2.2. Contestación y excepciones.

Lenguaje Urbano insistió en que quien incumplió el susodicho contrato fue su contendora y, en su defensa, alegó

“contrato no cumplido”, inexistencia del incumplimiento imputado, “mala fe de Proyecktarte S.A.S.”, “inexistencia de la deuda” invocada por la contrademandante

1. Están cumplidos los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que vicie la actuación, por lo que procede dirimir el mérito de la controversia, dentro del ámbito de competencia de esta instancia, la cual está delimitada por los reparos formulados por el apelante, lo que, por contera, deja al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere suscitado inconformidad y que no esté íntimamente relacionada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.).

2. De entrada, conviene aclarar que la controversia jurídica aquí planteada versa, exclusivamente, sobre las obligaciones derivadas del contrato de confección de obra suscrito por las partes, pues ese fue el objeto del litigio que delinearon las partes en sus respectivas demandas y contestaciones; de ahí que esta sede carece de competencia para adoptar decisiones frente al contrato de vinculación al fideicomiso Recursos Proyecto Unicentro 119, pues cualquier alusión al mismo que exceda la de un simple hecho probatorio orientado al esclarecimiento del presente proceso constituye una extralimitación de la potestad judicial por *extra petita*.

3. Ninguna discusión suscitó entre las partes la naturaleza del contrato ajustado entre ellas, esto es, un “contrato para la confección de una obra material”, instituido en el Código Civil en el artículo 2053 y s.s., y definido por la doctrina así: *“el contrato de obra a precio alzado o por ajuste cerrado es el contrato por el que una persona llamada ‘empresario’ se obliga a ejecutar, bajo su dirección y con materiales propios, una obra que le encarga otra persona llamada ‘dueño de la obra’, la cual se obliga a pagarle un precio global”*.

3.1 La terminación de esa especie de convención, entre otras, puede acaecer, y dar lugar a exigir las consecuencias de su incumplimiento, por resolución o por resiliación, alternativas con presupuestos sustanciales disímiles.

y de perjuicios para cobrar la penalidad, y la “falta de causalidad” [Folio 121, c. 2]

ANÁLISIS DE LA SALA

3.1.1 Por sabido se tiene que el artículo 1546 del Código Civil consagra una facultad implícita en los contratos bilaterales, según la cual todo contrato puede resolverse en caso de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado. Mas, esa potestad sólo se concede a la parte que ha ajustado su conducta a los términos de la respectiva convención, pues, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Suprema, *“el titular de dicha acción indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden”*.

Así se deduce del contenido literal, claro e inequívoco de la disposición, según la cual la condición resolutoria contractual opera en caso de que lo pactado no se cumpla *“por uno de los contratantes”*; de lo cual se infiere que la parte que reclama la resolución o el cumplimiento del contrato, con la consecuente indemnización de perjuicios, tiene que haber cumplido con su parte del convenio, pues no puede escudarse en esta figura para pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

De lo anterior se sigue que no hay lugar a la resolución del contrato por la figura que se viene analizando, cuando la parte que la alega también ha incurrido en falta y se encuentra, por tanto, en situación de incumplimiento jurídicamente relevante.

La solución que en un principio dio la jurisprudencia para cuando se demostraba en el proceso que ambas partes incumplieron sus obligaciones, consistió en declarar improcedentes cada una de las acciones por no poderse considerar morosa a ninguna de las partes. Esta tesis fue sostenida por la Corte Suprema hasta el año de 1971,3 condicionando la prosperidad de la acción resolutoria prescrita en el artículo 1546 del Código Civil a la demostración de que el demandado incumplió sus obligaciones y el demandante cumplió las suyas o se allanó a cumplirlas. De ahí que la resolución sólo era predicable en los eventos de incumplimiento unilateral. Esta interpretación tradicional, textual y rígida de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil conducía a la declaración de la excepción de contrato no cumplido y la

negación de las pretensiones, con lo que no se ofrecía una tutela jurídica efectiva a los intereses de los contratantes, pues dejaba su relación jurídico-sustancial son una solución de fondo.

3.1.2. Esa postura cambió a partir de un fallo de casación proferido el 23 de septiembre de 1974,⁴ en el que introdujo la figura del “mutuo disenso tácito” luego de comprobar que ambas partes incumplieron sus obligaciones contractuales. En aquella oportunidad argumentó: *“la voluntad de las partes no solo es susceptible de manifestarse a través de la declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer”*, agregando que *“...las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta”*, por lo cual *“es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia (sic) tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso”*.

De esa forma, la Corte admitió la configuración del mutuo desistimiento tácito ante el recíproco y simultáneo incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en un contrato bilateral vigente, dando por supuesto que el simple incumplimiento recíproco se entendía como voluntad de no continuar con el vínculo contractual.

Se dio, entonces, una solución similar a la que aparejaba la figura de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546, pero a partir de presupuestos jurídicos y fácticos distintos, pues el mutuo disenso, distracto contractual o resiliación, encuentra su sustento en la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil.

En fallos posteriores, la Corte reiteró su postura, la cual mantiene vigente hasta hoy; pero, a partir de una decisión del 20 de septiembre de 1978,⁵ no volvió a suponer que el mutuo disenso se infería automáticamente a partir del mero incumplimiento recíproco, sino enfatizando en que la conducta de los contratantes debía reflejar esa voluntad inequívoca dirigida a disolver o extinguir

el negocio jurídico, conforme también lo asentó en la sentencia de 7 de diciembre de 19826, entre otras.

Mientras que, con relación a la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609, el alto tribunal consideró: *“Si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna del artículo dice que en los contratos bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir”*.

En consecuencia, si ambos contratantes han incumplido, no les son aplicables los efectos de la mora, pero es posible que sí puedan demandar alternativamente el cumplimiento de la obligación principal o la resolución del contrato. La *exceptio non adimpleti contractus*, en suma, opera de manera parcial, permitiendo la extinción del vínculo contractual.

De igual modo aclaró que, en el evento en que el cumplimiento de una de las partes deba darse primero en el tiempo, de suerte que sea un requisito para que la otra parte esté en capacidad de cumplir, tal incumplimiento puede ser constitutivo de mutuo disenso tácito cuando, a pesar de haber sido recíproco, logra inferirse con certeza la voluntad de las partes dirigida inequívocamente a no continuar con la ejecución del contrato.

En sentencia del 16 de julio de 1985, la Corte siguió la línea argumental que exige la prueba de una voluntad inequívoca de disolver el vínculo contractual como presupuesto para que se configure el mutuo disenso tácito. De igual forma, aclaró que el mutuo disenso tácito requiere de declaración judicial en vista a que sea el juez quien verifique la configuración de sus elementos definitorios:

“Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así, pues, se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por los medios judiciales”.

La Corte, en suma, a partir de las previsiones contenidas en los artículos

1602 y 1625 del Código Civil, se ha mantenido firme en su postura respecto de la posibilidad de extinguir un contrato bilateral por mutuo disenso tácito, al quedar demostrado tanto el incumplimiento recíproco como la voluntad inequívoca de disolver el vínculo.

4. Planteados de ese modo los contornos jurídicos del debate, hay que concluir que no es posible acceder a las pretensiones formuladas por las partes en sus respectivas demandas principal y de reconvenición, por no haberse demostrado los supuestos de hecho de los institutos jurídicos o acciones sustanciales sobre las que pudo versar el proceso.

4.1 Llama la atención la extraña manera en que se formularon las pretensiones de ambos libelos, pues en ninguno de ellos se solicitó la declaración de terminación del contrato ni, mucho menos, la fuente jurídica de la que podían emanar las consecuencias pretendidas.

En efecto, en ambas demandas se solicitó la declaración de incumplimiento de la contraparte, cumplimiento propio, devolución de saldos a favor con intereses moratorios y pago de la cláusula penal, sin indicar la fuente de la obligación. La actora principal invocó el artículo 2008, alusivo a la terminación del contrato de arrendamiento, completamente inatinerante a la materia; mientras que la demandante en reconvenición aludió a “las normas del Código Civil y de Comercio aplicables a la materia”.

La falta de enunciación de la norma sustancial aplicable al caso no eximía al juzgador de suplir esa deficiencia y calificar la demanda para adecuar la controversia y el debate probatorio a la demostración de los supuestos de hecho previstos por el instituto jurídico que rige el caso, pues ese deber-obligación se lo impone el numeral 5° del artículo 42 del Código General del Proceso, tal como lo ha explicado la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.

En ese orden, si se entendiera que la acción sustancial incoada sobre la que se sustentaron las pretensiones fue la de resolución del contrato de confección de obra, habría que concluir sin ambages que sendas acciones están destinadas al fracaso, pues el primer presupuesto sustancial para

acceder a esa declaración consiste en que el contrato a resolver se encuentre vigente.

Desde luego que la terminación del contrato por incumplimiento de lo pactado y las consecuencias patrimoniales de tal declaración presupone, necesariamente, que la convención que se va a dar por concluida exista y esté vigente, pues ningún sentido tiene terminar lo que ya se ha extinguido. Mas, de la simple revisión del acervo probatorio surge diáfano que la voluntad inequívoca de ambas partes fue dar por concluido el vínculo contractual.

Ciertamente, tanto las declaraciones de las partes en audiencia, como los testimonios y la documental adosada, evidencian que la voluntad de la actora, por los motivos que fueren, fue concluir su relación civil con la demandada, a tal punto que la obra que le encomendó terminó siendo realizada por otra empresaria, como lo constató el testigo José Jair Loaiza, quien aseguro que cuando Lenguaje Urbano no iba a dar los resultados esperados, decidió cambiar al contratista.

La empresaria, por su parte, dejó consignada su intención por escrito, en el “*acta de terminación y liquidación unilateral del contrato civil de obra*”, de fecha 15 de abril de 2016, visible a folio 105 del cuaderno 2, frente a la cual la parte actora no formuló ninguna objeción.

Es más, en sus alegaciones finales, las partes admitieron, mediante apoderado, que la fecha de terminación de la relación contractual fue el 15 de abril de 2016, tanto así que ese fue el extremo temporal final para calcular los rubros que había que restituir, según la demandante, por pagos realizados a obras no ejecutadas; y, según la demandada, por valor de obra construida de más respecto del anticipo que recibió. Así lo reconoció el juzgador *a quo*, sin que ese punto fuera materia del recurso de apelación.

Si, como lo admitieron ambas partes, la relación contractual concluyó el 15 de abril de 2016, porque esa fue la voluntad inequívoca de los contratantes, no es de ninguna manera admisible interpretar la demanda principal y la de reconvenición en el sentido de suponer que la acción sustancial en que se fundaron las pretensiones fue la de terminación del contrato por incumplimiento de una de las partes, en virtud de la condición resolutoria

prevista en el artículo 1546 del Código Civil.

Independientemente de que el incumplimiento se haya producido por una de las partes o por ambas, lo cierto es que no fue la condición resolutoria tácita el fundamento jurídico de la extinción del contrato, sino la voluntad de los contratantes de no continuar su relación civil, es decir, que terminaron el contrato por mutuo disenso tácito.

4.2 Ahora bien, no sólo quedó demostrada la recíproca intención de no continuar la relación contractual, como se explicó con precedencia, sino que, además, se probó en el proceso que ambas partes incumplieron sus obligaciones; por lo que al no estar ninguna de ellas en mora frente a la otra, no es posible establecer una condena a cargo de una de ellas por concepto de indemnización de perjuicios o de pago de la cláusula penal.

4.2.1 La obligación principal del dueño de la obra es pagar el precio en la forma y monto estipulados en el contrato.

En la cláusula quinta del contrato se estipuló:

“Forma de pago. A título de anticipo se cancelará el 20% del total del contrato, valor que asciende a la suma de TRESCIENTOS VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$326'358.265,60), pagaderos de la siguiente manera: a. El 10% en especie, a título de separación abonados al apartamento N° 205 por valor de TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$32'653.826,56); b) El saldo del anticipo se partirá en dos: un 50%, CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 52 CENTAVOS (\$146'942.219,52) se cancelará una vez perfeccionado el contrato, y el otro 50% CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 52 CENTAVOS (\$146'942.219,52) se cancelará en cheque o se transferirá a los

quince días hábiles contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato. Este anticipo se amortizará en cada uno de los cortes de obra que se le realicen a EL CONTRATISTA, y será del 20%”. [Folio 9, cuaderno 1]

Quedó suficientemente demostrado que el dueño de la obra nunca pagó el 10% del anticipo en la forma estipulada en el contrato, pues jamás consignó en el encargo fiduciario la cantidad convenida; tal como lo prueban la certificación de Acción Fiduciaria, el dictamen pericial aducido por la actora, y la declaración del representante legal de la demandante. Este hecho, por sí mismo, implica el incumplimiento de la obligación asumida por la demandante y le impide acceder a la prosperidad de sus pretensiones, puesto que da lugar a la declaración de la excepción de contrato no cumplido.

Lo extraño es que, siendo el incumplimiento evidente, Lenguaje Urbano S.A. lo haya incluido en su contabilidad no como un débito a favor de su contraparte, sino como un crédito como parte de pago del anticipo. Y, más extraño aun, es que el juez de primera instancia le hubiera dado la razón, aseverando que, si bien es cierto que esa cantidad nunca se pagó, ello no prueba el incumplimiento de la actora porque se trató “de un asunto contable”.

Desde luego que se trató de un asunto contable, que de suyo refleja una contabilidad errada y constitutiva de mala fe, pues la sana lógica y las reglas de la contabilidad indican que una obligación que no se paga es una deuda, no un crédito.

A pesar de que el perito contable no supo explicar la razón y el fundamento de su conclusión, y de que el juez reconoció la falta de objetividad y rigor de ese medio de prueba, la tuvo en cuenta no sólo para inferir de la nada que la demandante sí cumplió su obligación, sino, lo que es peor, para ordenarle a la demandada la restitución de una suma de dinero que jamás ingresó a su patrimonio, prohibiendo de esa manera el pago de lo no debido y el enriquecimiento injustificado de la parte actora.

Mas, ese desafuero no terminó ahí, pues el juez también pasó por alto que la controversia a definir versaba sobre las declaraciones inherentes al contrato de

obra, se adentró en el análisis, interpretación y efectos jurídicos del contrato de fideicomiso, concluyendo que la demandada incumplió el encargo fiduciario y que, por tanto, era merecedora de la cláusula penal en virtud de la cual debía perder las sumas que, de manera virtual o imaginaria, fueron abonadas al apartamento 205 del Proyecto Laya 119. De esa manera, le atribuyó al beneficiario de área un incumplimiento al que no dio origen, pues quedó demostrado que quien tenía la obligación de pagar las cuotas correspondientes al encargo fiduciario, y no lo hizo, fue el fideicomitente (Lenguaje Urbano) y no el beneficiario del área (Proyektarte).

El fallo de primera instancia, en suma, se alejó de la realidad probatoria, al tener como parte del anticipo pagado al empresario por el dueño de la obra una suma de dinero, de cuya efectiva cancelación ninguna certidumbre ofrece el acervo probatorio.

Pero la parte demandante no sólo incumplió con su parte de pago en especie, sino que nunca demostró, siendo su carga probatoria, que pagó el resto del anticipo en la forma y tiempo estipulados por las partes. Memórese, para tal efecto, que la defensa de la demandada se sustentó en una negación indefinida, al señalar que la dueña de la obra no le pagó a tiempo las sumas acordadas. Luego, al no requerir prueba esa negación, en virtud de lo previsto en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, era la actora quien tenía la carga de probar que sí cumplió a cabalidad su obligación, es decir dentro de los plazos convenidos y en la forma acordada.

Tal prueba nunca se aportó al proceso, sobre todo si se tiene en cuenta que ni siquiera hubo claridad sobre cuáles fueron los plazos convenidos para realizar los pagos, pues los términos inicialmente pactados en el contrato fueron frecuentemente modificados de manera poco clara.

Así, en acta del 18 de diciembre de 2015 [folio 37, c. 1], se acordó hacer pagos de la siguiente manera: “\$37’584.000 para concreto”, pero no se aclaró de qué manera y en qué plazos se haría ese pago en especie; “\$25’000.000 para hierro”, adoleciendo ese rubro de igual grado de

indeterminación; “\$20’000.000 para mano de obra”, desconociéndose la fecha y forma de pago de este último rubro.

Seguidamente se estipuló en ese mismo documento: “Un segundo pago para el hierro de \$25’000.000 que será cancelado el 24 de diciembre”, y “el saldo por valor de \$39’358.220 para el día 12 de enero de 2016”, sin que se aportara prueba de ellos.

No hay manera de saber si estas modificaciones se hicieron al primer o al segundo anticipo pactado, pues ni en ese documento ni en ningún otro medio de prueba se aclaró esa situación.

En comunicación del 19 de noviembre de 2015, la representante legal de Proyektarte S.A.S. autorizó un descuento por \$9’000.000 al primer anticipo, sin quedar claro por cual concepto se hacía ni cuándo debía ser aplicado. [Folio 46]

En acta del 15 de enero de 2016 Lenguaje Urbano afirmó haber pagado a Proyektarte la suma de \$284’570.000, pero, a juzgar por lo convenido en la cláusula quinta del contrato de obra, para esa fecha la contratante debía haber pagado el valor del 90% del anticipo, es decir la suma de \$293’884.439439,07; lo que, de suyo, evidencia el incumplimiento de la demandante para ese momento.

En acta del 21 de enero de 2016 [folio 55] las partes acordaron unas modificaciones a la ejecución del contrato, al descuento en porcentaje del apartamento y retención de la garantía, sin que exista claridad sobre qué fue lo que convinieron, a qué parte del precio debía aplicarse la modificación (si a anticipo o al saldo del valor de la obra); ni en qué fechas y de qué manera debían hacerse esos pagos. La indeterminación y desorganización de las partes en sus cuentas fue, de ese modo, una constante en toda la ejecución del contrato, como lo evidenció su contabilidad; por lo que no resulta extraño que el negocio que celebraron hubiera fracasado.

La demandante, en suma, no demostró que honró su obligación de pagar el anticipo en la forma y términos estipulados en el contrato; ni probó cuáles fueron los plazos en los que, finalmente, debió realizar los pagos en virtud de las modificaciones acordadas por las partes. Y, por el contrario, quedó debidamente comprobado que nunca pagó el porcentaje en especie

con destino a la separación del apartamento 205 del Proyecto Laya 119.

De ese modo, al no estar demostrado en el proceso que se trató de un contratante cumplido, no es posible predicar de su adversario que estuvo en mora; ni, mucho menos, imputarle responsabilidad por incumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios y pago de la penalidad contractual.

4.2.2. El incumplimiento de la empresaria, por su parte, quedó suficientemente evidenciado en el proceso. De ello dieron cuenta los testimonios de Sergio Espejo Niño y de José Loaiza, quienes relataron en audiencia que presenciaron las irregularidades en la ejecución de la obra.

Así, el ingeniero Sergio Espejo, quien fue supervisor técnico de la obra y era el encargado de verificar que la construcción se adelantase de conformidad con los planos y demás requerimientos técnicos, relató que en el costado suroccidental de la cimentación se tuvo que hacer una excavación mayor a la proyectada porque había material no competente, el cual hubo que retirar para poner en su lugar un concreto diferente. También señaló que las columnas del costado sur no tenían el hierro adecuado para la obra. Indicó que la losa del primero piso (de aproximadamente 700 m²) quedó con huecos y hubo que retirarla. De igual modo, refirió que hubo necesidad de demoler y reconstruir unas viguetas; y que no se vertió el concreto de manera correcta en las columnas de los pisos 1° y 2°, por lo que debieron ser demolidas. A todo lo anterior, se sumaron los retrasos en la obra como por mes y medio.

Por su parte, el arquitecto José Jair Loaiza, director y supervisor de obra del Edificio Laya 119, aseguró que hubo retrasos en el suministro de los materiales, mala ejecución, problemas de calidad y poco personal. Señaló que en diciembre Proyecto Laya no había entregado el porcentaje de la obra acordado; no tenía maestro de obra; hubo problemas en placas y columnas; no se usó el acero de refuerzo que se había establecido en los planos estructurales; debieron demolerse las columnas, lo que generó retrasos en la programación de la obra; y se presentaron problemas de cimentación.

De igual modo, en el informe presentado por Sergio Espejo Niño, en calidad de representante legal de la firma Gestión Civil, encargada de realizar la supervisión técnica de la obra, constan los incumplimientos y deficiencias en que incurrió la empresaria. [Folio 145 y siguientes, cuaderno 1]

Finalmente, la misma representante legal confesó en su interrogatorio que incumplió sus obligaciones contractuales; sin admitir, claro está, su responsabilidad, pues atribuyó su incumplimiento al correlativo y anterior incumplimiento de su contraparte.

4.3. Es cierto que el incumplimiento recíproco no implica necesariamente la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, pues ello sólo ocurre cuando las partes asumen obligaciones simultáneas, concomitantes o coetáneas (dando y dando); pero no cuando se trata de obligaciones sucesivas, es decir cuando uno de los contratantes debe pagar primero su prestación para que su contraparte pueda cumplir con la suya.

Así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que en fallo reciente reiteró que “... *en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque esta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada*”.

La empresaria, en suma, tenía la posibilidad de ganar su demanda, a pesar de estar probado su incumplimiento, si hubiera demostrado que su obligación no era simultánea o concomitante, sino sucesiva; es decir, que la ejecución del contrato a su cargo dependía del cumplimiento previo de las obligaciones del dueño de la obra. Pero no cumplió con su carga demostrativa, pues no hay en todo el acervo probatorio el más mínimo indicio que permita colegir que se trató de una obligación de esas características; por el contrario, según se advierte en el clausulado del contrato, la sociedad contratante se obligó a cancelar una parte del anticipo al perfeccionarse aquel y a, su vez, la contratista le correspondía iniciar la obra encomendada, pues el término

pactado empezaba a correr “a partir de la firma” del mismo.

Probado, entonces, que ambas partes incumplieron sus obligaciones, tratándose de prestaciones recíprocas y simultáneas, hay que concluir de manera necesaria que ninguna de ellas estuvo en mora frente a la otra, por lo que no hay manera de ordenar el pago de perjuicios, en caso de que las pretensiones de devolución de saldos formuladas en ambas demandas se llegaren a interpretar como una especie de indemnización de perjuicios, dada la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido propuesta por ambas partes.

Mas, si llegara a interpretarse la pretensión de devolución de saldos, no como indemnización de perjuicios, sino como restitución en virtud de las prestaciones recíprocas que surgen (aún de oficio) a partir de la declaración judicial de terminación o extinción del contrato, en todo caso no hay manera de saber cuánto fue la cantidad de dinero que realmente la dueña de la obra pagó a la empresaria.

La actora solicitó reintegrar a su poderdante “los dineros entregados a título de anticipo, esto es la suma de \$293’884.438,50” [folio 69]. Pero jamás explicó la razón jurídica de su pretensión, pues se probó que ese adelanto fue invertido por la empresaria en la construcción de la obra que finalmente le entregó. De manera que al haber admitido en sus alegatos de conclusión que la demandada ejecutó la obra por valor de \$651’420.005, no se advierte por ninguna parte cuál fue el perjuicio económico que sufrió ni se justifica la devolución del aludido anticipo.

De manera intempestiva, es decir por fuera del término legalmente permitido para reformar la demanda, la actora fue cambiando de parecer. En ese orden, a lo largo del proceso y sin que el juez director del proceso la interpelara a tal respecto, mutó su solicitud, ya no encaminada a obtener la devolución del anticipo de \$293’884.438,50, sino a que se le devolviera la suma que pagó en exceso con relación al valor de la obra que recibió.

Para justificar la abrupta variación de su pedimento, adujo como hecho nuevo no mencionado en la demanda ni en la fijación del litigio, que el total que le pagó a la

empresaria fue de \$810’680.238, por lo que la diferencia respecto al valor de la obra que recibió (\$651’420.005) denotaba –en su sentir– el incumplimiento de las obligaciones de la demandada. En la misma falacia incurrió el juez de la primera instancia al dictar su sentencia.

Tal razonamiento es errado porque el incumplimiento de la obligación del dueño de la obra quedó probado al no haber pagado el anticipo en la forma y plazos acordados. Y tal situación no cambia por el hecho de que hubiera pagado a la empresaria una cantidad de dinero superior a la que inicialmente se estipuló como adelanto, pues el incumplimiento que le atribuyó la demandada –y que se probó en el proceso– radicó en un pago extemporáneo, pero no incompleto. Si la dueña de la obra pagó más de ese valor, ello no purga su incumplimiento, y sólo indica la desorganización de los contratantes al no tener claridad sobre las prestaciones a su cargo.

Ambas partes deshonraron sus obligaciones recíprocas y concomitantes, y se escudaban bajo el pretexto del incumplimiento de la parte contraria para no atender sus obligaciones; se reunieron varias veces para modificar los plazos de entrega y los términos y formas de pago para, nuevamente, incumplir. Esa fue la constante de la relación contractual tal como quedó en evidencia, hasta que, finalmente, al volverse la situación insostenible para ambos, dieron por terminada la relación contractual: la dueña de la obra no pagando más y contratando a otro empresario; y Proyecktarte S.A.S. expresando por escrito la terminación “unilateral” del contrato. Eso fue lo que realmente sucedió.

Que entre incumplimiento e incumplimiento de parte y parte se llegara a pagar más del valor estipulado como anticipo, y que la empresaria lograra ejecutar la obra valorada por ambos contratantes en la suma de \$651’420.005, en nada cambia la situación antes descrita y, por el contrario, sólo evidencia el desorden y falta de profesionalismo de los negociantes, pues un constructor responsable no llega a tal estado de negligencia; sobre todo cuando en el proceso quedó demostrado que no era la primera vez que entre la empresaria y Lenguaje Urbano se presentaban

situaciones de incumplimiento, pues ya en ocasiones pretéritas se había presentado un escenario similar. [Ver testimonio de José Jai Loaiza]

De manera que, aun en el caso hipotético de que hubiera existido una diferencia entre el precio pagado y el valor de la obra ejecutada –lo cual no se probó–, ello no cambia para nada el hecho probado del incumplimiento recíproco; y tan sólo evidenciaría que la parte que tuviera un saldo a favor sufrió un detrimento en su patrimonio que debe ser restituido, no como indemnización de un perjuicio derivado del incumplimiento de la contraparte, pues –se insiste– al no haber parte cumplida, no hay manera de imputarle mora al deudor ni daños ocasionados por su tardanza; sino en virtud de las restituciones mutuas que se hubieren ocasionado con la extinción del contrato.

Pero más allá de que las partes no concretaron a título de qué debía devolverseles el saldo a favor que resultare probado –falencia que podía enmendarse de oficio–, lo cierto es que no hay manera de establecer cuánto fue la cantidad que verdaderamente la dueña de la obra pagó a la empresaria. Ni los documentos adosados al proceso ni los dictámenes rendidos por las peritas contables lograron determinar esa cifra.

La representante legal de Proyecktarte S.A.S., en su declaración de parte, nunca tuvo claro cuánto se le pagó; y el dictamen contable que allegó a la actuación, lejos de establecer con objetividad, claridad y precisión el monto del dinero que en realidad entró al patrimonio de la empresaria por concepto de pago del precio de la obra, se dedicó a reiterar el desconocimiento que la parte demandada hizo de los conceptos señalados por la actora.

No obstante, la carga de la prueba del pago del precio recayó, exclusivamente, sobre la parte que alegó el cumplimiento de esa obligación, es decir Lenguaje Urbano; quien se caracterizó por variar el monto de esa cantidad durante todo el proceso y, aun, después de emitida la sentencia, cuando se pronunció frente a la solicitud de corrección de errores aritméticos formulada por la demandada.

Tampoco el dictamen pericial presentado por la actora arrojó luces sobre el total del dinero pagado; pues la contadora que lo rindió no supo explicar de dónde sacó las sumas que consideró como partes del pago del precio.

En ese orden, carece de sentido –como se explicó con anterioridad– incluir como parte del precio pagado cualquier cifra por concepto de pago en especie para ser abonado al encargo fiduciario, pues nada se abonó para la separación del apartamento 205 de proyecto. De ahí que la suma de \$79'249.072 que se incluyó por esa referencia no tiene ningún sustento.

Tampoco se supo nunca cuál fue la suma autorizada por concepto de retegarantía, ni cuánto se devolvió por ese concepto.

Mucho menos hubo precisión sobre cuál fue la cantidad que se pagó en especie por concepto de concreto, pues se atribuyó a Proyecktarte un material que ésta no pudo haber recibido, como el que se destinó para la construcción de los pilotes del edificio, a pesar de haberse demostrado que la empresaria no construyó los pilotes ni fue contratada para ello; al igual que facturas generadas después de que las partes dieran por terminado el contrato. Según las cuentas de la demandada, esa suma cobrada de más asciende a \$13'240.731.

Hay, asimismo, una suma de \$22'238.000, que aparece cobrada doblemente, pues se incluyó como pago de anticipo en especie con concreto y, además, como pago por fuera del anticipo.

La suma de \$1'117.949 que la Concretera Tremix descontó de la factura correspondiente [folio 383] por haber entregado una cantidad menor de concreto de la que fuera inicialmente cobrada.

La actora, en fin, no supo explicar cuánto fue la suma que efectivamente pagó a la empresaria; por lo que mal podría pretender que se le reconociera un saldo a su favor.

Razón tuvo el juez de primer grado cuando desconoció el valor material de los dictámenes periciales por estar plagados de inconsistencias, consideraciones subjetivas, inexactitudes y ausencia de fundamentos. Lo contradictorio de su decisión consistió en concluir, a pesar la completa indeterminación del precio pagado, que la parte actora cumplió su

obligación y, además, que le quedó un saldo a su favor.

Ante la falta de elementos de conocimiento que permitan establecer con certeza a cuánto ascendió la suma de dinero que Lenguaje Urbano pagó a Proyecktarte por la fracción de la obra que ejecutó, no puede el funcionario judicial suplir la negligencia demostrativa de las partes; ni mucho menos determinar qué rubros deben tenerse en cuenta y cuáles deben ser descontados, pues esa era la misión de los peritos contables; o, peor aún, inventarse una suma de la nada para satisfacer los caprichos de las partes, pues no otra cosa fue la solicitud de unas pretensiones que no probaron las afirmaciones en que quisieron apoyarse.

Por sustracción de materia, nada hay que decir con relación a la solicitud de pago de intereses moratorios.

5. Por último, en lo que respecta a la cláusula penal, no hay manera de concederla a favor de ninguna de las partes; no sólo porque –como ya se demostró con suficiencia– ambas partes incumplieron, de suerte que no es posible atribuirle mora a una sola de ellas; sino, además, por una razón aún más radical, consistente en que la terminación del contrato por mutuo disenso tácito aparejó la extinción de la cláusula penal.

En efecto, siendo la cláusula penal una prestación de carácter accesorio destinada a reforzar el cumplimiento de la obligación principal, como sin dudas se infiere del tenor literal del artículo 1593 del Código Civil, la consecuencia que se produce cuando deja de existir la obligación primigenia, es la extinción indefectible de la penalidad convencional.

Ello es así –explica PEIRANO FACIO– “por cuanto si la cláusula penal es una obligación accesorio, no puede existir aisladamente sin una obligación que revista respecto de ella la calidad de principal, y a la cual ella acceda”. Aun cuando materialmente pudiera continuar existiendo –explica el mencionado autor– “no tendría ninguna razón para continuar produciendo sus efectos, ya que si la cláusula penal es un medio compulsivo para hacer ejecutar al deudor la obligación principal, pierde su razón lógica de ser por el solo hecho de que la obligación principal no exista: si esto

sucede desaparece su utilidad y finalidad”.¹⁰

La alusión exclusiva a la nulidad, no es más que un error de redacción del artículo 1593, pues la doctrina concuerda en que la extinción de la cláusula penal por aniquilación de la obligación principal no se limita a la nulidad, sino a cualquier otra forma de terminación del contrato, como lo es el pago, la compensación, la remisión, la novación, la confusión, la imposibilidad de pago, la anulación, la prescripción, la condición resolutoria, o la resiliación por mutuo disenso tácito, pues no hay ninguna razón para afirmar que sólo la nulidad declarada genera la extinción de las obligaciones.

“La cláusula penal –explica VALENCIA ZEA– constituye una obligación accesorio a la obligación principal cuyo cumplimiento pretende asegurarse en forma eficaz (ENNECERUS – LEHMANN). En consecuencia, todo lo que influye sobre la obligación principal asegurada influye sobre la obligación penal; pero no todo lo que influye sobre la obligación penal alcanza a influir sobre la obligación principal”. Así, por ejemplo, “si no alcanzó a nacer la obligación principal es totalmente ineficaz la cláusula penal”; “si se extingue la obligación principal, se extingue la obligación penal”; “en general, la cesión del crédito principal implica cesión de la cláusula penal”.

La única excepción a la anterior regla, es la que consagra el segundo inciso del artículo 1593, a cuyo tenor: “Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndole una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona”.

A partir de las anteriores consideraciones, no se aviene a discusión el hecho de que, una vez se extinguió la obligación por mutuo disenso tácito, al haberla dado por terminada la dueña de la obra cuando contrató a otro empresario; y al haberla abandonado la demandada, al punto de dejar consignado en acta su deseo de extinguir la relación comercial, tal como lo admitieron ambas partes al afirmar que el contrato concluyó el 16 de abril de 2016, la única conclusión que se impone es declarar que, junto con la obligación principal, se

extinguió la obligación accesoria contenida en la cláusula penal. Su falta de vigencia, en suma, impide cualquier pronunciamiento al respecto.

6. Siendo así, la única declaración que se hará será la concerniente al reconocimiento judicial de la extinción del contrato por mutuo disenso tácito; que, si bien no fue solicitada por ninguna de las partes, es la única consecuencia jurídica que se deduce de los supuestos de hecho que quedaron demostrados; debiéndose declarar de oficio, no sólo por ser una materia íntimamente ligada con lo que fue objeto del litigio –por lo que no podría tildarse esa decisión de incongruente– sino, principalmente, porque la figura que se

analizó generalmente ha sido declarada de oficio por la Corte Suprema para ofrecer una tutela judicial efectiva y no dejar la controversia en la más completa indeterminación.

Ante la prosperidad parcial del recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En tal virtud, se revocará la decisión apelada para, en su remplazo, reconocer de oficio la terminación del contrato de obra celebrado entre las partes por mutuo disenso tácito, negar las pretensiones de la demanda principal y de reconvención, y declarar la excepción de contrato no cumplido formulada en sendas contestaciones.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001-3103-031-2018-00477-01](#)

Tema: entrega del tradente al adquirente / el negocio jurídico fue permuta / interpretación contrato / excepción: simulación del contrato ajustado entre las partes – prevalencia del acto oculto/

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La demandante pide ordenar que su contraparte, como tradente, le entregue el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 307-31143, que adquirió mediante la escritura pública N° 6494 del 7 de octubre de 2016.

1.1 En sustento, aduce que pese a la eficacia de la compraventa, debidamente inscrita además, y habiéndose pagado el precio, la vendedora no cumplió con entregarle materialmente el bien. Acto que se pactó para el 5 de noviembre de 2016. Agrega que ha satisfecho todas las obligaciones a su cargo, lo que la habilita para exigir lo propio de su contradictora.

2. La réplica de la demandada.

Invocó las excepciones de ‘falta de legitimación en la causa por activa’ e ‘incumplimiento de contrato’, cimentadas en que -contrario al tenor literal de la escritura- la compradora nunca pagó verdaderamente el precio.

2.1. De manera “*subsidiaria*” también alegó ‘Lesión Enorme’, dado que el predio

tenía un justiprecio aproximado de dos mil millones de pesos y la venta se ajustó en apenas trescientos millones.

2.2. Sobre esa base, formuló reconvención persiguiendo la resolución del convenio más una indemnización por la falta de pago, o que se complete el justo precio.

3. La oposición a la reconvención y a las excepciones.

La actora explicó que la compraventa en realidad obedeció a un ‘acuerdo privado de permuta comercial’ entre el gerente de la convocada y Jaime Grisales Santa, representante legal tanto de la gestora como de la sociedad Cable Nacional Ltda.

En síntesis, se convino que Cable Nacional Ltda. recibiría el inmueble objeto de este litigio, a cambio de siete lotes de la vereda ‘Llano del Poso’, en Ricaurte - Cundinamarca. Lo que derivó en el otorgamiento de dos escrituras de compraventa el 7 de octubre de 2016 en la Notaría 51 de Bogotá: la 6493 relativa a la transferencia de los lotes en favor de la encartada y la 6494, que suscita esta controversia. En ambos instrumentos se

indicó un valor de \$300'000.000, pese a que la operación la tasaron en \$1.840'000.000.

3.1. Sobre esa base postuló las excepciones

Verificados los presupuestos procesales y al no existir ningún vicio en la actuación, es procedente definir el mérito del litigio.

De entrada cabe precisar que por virtud del artículo 328 del Código General del Proceso la competencia del sentenciador de segunda instancia se extiende “*solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante*”.

Pues bien, debe iniciarse por señalar que la mayoría de los reproches de la recurrente se entroncan en su desconocimiento del contrato de permuta. A partir de allí dice que no debió reconocerse oficiosamente una simulación sino que deben seguirse los términos de la compraventa que forzaban a su contraparte a pagarle el precio. Como se probó que no hubo desembolso, en su sentir la demandante no estaría legitimada, ya que no se trata de un contratante cumplido.

Claro, agrega que su representante no la obligó al firmar la permuta y que, dado el caso, de reconocerse la simulación de la compraventa deben retrotraerse sus efectos. Sin embargo, como el grupo principal de reparos toca derechamente con la legitimación en la causa por activa, su análisis resulta prioritario.

1. En realidad no cabe hablar de que el juez oficiosamente haya emprendido el estudio de la acción de simulación. Al margen de los motivos que dio el funcionario de primer grado para demeritar que este fuese el caso (la desestimó por ausencia de *eventus damni*, de fraude a terceros, y eso no fue controvertido en la alzada), lo cierto es que la promotora si abogó por la prevalencia del acto oculto.

Lo hizo tanto en sus excepciones a la reconvencción, como al descorrer el traslado de la contestación. En ambas oportunidades aprovechó para reseñar que en el trasfondo existió una permuta (fls. 82 y 83 cdno. 1; 107-112 cdno. 2) y así le pidió al sentenciador reconocer la exceptiva de ‘inexistencia de obligación a su cargo’: “*la cual -dice- fundamento en que el pago que la reconviniente enuncia como no realizado en forma efectiva se realizó en cumplimiento del negocio jurídico*

de ‘inexistencia de obligación a su cargo y de la lesión enorme’.

ANÁLISIS DE LA SALA

establecido entre Autoferia El Salitre y Cable Nacional Limitada a través de documento enunciado como ACUERDO PRIVADO DE PERMUTA COMERCIAL entre Cable Nacional Limitada y Autoferia El Salitre Limitada” (fl. 121 cdno 2).

Siguiendo ese perfil delineado por la demandante el *a-quo* no declaró la simulación como erradamente cree la censura (ciertamente no podía ya que no se elevó ninguna pretensión sobre esto) sino que lo trajo a colación al abordar las defensas y la oposición de la actora, frente a la reconvencción y a las excepciones de su contradictora. Con lo cual claramente el veredicto no desbordó los confines trazados por las partes, en cambio, se atuvo a ellos.

En un caso similar, donde el operador judicial reconoció incluso una excepción con estribo en la simulación del contrato que no fue objeto de pretensión, la Corte Suprema de Justicia consideró que tal determinación no resultaba incorrecta ni contraria al principio de congruencia: “*la inconsonancia que viene apuntalada en que la simulación del contrato (...) no fue pedida como "pretensión" autónoma, no tiene asidero alguno, puesto que el sentenciador no entró a considerarla buscando decidir una pretensión inexistente, justamente por cuanto no se formuló como tal; dicho aspecto lo trajo a estudio cuando abordó el examen de las excepciones y defensas del demandado, lo que descarta la incongruencia que se le enrostra a la sentencia recurrida*” (CSJ, 15 sep. 1998; rad. 4886).

Y agregó la Corte que incluso era viable reconocer oficiosamente la excepción de simulación: “*aún en el evento en que el demandado no hubiese propuesto la excepción de simulación, la sentencia tampoco podría tacharse de inconsonante al haberla encontrado demostrada*” (ibídem), ya que no está dentro de los medios exceptivos cuya invocación corresponde a las partes (art. 282 CGP).

1.1. Ahora, no es que se haya interpretado erróneamente la naturaleza del contrato venero de la acción, como supone la perdedora. Llanamente, siguiendo los

dictados de la ley sustancial, se dio prevalencia al verdadero contrato celebrado por las estipulantes (art. 1766 C.C.). No hubo allí ninguna faena hermenéutica: el fallador únicamente rescató a la vida jurídica el pacto real.

1.2. Por consiguiente, como el juez podía y debía reconocer cuál era el acto que se escondía tras el manto de la compraventa, desde luego que no hay macula en la legitimación de la gestora. Porque conviniéndose una permuta, no hay lugar a exigir el pago total del precio en efectivo.

Entonces, en la medida que la accionante demostró que conforme a la escritura 6493 del 7 de octubre de 2016, registrada en los folios de matrícula pertinentes (fls. 27 a 70, cdno. 2), le transfirió a la enjuiciada los siete lotes permutados (algo que la convocada nunca rehusó), es evidente que el equilibrio económico de la operación está satisfecho y no hay manera de reclamar que se pague el precio aparente que figura en la escritura. Se insiste, la contraprestación ya estaba satisfecha.

De ese modo, la actora devino en contratante cumplido; habilitada así mismo para demandar el cumplimiento del acuerdo (arts. 1546 y 1609 C.C.). Específicamente legitimada para solicitar la entrega de manos de su tradente (arts. 1882 y 1958 *ejusdem*). Así, la queja de la apelación reduce infundada.

2. Por otra parte, no puede dejar de notarse que sólo a estas alturas del debate, al ampliar la sustentación de su impugnación, la encartada trae a colación su hipotética indebida representación en el contrato de permuta. Desde luego que admitir esa postrera enunciación de un hecho tan trascendental en el litigio sería permitir un acto de deslealtad procesal. Con la parte activante que no pudo controvertir semejante acusación. E incluso con el juez de primera vara, a quien en las postrimerías del litigio vino a reprochársele por una situación desconocida a lo largo de la instancia.

Con todo, es irrefutable que el documento privado contentivo del contrato de permuta fue signado por Luis Antonio Perico Pinzón como representante legal de Autoferia El Salitre Ltda. (fl.82, cdno. 2). Tampoco puede medrar ese reparo.

3. Para concluir, en cuanto a la crítica por supuestamente desconocer los efectos restaurativos de la simulación, baste con mencionar que al reconocerse validez del convenio enmascarado tras el ropaje de otro, la situación, como bien lo dice la inconforme, encaja en una simulación relativa, pues no es que las partes no quisieran celebrar acto alguno, sino que lo cobijaron de una apariencia distinta que lo cobijaron de una apariencia distinta. Y como también acertadamente lo dijo la recurrente ante esta Sede, *“la declaratoria judicial de la simulación relativa, trae como consecuencia la prevalencia del acto o negocio jurídico real, por tal motivo, ‘entre las partes, prima lo realmente querido, es decir, no tiene valor lo que se simula; se debe precisar qué fue lo realmente querido y aplicarle las normas y principios que lo regulan’”*.

En ese orden, aún en caso de que hubiere procedido *“declaración judicial sobre la simulación”*, que no la hubo insístase porque simplemente se reconoció un hecho alegado en las excepciones esgrimidas contra el libelo de mutua petición, tal simulación sería relativa y llevaría a que, tal cual se hizo, se le diera prevalencia al acto real y oculto.

Así lo ha dicho la doctrina jurisprudencial reiteradamente. Por ejemplo, en la misma sentencia de Casación Civil citada por la apelante se precisa:

“(…) la simulación absoluta, per se, de suyo y ante sí, envuelve la inexistencia del negocio jurídico aparente. Per differentiam, la simulación relativa, presupone la ineludible existencia de un acto dispositivo diferente al aparente, ya en cuanto hace al tipo negocial, bien en lo atañadero a su contenido, ora en lo concerniente a las partes.

Del mismo modo, en la simulación absoluta, las partes están definitivamente atadas por la ausencia del negocio inmerso en la apariencia de la realidad; en cambio, la simulación relativa, impone la celebración de un negocio distinto, verbi gratia, donación en vez de compraventa, y por lo mismo, las partes adquieren los derechos y obligaciones inherentes al tipo negocial resultante de la realidad (CSJ, SC del 6 de mayo de 2009; rad. 00086).

O como lo ha dicho la Corte Suprema en otras ocasiones, “en caso de la simulación relativa, esa misma realidad precisa, entre

las partes, la prevalencia del tipo negocial celebrado, el contenido acordado” (CSJ, SC 30 jul. 2008; rad. 077-2008).

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001-3103-036-2018-00557-01](#)

Tema: agencia comercial/ inconsonancia/ la calificación contractual no está atada a la denominación errónea de los estipulantes/interpretación del contrato/tipificación contrato agencia comercial y sus elementos esenciales.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

Las demandantes piden declarar que con Coflonorte, quien además representaba a las otras encartadas por hacer parte de su grupo empresarial, celebraron un contrato de “*agencia comercial*” que perduró desde el 1° de marzo de 2005 hasta el 31 de mayo de 2015, cuando la transportadora lo terminó sin justa causa. Y en consecuencia, condenar a Coflonorte a pagarles la cesantía comercial y la indemnización prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, que estimaron en \$72’102.625 la primera y en \$360’513.125 la segunda más \$6’443.500 de la cláusula penal.

En subsidio, solicitaron similares declaraciones y condenas pero individualizadas para cada demandada.

1.1 En sustento de tales súplicas, en síntesis, aducen que desde marzo de 2005 Idaly Cárdenas asumió, como agente comercial de Flota Sugamuxi S.A. -aunque no se hizo constar por escrito- encargándose de la venta de pasajes y remesas en las agencias de la compañía en la ciudad de Bogotá, a contraprestación de una comisión sobre cada tiquete. En iguales términos fungió como agente de Autoboy SA a partir de agosto de 2006.

Por exigencia de esas empresas, en abril de 2009 constituyó la sociedad demandante (Inversiones Cárdenas MI S.A.S.), con la que continuó el contrato de agencia “sin solución de continuidad”.

Posteriormente, el 1° de noviembre de 2013, a través de la SAS suscribió un contrato de agencia comercial para los mismos fines y sin “solución de continuidad” con Coflonorte, quien también actuó en nombre y representación

de Autoboy y Flota Sugamuxi por ser de su grupo empresarial. Desde entonces se entendió exclusivamente con Coflonorte y esta asumió el pago de todas las comisiones.

Finalmente, pese a que la vigencia del contrato se prorrogó hasta el 31 de octubre de 2015, en mayo de ese año Coflonorte lo terminó sin justa causa.

2. La réplica de la demandada.

Todas las convocadas alegaron como excepción la ‘ausencia de prueba de la responsabilidad contractual y de los perjuicios’, y por lo mismo el cobro de lo no debido, así como el ‘contrato no cumplido’ por parte de las promotoras.

2.1 Flota Sugamuxi S.A. agregó las de ‘inexistencia de nexo causal’ de su actuar frente a los eventuales perjuicios y la ‘ausencia de prueba documental del contrato’. Asimismo, que todas las enjuiciadas son personas jurídicas independientes, aunque conformen un grupo empresarial; cosa que también alegó Coflonorte, resaltando que si bien es la matriz, su responsabilidad resulta subsidiaria y está circunscripta al ámbito de la liquidación de las sociedades subordinadas.

2.2 Autoboy S.A. además postuló las exceptivas de ‘falta de legitimación por pasiva’, ya que sólo Coflonorte firmó el contrato con Inversiones Cárdenas; ‘prescripción’, toda vez que su vínculo con la demandante culminó en 2013 –no precisa cuándo- y el artículo 1329 del Código de Comercio da un plazo quinquenal para incoar las acciones que emanan del contrato de agencia mercantil; por último, la de ‘enriquecimiento sin

causa', aludiendo a que este se produciría en caso de acoger el *petitum*, que con idéntica orientación fue invocada por Coflonorte.

2.3 Coflonorte Ltda. adicionalmente esgrimió las excepciones de 'falta de legitimación por activa y por pasiva', ya que sólo responde por el contrato que

Verificados los presupuestos procesales y al no existir ningún vicio en la actuación, es procedente definir el mérito del litigio.

1. De entrada cabe precisar que por virtud del artículo 328 del Código General del Proceso la competencia del sentenciador de segunda instancia se extiende "*solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante*".

1.1 Pues bien, los reparos gravitan alrededor de dos principales ejes temáticos: a) Los que reclaman el respeto de la denominación del contrato, intitulado de agencia comercial. b) Los que discuten la satisfacción de sus elementos esenciales, bien desde lo teórico, o partiendo del respectivo escrutinio de las pruebas.

1.2 Aparte queda el reproche por 'incongruencia', cimentado en que no se debieron reconocer 'excepciones de una forma que no fueron alegadas'. Para desestimarlos basta con mencionar que tratándose del reconocimiento *ex-officio* de excepciones dicha irregularidad –la inconsonancia- solo aparece cuando se declara oficiosamente la prescripción, compensación o nulidad relativa, por ser las únicas que exigen alegación de parte (art. 282 C.G.P.).

En efecto, la Corte Suprema de Justicia ha explicado que ese vicio procesal únicamente podría configurarse cuando el veredicto "*sea el producto de haberse declarado una excepción respecto de la cual no operaba el principio inquisitivo, como la prescripción, la compensación o la nulidad relativa, excepciones estas que, como se sabe, para su estudio y reconocimiento deben alegarse en la contestación de la demanda*" (CSJ SC, 2 Feb. 2009, Rad. 1995-11220-01).

En ese caso el fallo perdería armonía con sus contornos naturales para caer en un exceso por "*extra petita*". Así lo ha explicado la jurisprudencia: "(...) el

ajustó en 2013 con Inversiones Cárdenas, al que es ajeno Idaly Cárdenas; 'falta de prueba del contrato' antes de 2013 e 'inexistencia de la obligación', ya que nada la corrobora; y en cualquier caso la de 'compensación', comoquiera que la SAS le adeuda más de cuarenta millones de pesos.

ANÁLISIS DE LA SALA

principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe 'cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1) ultra petita: si provee sobre más de lo pedido; 2) extra petita: si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) mínima petita: cuando omite decidir sobre todo lo pedido'" (CSJ. sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295).

Acá, por el contrario, el operador judicial de primer grado no pudo incurrir en la presunta incongruencia, en la medida que todas las excepciones que dio por acreditadas fueron oportunamente esgrimidas por las demandadas. Pero más allá de esto, porque no declaró ninguna oficiosamente; menos alguna de aquella triada que el legislador reservó al demandado.

2. Ahora, en cuanto a los reproches concernientes a que la autonomía privada y el principio de "*pacta sunt servanda*" obligan a asumir sin atenuantes que se trata de una agencia comercial, importa destacar que en litigios de índole contractual es el juez -no los contratantes- el encargado de verificar la naturaleza, clase o tipología del convenio que suscita la controversia. Esto en acatamiento de la prevalencia del derecho sustancial.

Según la doctrina jurisprudencial, "*surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se le haya asignado*", porque "*el calificativo, erróneamente acordado o impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de acción sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica*" (Cas. Civ. Sent. de 27 de marzo de 2012; exp. 2006-535-01; se subrayó).

O como en otros términos lo ha planteado la Corte Suprema de Justicia:

*“(…) en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica” (Cas. Civ. Sent. de 19 de diciembre de 2011; exp. 2000-01474).*

Ese ejercicio calificativo del contrato, entonces, va mucho más allá de la mera enunciación que del negocio se haga, del nombre que se ponga; en realidad, se debe “determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a **sus elementos estructurales**, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales”. (Ibídem; el resaltado es del Tribunal).

2.1 Por ende, como es el contenido del convenio y no su nomenclatura lo que lo define, carece de sentido pretender que el respeto de la autonomía privada, o el principio de obligatoriedad de los contratos (*pacta sunt servanda*), alcancen para atribuir a un negocio jurídico todas las consecuencias legales inherentes a otro únicamente porque así fue bautizado. Esto, hablando de principios, iría en franca contravía del de prevalencia, pilar de la acción de simulación (artículos 1766 del C.C. y 254 C.G.P.).

Además, el principio de *pacta sunt servanda*, positivizado en el artículo 1602 del Código Civil, desde luego no es absoluto. Tiene límites obvios como la ley, el orden público o las buenas costumbres (arts. 1519 y 1524 C.C.). También es permeable ante otros principios como la equidad y la prohibición de enriquecimientos injustos o abuso del derecho, de ahí que excepcionalmente se permita la revisión de los contratos y la

reparación (art. 868 C.Co.). Pero sobre todo, cuando la normatividad dice que el contrato “*es ley para las partes*” (art. 1062 C.C.) no refiere al título o denominación del convenio, sino al elenco de estipulaciones que lo conforman, pues es allí donde los otorgantes, según anota el profesor Uribe Holguín, “*crean su propia ley que regirá sus relaciones recíprocas en un determinado negocio jurídico*”². Por ejemplo, cuando se averigua por la legalidad del pacto nadie repara apenas en su nomenclatura, sino en su texto, en la “*validez de la norma contractual*” al decir de Kelsen.

La potestad que tienen los particulares de autorregular sus relaciones es la síntesis del concepto de autonomía privada también ínsito en el artículo 1602 del Código de Bello. Este principio, análogo al de obligatoriedad de los contratos, no se concentra en el *nomen iuris* del acuerdo, porque lo que se protege es la voluntad de los signatarios y esta rara vez se reduce al nombre del convenio. Incluso, es posible que dicho querer ni siquiera resida en su texto. No en vano, “*conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que lo literal de las palabras*” (art. 1618 C.C.).

De suerte que en este caso no hay lugar a criticar al *a-quo* por desconocer el título o denominación que los contratantes le dieron al conjunto de sus estipulaciones. Realmente debía auscultarse en ellas para descubrir el verdadero tipo de contrato ajustado. Solo así podría determinarse qué tanta razón hay en las pretensiones.

3. Ya en punto a la adecuación típica del contrato, para esclarecer dicha tipología resulta indispensable poner la mira, como viene de verse, más que en la denominación, en los elementos esenciales del respectivo pacto, porque sin estos no produce efecto o degenera en otro diferente (artículo 1501 C.C.). Con idéntica orientación lo ha explicado la doctrina jurisprudencial: “*el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico* (CSJ, SC de 19 dic. 2011, reiterada en SC 27 mar. 2012, entre muchas otras).

Luego, cinco son los elementos esenciales de la agencia mercantil, perfectamente delineados en el Código de Comercio:

- i) El encargo para el agente de promover o explotar los negocios del empresario (art. 1317).
- ii) La gestión independiente del agente (*ibídem*).
- iii) La actuación del agente por cuenta del empresario, por lo que recibe una contraprestación del agente (art. 1322).
- iv) La estabilidad del acuerdo (art. 1317).
- v) La gestión se limita a un determinado ramo y en una zona prefijada (*ibid.*).

Acerca de estos elementos esenciales del contrato de agencia comercial la Sala de Casación Civil sentó las siguientes precisiones:

“a). Que como su objeto es ‘promover o explotar negocios’ del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.

b). Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente.

*c). Que existe independencia y autonomía del agente, **por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario**, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 *ibídem*.*

d). Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales.

e). Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional” (CSJ; SC, 10 sep. 2013, rad. 2005-00333-01; reiterada en SC6315-2017; sublíneas no originales).

3.1 La decisión atacada primordialmente extrañó el requisito de independencia o autonomía, dado que encontró suficientes trazas de subordinación de la parte actora hacia la empresa, demasiadas como para tenerlas por meras “sugerencias o recomendaciones”. La “interferencia y la intromisión de la labor desempeñada -reza el fallo- siempre estuvo latente, por no decir, fue el motor de la relación negocial” (flo. 468).

La apelación, sobre este tópico, replica que no hubo un análisis sistemático de los elementos de la agencia, ni se tomó en cuenta que hay matices tratándose de la promoción de servicios. Y recalca que hubo un malentendido alrededor del interrogatorio de la demandante.

3.1.1 En palabras de la Corte Suprema de Justicia, “en el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente (...) al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro” (SC 2 dic. 1980). Acerca del requisito de independencia del agente, la doctrina y la jurisprudencia con esmero han dado pautas claras que permitan distinguir la agencia mercantil de otros contratos de colaboración que le son afines o que comparten algunos de sus elementos. En general, para la doctrina la independencia se expresa con sencillez en que “el agente es libre de determinar la intensidad y la forma como debe cumplir su obligación de promoción”, todo porque “hay subordinación cuando el empresario tiene la facultad de organizar el trabajo, es decir, de disponer el modo, tiempo y lugar como se desarrollará la actividad”.

La jurisprudencia ha sido más exhaustiva. Como se resaltó previamente, en la sentencia de casación del 10 de 2013 se puso énfasis en que el agente debe estar al margen de la “estructura organizacional del empresario”. En otro pronunciamiento reseño que el agente “está facultado para diseñar los métodos de trabajo, designar colaboradores, y en fin para adoptar las decisiones que competan con el cumplimiento del encargo” (SC de 24 jul.

2012, rad. 02154-01). Y más recientemente ahondó: *“Los requisitos de permanencia e independencia, implican que el agente, para dichos propósitos, es dueño de una empresa organizada, distinta a la establecida por el agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. **En el manejo de una y otra industria, por tanto, entre los intermediarios y los empresarios no puede haber interferencias o intromisiones recíprocas de ninguna índole**”* (SC3645-2019).

Por supuesto, la independencia y autonomía no implica que el agente no deba atender las directrices del empresario o coordinar con él la actividad mercantil; no puede olvidarse que a la postre obra por su cuenta. Para la Corte al empresario le compete entonces *“hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume”* (CSJ; SC, 10 sep. 2013, rad. 2005-00333-01).

Pero la intervención del empresario recae sobre la promoción o explotación del negocio, no en la organización institucional del agente (Cfr. SC 6345-2019).

3.1.2 La anterior recapitulación demerita la tesis de las impugnantes plasmada sobre la idea de que no estudiaron rectamente los ingredientes esenciales de la agencia. Efectivamente, como lo puntualizó el fallo censurado, la independencia del agente es un elemento esencial del contrato pretendido y en torno a ese punto poco importa que se tratase de la promoción de servicios y no de bienes, como si acaso en una u otra el empresario pudiese sujetar al comerciante a sus directrices. No, en cualquier caso la autonomía resulta indispensable, so pena de que el convenio encaje en otra categoría.

Ahora bien, no hay manera de que se hubiere malinterpretado la exposición de la demandante en su interrogatorio. Recuérdese que de allí mayormente se desgajó la conclusión de que la promotora no era autónoma frente a la empresa. Y es que ciertamente la actora reconoció sin dubitación que trabajaba para las empresas.

Inicialmente para Autoboy y Flota Sugamuxi, y luego cuando las compró Coflonorte, la dejaron seguir trabajando, dice. Pero nunca expresó que le hubiesen permitido seguir explotando el negocio o alguna idea similar: llanamente repitió que trabajaba para las compañías y que al conformarse el grupo empresarial siguió ‘trabajando’ para este. Cosa que desde luego desdice de la hipotética independencia de la convocante.

Pero hay mucho más. La Corte, fue dicho, insiste en que el agente debe obrar por fuera del andamiaje del empresario. Acá, en cambio, la interrogada aceptó que *“prácticamente era la representante legal”* de las empresas en la ciudad de Bogotá. Y no sólo en aras de concretar negocios, como cabría de un agente. Las representaba, además de en licitaciones, en todas las actuaciones y diligencias ante las autoridades administrativas, aunque invariablemente, según contó, actuando bajo las precisas instrucciones de los directivos del grupo; ‘siempre consultaba con el gerente’, reveló ante los cuestionamientos de la juzgadora. Por si fuera poco, figura como socia del grupo empresarial, según aceptó en su declaración, calidad en que la que también es mencionada en varias de las misivas cruzadas entre las partes. Así que no hay forma de tener a la apelante *“ajena a la estructura organizacional”* de las encartadas.

Aunado a ello, recuérdese que de cara a la autonomía del agente es intolerable cualquier intromisión o interferencia en el manejo de su entidad por parte del empresario. Cárdenas SAS, empero, según confesó su representante, acataba estrictamente las instrucciones de Coflonorte en cuanto a su personal. La transportadora no solo le ordenaba despedir trabajadores y en cualquier caso debía contar con la autorización de la matriz para cualquier cambio. Es decir, ni siquiera tenía la libertad para escoger colaboradores que refiere la sentencia SC de 24 julio de 2012.

Para concluir este apartado, y en resumen, no se observa en el actuar de las demandantes que fueran ellas las que dirigiesen la actividad comercial. Como contó la demandante en su interrogatorio, todo estaba preestablecido por las compañías de transporte: el precio de los

tiquetes, la publicidad -ni siquiera podía ofrecer promociones o dar cortesías-, el personal, los vehículos, las rutas, las instalaciones –que también eran de las empresas- y hasta los horarios. Vale aquí reiterar lo que dicta la doctrina: *“hay subordinación cuando el empresario tiene la facultad de organizar el trabajo, es decir, de disponer el modo, tiempo y lugar como se desarrollará la actividad”*.

3.2 A estas alturas, entonces, carece de influjo en las resultas del litigio el que sea cierto que para el agente no es obligatorio anunciarse al público, o que puede explotarse un negocio ya exitoso, o el que ciertamente no hubieren pruebas fehacientes de que los empresarios tuviesen su operación consolidada. Es que faltando el advertido elemento esencial del convenio, las pretensiones, todas, principales y subsidiarias, construidas sobre la base de que el contrato era de agencia, bajo ningún orden pueden medrar, como lo enseña la jurisprudencia: *“Los requisitos mencionados para la configuración del indicado acuerdo de voluntades son concurrentes, esto es, **deben aparecer todos para que puede predicarse válidamente su configuración**, ya que la falta de uno de o varios de ellos implica necesaria y fatalmente que tal convención no existe o que degenera en otro acuerdo de naturaleza diferente”* (SC 4 abr. 2008, exp. 1998-00171-01, citada en SC 6315-2017; subrayas intencionales). Por lo mismo no hay necesidad de detenerse en los restantes elementos esenciales de la agencia mercantil ni de profundizar en ellos o verificar si se presentan, pues si falta uno cualquier otra pesquisa carece de objeto.

3.2.1 Tampoco podría tener trascendencia la confesión ficta de sus contendientes por dejar de concurrir a la audiencia inicial. Según la jurisprudencia esta ‘confesión’ *“tiene la significación procesal de una auténtica presunción de las que en lenguaje técnico se denominan ‘legales’ o juris tantum”*, o lo que es lo mismo, *“equivale a decir que invierte el peso de la prueba, haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria”*(G. J., t. CCXVI, pag.594). En resumen, *“tendrá la misma fuerza que a las confesiones reales y verdaderas se les atribuye, en la medida en que... no exista dentro del proceso prueba en contrario”* (G. J., t. CCXXVIII,

Volumen I, pag.207, reiterada en SC, 14 jun. 2006, rad. 00679-01).

Más allá de eso, tal aceptación opera, conforme al artículo 372 del Código General del Proceso, respecto de los hechos narrados en la demanda. Si bien en la demanda se proclama que las partes ajustaron un contrato de agencia, como se dijo, le corresponde al funcionario judicial y no a las partes la calificación del tipo contractual. De tal manera que, *“como toda confesión admite prueba en contrario”*, y en vista que tal aserto de la demanda vino a quedar desmentido por las restantes pruebas del proceso, que es sabido deben valorarse en conjunto y armónicamente (arts. 176 y 197), sin que sea menester que el fallador se pronuncie expresamente sobre cada una de ellas, cual sugiere erradamente el recurso, en últimas cualesquier confesión ficta vino a quedar infirmada. Igual, y con mucha más razón, cabe predicar del indicio grave que se quiere deducir de la insistencia a la conciliación prejudicial.

3.2.2 Para finalizar, la censura ni siquiera se preocupó de precisar cuáles exactamente fueron los medios de prueba que dejaron de obtenerse oficiosamente; tampoco explicó por qué debía el juez procurarlos ni justificó la razón por la que dejó de aportarlos o no pudo hacerlo. Y mucho menos dio cuenta de que, visto como está que el contrato no suple las exigencias legales para encajar en uno de agencia comercial, tales eventuales elementos suasorios serían determinantes en la decisión, al punto de darle un giro. Memórese que solo cumpliéndose todas las anteriores condiciones el decreto oficioso de pruebas se erige en deber.

Al respecto, tiene dicho la Sala de Casación Civil que la facultad - deber de decretar pruebas de oficio no es absoluta y de ningún modo exonera a las partes de sus cargas procesales:

“(...) por el contrario, con excepción de «los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas», o de aquéllos eventos en donde la ley presume un determinado acontecimiento y se apareja anticipadamente una consecuencia jurídica, les corresponde actuar diligentemente en la demostración del «supuesto de hecho de las normas que

consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En otros términos, si bien los poderes que se le han venido confiando al fallador ponen de presente que la tendencia legislativa se orienta a la superación del sistema dispositivo puro y la mayor vigencia del inquisitivo, la supresión de aquél no se ha producido, de lo cual puede concluirse que la existencia del sistema mixto representa una equilibrada amalgama, en la que, con la denodada intervención de las partes y la potestad oficiosa del juez, se logre una justa y eficaz composición del debate, a partir de bases ciertas y no meramente formales.

Conforme con ello, aunque al juez se le exige acuciosidad y dinamismo en la búsqueda de la verdad real sobre la cual ha de definir la controversia, esa labor no se extiende hasta el punto de tener que suplir en cualquier supuesto la carga probatoria que le incumbe a las partes». (CSJ SC5676-2018, rad. 2008-00165-01, reiterada en SC 2779-2019).

Ahora, en torno a la desestimación por el a quo de la solicitud de prueba testimonial, no hay duda de que en virtud del principio de preclusión no es factible revivir esa oportunidad, máxime cuando el aquí recurrente guardó silencio frente a esa decisión, desdeñando así los medios de impugnación y ahora pretende rescatar esa oportunidad, por conducto del juzgador.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001-3199-003-2018-02126-01](#)

Tema: acción protección al consumidor / publicidad engañosa seguro de desempleo / información / pretensión indemnizatoria / posición dominante / decreto 2153 de 1992 artículo 45 / ley 1328 de 2009 artículo 7°.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La competencia para conocer del libelo inicial, donde los actores, obrando en nombre propio y el de su familia extensiva conformada por Sara Sofía, Nadia Catalina y Paula Tatiana Cifuentes Ordóñez, Juan Enrique Díaz Gómez, Juan 2 N.E.S.V. Exp. 2018-02126-01 Alejandro Díaz Cifuentes y Eugenia Ordóñez, solicitaba que por vía del proceso ejecutivo se condenara a la entidad demandada a pagarles los perjuicios sufridos por la publicidad engañosa efectuada a la parte actora al ofertarle un crédito para vivienda a largo plazo, fue rehusada en un primer momento por la Superintendencia, fincada en que no está habilitada para conocer de procesos de ejecución; mas, trabado el correspondiente conflicto de competencia por el juez del circuito al que le fue enviado el asunto, esta Corporación, en proveído de 2 de julio de 2019, lo dirimió atribuyéndoselo a dicho ente, aunque con la admonición, necesaria, de que debía adoptar las provisiones para que la demanda se adecuara a los criterios que determina el Estatuto del Consumidor -Ley 1480 de 2011-, lo que en efecto hizo ésta inadmitiéndola en proveído de 10 de octubre de 2019, situación que originó la sustitución de la demanda.

En ésta, la parte demandante pidió que por la vía del proceso verbal, se declare que entre las partes existió una “relación contractual abusada” por la entidad convocada que, prevalido de su posición dominante y valiéndose de publicidad engañosa, ocultó no solamente que los demandantes honraron a tiempo el crédito que les otorgó, sino también el pago extemporáneo del seguro de desempleo que tenía el deudor Oscar Javier Jiménez, haciendo con ello que la Rama Judicial victimizara a los ejecutados; y, consecuentemente, solicitó condenar al ente demandado a indemnizar los perjuicios a que hace referencia el artículo 454B del Código Penal; los causados por el no pago del seguro de desempleo, equivalente a 30 días, por ser esta la oferta de publicidad no cumplida, más los daños inmateriales padecidos por los deudores y su familia extendida; declarar que el no pago y el pago tardío del seguro de desempleo causó que los “extremos del litigio se INTERVIRTIERAN en la jurisdicción civil, Tribunal Superior de Bogotá C.D. Sala Primera de Decisión”, como es la aceleración del “finiquito del contrato”; ordenar librar los oficios

correspondientes a la oficina registral, y adoptar otro tipo de provisiones respecto de la forma como se tramitan los créditos por parte de la entidad accionada.

Sustentaron tales súplicas, en los siguientes hechos:

1.- Oscar Javier Jiménez Jiménez, quien trabajaba en Makro desde 2002, y desde ese año consignaba sus cesantías en el Fondo demandado, recibió una oferta de parte de éste para la adquisición de un crédito de vivienda nueva que incluía un seguro de desempleo, “con solución a un mes”, que cubriría hasta 12 cuotas de éste; fue así que, tras aceptar la oferta, lo cual hizo en 2015, se formalizaron dos contratos, uno de mutuo y otro de seguro, y suscribió un pagaré en respaldo de la obligación, que se “consumiría” en 120 cuotas mensuales por un valor de \$1’979.070,10.

2. Encontrándose vigente el crédito, el actor adquirió el estatus de desempleado el 16 de abril de 2016, condición que notificó oportunamente al demandado, quien, sin embargo, se guardó de darle respuesta a su solicitud, razón por la que, alteradas sus condiciones de existencia y con el fin de conservar la vivienda, optó por invitar a su “constelación parental”, no obstante que no tenía “obligación de hacer los pagos porque esta obligación se subrogó en la aseguradora”, para seguir cubriendo las cuotas que se causaran, en una forma de solidaridad, fraternidad y hermandad que permitió cancelar esos instalamentos.

3. Después de 18 meses de haber sido notificado por el actor sobre el estatus de desempleado que sobrevino para él, el Fondo pagó 3 cuotas del seguro de desempleo, “notificación que valida tardíamente los derechos de los propietarios en frente de todos los convivientes”; evidenciando, de paso la publicidad engañosa que se realiza del

1. Concurren los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que invalide lo actuado, por lo cual procede dirimir el mérito de la controversia, dentro del ámbito de competencia de esta instancia, la cual está delimitada por los reparos formulados por el apelante, lo que, por contera, deja al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere

seguro de desempleo, al que tenía derecho a partir de los 30 días siguientes a la notificación de haber perdido su empleo.

4. La forma de actuar del Fondo, tenía como objetivo de arrebatárle judicialmente al consumidor financiero, el inmueble adquirido con el producto del crédito, lo cual trató de hacer, con Covinoc y la abogada Pilar Bello Velandia, mediante un ilegal proceso ejecutivo con garantía real que impetraron contra el desempleado y su cónyuge, el 1º de diciembre de 2017 ante el Juzgado 27 Civil del Circuito, en el que si bien obtuvieron sentencia favorable en primera instancia, en segunda instancia fue enmendada por el Tribunal, en una decisión que intervirtió los “extremos del litigio”.

5. Covinoc, después de presentada la demanda, siguió constriñéndolos, haciéndoles un ofrecimiento de pago que, sin embargo, no pudieron aceptar por falta de recursos; en mayo 2018, les entregaron documentos del proceso pero sin el mandamiento, por lo que no hubo notificación.

6. Aunque las facturas de cobro enviadas por el Fondo, demuestran que las cuotas cobradas en la demanda estaban canceladas, el Juzgado 27 Civil del Circuito no hizo cuenta de ello, ateniéndose a lo expresado en la demanda y validando los delitos (falsedad ideológica, fraude procesal, abandono de la acción), en la que, porrazón de lo decidido por el Tribunal, salta a la vista la confesión de esos delitos, pues dice que se le adeudan las cuotas de abril a noviembre de 2017, sin ser cierto.

7. Ese concierto, ilegítimo y denigrante, menoscaba los derechos humanos e impone el pago de perjuicios (artículos 261 y 454B del código penal).

ANÁLISIS DE LA SALA

suscitado inconformidad y que no esté íntimamente relacionada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.).

De ahí que, en el caso sub judice, sólo se resolverá sobre los aspectos combatidos en la apelación.

2. Y la manera más adecuada de abordar esos reparos de la impugnación, es precisando el contenido y alcances del litigio, lo cual viene indispensable en este momento, pues habiendo los demandantes sustituido la demanda cuando fue inadmitida por la Superintendencia, como se apuntó al inicio, estima la Sala que esto resulta fundamental, porque permitirá tener una idea más clara de cuál, en realidad, es la pendencia que, como consumidores, tienen los demandantes contra la entidad accionada.

La sustitución, ciertamente, sin dejar de lado esa aspiración indemnizatoria que se plasmó al comienzo, trocó en lo básico el respaldo fáctico que se esgrimió en aquella para justificar el pago de los perjuicios cuyo abono siguió pretendiente, en cuanto que mientras en el libelo inicial los demandantes se dolían de la publicidad engañosa que hacía el Fondo de su seguro de desempleo al ofertar su sistema de crédito, omitiendo informar a los futuros deudores que el amparo sólo se afectaría si, entre otros eventos, la pérdida del empleo se debía al despido del trabajador sin justa causa, circunstancia que, planteaba la demanda, no fue informada ninguno de los demandantes, al ‘subsanarse’, estos dejaron de lado esos reproches al Fondo, encauzándolos ahora en otra dirección. Se quejan, sí, de una publicidad engañosa y del abuso de su posición dominante por parte del demandado; pero no a raíz de esa información engañosa al consumidor financiero que acerca de las condiciones del amparo se denunciaba al principio, sino debida al silencio de la entidad demandada frente a sus reclamaciones y a la tardanza que se llevó el cumplimiento de la obligación cuando se afectó la cobertura, como que si al otorgarse ésta, quedó claro que el Fondo abonaría las cuotas aseguradas en un término de un mes, contado a partir de haberse efectuado la notificación del hecho asegurado -el despido del deudor por parte de su empleador-, nada justificaba que solo después de 18 meses, al fin, el asegurador haya cumplido con su obligación, y apenas parcialmente, en la medida en que solo cubrió tres de las cuotas del crédito causadas.

3. La aseguradora, en efecto, según lo puso de presente el fallo de esta Corporación dictado el 19 de marzo de 2019 dentro del proceso ejecutivo hipotecario que

promovió el fondo contra los actores en el proceso, que revocó la sentencia que en primera instancia había proferido el Juzgado 27 Civil del Circuito, cumplió finalmente con la obligación condicional que surgió en ella al realizarse el hecho asegurado, pues así lo afirmó el Fondo en el curso del proceso, cuando aceptó que la aseguradora cubrió once cuotas en mora de los ejecutados.

4. Mas, aunque el citado pronunciamiento reparó en esta circunstancia, que indudablemente tiene enorme trascendencia en la viabilidad de la ejecución, nótese que esto no fue, a la postre, lo que condujo al Tribunal a enervarla, pues al revocar el fallo objeto de apelación, que había reconocido un pago parcial, fincado justamente en esa información suministrada por la apoderada del ejecutante al responder las excepciones de los demandados, y ordenado seguir adelante con la ejecución por el resto del capital acelerado, lo que acabó inhibiéndola completamente fue algo distinto: el hecho de que el Fondo estuviera certificado de que el deudor había perdido su trabajo, de tal manera que, siendo así, *“debió hacerse efectivo el seguro que cobijaba ese riesgo, en vez de incoar la acción cambiaria por la no satisfacción de las cuotas que se iban generando”*.

Sobre lo cual elucidó de manera más amplia el pronunciamiento, en cuanto anotó: *“cuando el deudor de una obligación contraída –a largo plazo- para adquirir vivienda individual, toma un seguro de desempleo para que la aseguradora, de realizarse el riesgo asegurado (la pérdida involuntaria del trabajo), satisfaga las cuotas de amortización respectivas mientras se mantiene esa condición (por el tiempo máximo previsto en el negocio asegurativo), la efectividad de la cláusula acceleratoria pactada debe reparar en ese contrato coligado, conocido por el banco prestamista, quien si bien es cierto tiene la facultad de anticipar el vencimiento del plazo para cobrar la totalidad de las sumas adeudadas, no puede desconocer que, de pagarse el siniestro, ese pago indefectiblemente incide en el cobro del capital acelerado y, claro está, en la continuidad de la ejecución”*; es decir, *“si bien es cierto que el acreedor por el no pago de una de las cuotas de amortización*

del préstamo, puede acelerar –según lo pactado- el plazo inicialmente previsto, no lo es menos que si ese retardo del deudor obedece a la falta de ingresos por la pérdida involuntaria de su condición de trabajador, lo procedente, en principio, es hacer efectivo el seguro de desempleo, contratado precisamente con ese propósito. Luego, o el acreedor espera que se cubran las cuotas respectivas por la compañía de seguros, sin acelerar el plazo, o si resuelve adelantarlo, una vez reciba el pago debe desacelerarlo, no sólo porque el seguro cumplió su función, sino también porque el vencimiento anticipado, motivado por una situación amparada, prevista de antemano por las partes”.

Y añadió, concluyendo, que esto debe ser así “si se considera el derecho a la vivienda previsto en el artículo 51 de la Constitución Política, lo mismo que la interpretación sustancial prevalente en favor del consumidor financiero, según el literal e) del artículo 3° de la Ley 1328 de 2009, en consonancia con el artículo 4° de la Ley 1480 de 2011. Si así no fuera, el seguro de desempleo se convertiría en una simple fuente de pago para el acreedor, que ciertamente lo es, desconociendo que también tiene la función de amparar al deudor en una situación que escapa a su manejo (pérdida involuntaria del empleo) y que puede comprometer grave y sensiblemente la prerrogativa constitucional mencionada”, de donde se sigue que “la sola voluntad del prestamista, cuando las cuotas han sido solventadas por el asegurador, no es suficiente para preservar la pretensión de pago del capital acelerado, justamente porque el negocio aseguratorio cumplió con el propósito previsto por ambos contratantes”.

5. La importancia de lo discurrido en esos fragmentos del fallo de la Corporación que acaban de transcribirse, está en que, por más que los demandantes se duelan de la forma como actuó el Fondo en su caso - algo en lo cual sus protestas resultan justificadas, desde luego que si la Jurisdicción del Estado ha concluido que mientras el abono a la obligación por parte de la aseguradora no estuviera resuelto, la aceleración del capital no era factible y que, en caso de haberse acelerado, hecho el pago por la aseguradora, éste debió entonces desacelerarse - , no puede desconocerse, y en ello debe hacerse

hincapié, que encontrándose el deudor en mora, como bien lo dedujo la Superintendencia al hacer la cuenta de la obligación, era el derecho del Fondo intentar la ejecución y, por supuesto, poner en marcha para ejercitar el derecho de persecución que como acreedor real tiene, mediante la realización de la garantía otorgada en respaldo de su obligación, sin que por ello pueda tacharse su proceder como abuso de posición dominante, ni mucho menos el aprovechamiento de una información que no se le dio a conocer al consumidor financiero.

Es la materialización del dictado consagrado en el artículo 2448 del Código Civil, de acuerdo con el cual el acreedor hipotecario tendrá el mismo derecho que se otorga al acreedor prendario el artículo 2422 del mismo ordenamiento, para hacerse pagar la deuda respaldada con el bien dado en garantía, es decir, a que la “prenda del deudor moroso se venda en pública subasta, para que con el producido se le pague; o que, a falta de postura admisible, sea apreciada por peritos y se le adjudiquen en pago, hasta concurrencia de su crédito; sin que valga estipulación alguna en contrario, y sin perjuicio de su derecho para perseguir la obligación principal por otros medios”.

De ahí que censurar al acreedor que, por lo demás, como entidad financiera de carácter público, fuera de eso, supervigilada, responsable de recursos a la postre ajenos, cumpla con lo suyo al velar por la recuperación de los dineros entregados en mutuo a sus usuarios, es absolutamente inconsecuente, sobre todo en un escenario como el que plantea el proceso, donde, cual lo advirtió el fallo de primera instancia, y en últimas alcanza a filtrarse en el último aparte de la sentencia que dictó esta Corporación en el proceso ejecutivo de marras, la mora que sirvió de base para la presentación de la demanda, existía realmente, en cuanto que el monto de las cuotas vencidas al instaurarse la demanda, ascendía a una cifra superior al valor total de las cuotas que -ya después de la presentación de la demanda- canceló la Aseguradora Solidaria al haberse afectado la cobertura, de lo cual se sigue, obviamente, que de todas maneras quedaba un remanente que, por sí mismo, autorizaba la ejecución.

Y todavía menos aseverar que su proceder descubre una infracción a esa obligación especial a que alude el literal e) del artículo 7° de la Ley 1328 de 2009, en tanto que esa forma de obrar, jamás encajaría dentro de los contornos de una posición de dominio, como la define el artículo 45, numeral 5° del Decreto 2153 de 1992, que la define como “[l]a posibilidad de determinar, directa o indirectamente las condiciones de un mercado”, obviamente, mucho menos, por supuesto, como abuso de ella, pues muy a despecho de la apelación, si el estado de mora en que entró el deudor no se debió a causas atribuibles al Fondo, pues quien otorgó la cobertura de desempleo fue la aseguradora, no él, es muy difícil decir que al ejecutar al obligado éste haya tratado de aprovecharse de “su poder de mercado para directamente apropiarse de parte de la renta de sus clientes, mediante acciones tales como el aumento de precios, la reducción de la calidad o variedad de los productos o la discriminación de clientes no basada en criterios objetivos”, o bien que directamente limite “la competencia mediante conductas que obligan a los competidores a abandonar el mercado, a impedir u obstruir su acceso o los fuerzan a ejercer una competencia débil o a no expandirse” (Res. 53403 de 2013 de la Superintendencia de Industria y Comercio).

No, lo que hay de por medio son una serie de circunstancias que, es obvio, debía ponderar antes de dar ese paso que implica la ejecución de la garantía, pero, a criterio de la Sala, ello no traduce que el acreedor esté abusando de una supuesta posición de privilegio en el contrato que le permita apropiarse indebidamente de la renta o los bienes de su cliente.

6. Es cierto, la Superintendencia, al analizar en primera instancia el fondo del debate entra en una serie de disquisiciones acerca de la forma como la entidad demandada brindó la información sobre el seguro al demandante -no si la publicidad fue engañosa-, concluyendo que ésta fue insuficiente.

Sin embargo, si al sustituirse la demanda toda discusión al respecto quedó atrás, muy seguramente porque para ese momento el Tribunal ya había dictado sentencia en la ejecución, y lo decidido allá tornaba inocua una controversia alrededor de aquello, no tiene sentido ahora tratar de establecer a

dónde puede conducir la demostración de que el Fondo no fue completamente diligente al informar al consumidor del producto financiero que ofertaba, de las condiciones de éste, pues el hecho es que ya, por una decisión judicial que ha hecho tránsito a cosa juzgada se definió que no podía acelerar el plazo, sino hasta que la reclamación a la aseguradora estuviera resuelta, y que al haberse aplicado a la 15 N.E.S.V. Exp. 2018-02126-01 obligación el pago hecho por aquella en virtud del seguro de desempleo, el crédito quedó al día y, por ende, no había lugar a proseguir la ejecución.

7. Y considerar, como al parecer lo estima la apelación, que por haber salido avantes en el ejecutivo deben ser indemnizados en los conceptos que concreta en la apelación, aferrándose a un texto del Código Penal que no guarda relación con la naturaleza del litigio, es también aspiración vana, no solamente porque las costas que les reconocieron allá cumplen ese objetivo, en la medida en que éstas tienen como propósito resarcir a la parte que ha tenido que litigar, por los gastos en que ha incurrido haciéndolo, vale decir, al ser beneficiarios de “aquella erogación económica que corresponde efectuar a la parte que resulte vencida en un proceso judicial” (Sent. C 089-02 de 13 de febrero de 2002), sino porque, en fin de cuentas, cuando se habla de perjuicio resarcible es indispensable estar frente a un daño que reclame reparación, algo que el Tribunal no advierte en ninguna parte en el caso de autos, donde, resumidamente, se está en presencia de un deudor que si bien tuvo que esperar –angustiosamente, según lo relata en su demanda- a que la cobertura del seguro que tenía, se hiciera efectiva, terminó finalmente satisfecho en ese trazado y, fuera de eso, resarcido por la contraparte vencida, la cual fue fulminada también con una condena al pago de perjuicios por razón de las cautelas consumadas en la ejecución, desde luego que, en esas circunstancias, pretender otra indemnización no viene consecuente, por supuesto que ello desconoce la naturaleza de una pretensión de ese jaez.

8. Lo anterior impone concluir, ya para terminar, que adentrarse en esas otras protestas que trae la apelación contra lo decidido en primera instancia, es labor estéril, pues siempre, por donde se mire el litigio, se tendrá que no hay perjuicio resarcible, obviamente que sin él, averiguar

a qué punto se extravió la Superintendencia al ordenar unas pruebas de oficio en la audiencia inicial, en vez de haberse pronunciado sobre el fondo de la cuestión en sentencia anticipada, carece de relevancia, más cuando, está visto, el objetivo de dicho decreto probatorio del Juzgador a-quo era establecer si hubo deficiencias en la forma como la entidad demandada brindó información al deudor acerca de la cobertura y sus condiciones, y establecer el estado de la deuda al momento en que se presentó la demanda que dio lugar al proceso ejecutivo mencionado.

A lo cual solo restaría añadir que, como lo señaló desde un principio el fallo apelado, restringido el debate que tiene lugar en este tipo de procesos a las diferencias que se suscitan entre el consumidor y la entidad que proporciona el bien o el servicio, es imposible pretender que transversalmente se adopten provisiones en el proceso ejecutivo, algo que a la final aceptan los recurrentes, quienes en su impugnación no discuten ese aspecto decisorio de la sentencia apelada, desde luego que, siendo así, no se hacen menester más indagaciones para concluir que, en lo que a esto respecto, el fallo apelado no amerita enmiendas.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [1100131990012018 504 52 01](#)

Tema: acción protección al consumidor / publicidad engañosa venta de los inmuebles proyecto de vivienda conjunto residencial / inducción compradores en error, engaño y confusión/información y publicidad / presunción en contra del profesional que brinda información confusa o velada / prescripción.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

Los actores, mediante apoderado debidamente facultado, acudieron ante la jurisdicción para que, por la vía del proceso verbal, se declare que la demandada utilizó publicidad engañosa en la venta de los inmuebles pertenecientes al proyecto de vivienda Conjunto Residencial Maranta, induciendo a los compradores a error, engaño y confusión, y vulnerando su derecho a escoger libremente la vivienda que satisfacía sus necesidades y expectativas.

En consecuencia, solicitaron se ordene a la demandada la demolición de las escaleras de acceso de las torres de apartamento Maranta a las áreas comunes del Conjunto Residencial Maranta, por ser dos conjuntos residenciales distintas.

Pretendieron, de igual modo, el pago de una indemnización por los perjuicios que sufrieron con razón de la publicidad engañosa de que fueron víctimas, por una suma de dinero correspondiente al 40% del valor de cada unidad habitacional.

Sustentó tales súplicas en los siguientes hechos:

1. A lo largo del 2013, los demandantes se

acercaron a las instalaciones de la empresa demandada, interesados en el proyecto de construcción del Conjunto Maranta, ubicado en la calle 12 # 3-59 y carrera 2ª # 11-85 del municipio de Villa del Rosario – Norte de Santander.

2. El personal de ventas de la constructora les brindó información sobre las características del proyecto urbanístico así: “Conjunto cerrado conformado por 216 casas distribuidas en dos etapas, de la cual en la primera etapa se construirían 128 viviendas y en la segunda etapa 88 viviendas, y que el mismo contaría con una zona social, piscina, parque infantil, gimnasio para el bienestar de los propietarios y residentes de esas 216 viviendas”.

3. La convocada les remitió, a través de diferentes correos electrónicos, información sobre la construcción del citado proyecto, observándose en ella imágenes del lote general y las características del conjunto ubicación de las casas en sus dos etapas, parqueaderos, zonas sociales, zonas verdes, entradas al mismo y su delimitación.

4. Les suministró también publicaciones sobre el susodicho proyecto, en la que

igualmente lo describía que constaría de 2 etapas, con 216 viviendas, 2 entradas y una zona social “exclusiva para uso solo de los copropietarios del conjunto Residencial Maranta conformada por piscina, cancha, parque infantil, gimnasio”.

5. En virtud de esa información optaron por adquirir inmuebles en ese proyecto urbanístico.

6. Con posterioridad, en un lote contiguo al Conjunto Residencial Maranta, la demandada construyó dos torres de 40 apartamentos cada una, comunicadas con el mencionado Conjunto por medio de unas escaleras que dan acceso a las zonas sociales.

7. La accionada jamás informó a los compradores alguna reforma, modificación o variación del diseño del proyecto Conjunto Residencial Maranta que les había dado a conocer, ni mucho menos que la zona social sería compartida con las torres de apartamentos.

8. La constructora no brindó la información completa, veraz, transparente, oportuna, precisa e idónea respecto del susodicho proyecto, el que les dio a conocer “mediante publicidad engañosa”, “imposibilitando la oportunidad de elección a la cual tenían derecho”, pues esa información fue decisiva para comprar allí.

9. Dicha empresa tan solo les informó que los apartamentos harían parte del conjunto y la zona social sería compartida el 18 de julio de 2017 en la Asamblea de Copropietarios.

10. Con ese proceder, la demandada desconoció el derecho de información consagrado en el numeral 1.3 del artículo

1. Concurren los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que invalide lo actuado, por lo cual procede dirimir el mérito de la controversia, dentro del ámbito de competencia de esta instancia, la cual está delimitada por los reparos formulados por el apelante, lo que, por contera, deja al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere suscitado inconformidad y que no esté íntimamente relacionada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.).

3° de la Ley 1480 de 2011 y desacató la prohibición de la publicidad engañosa (artículo 30 ibídem), asistiéndole el derecho a recibir protección contra esta última (numeral 1.4 de la precitada norma).

11. La situación reseñada les ha irrogado perjuicios morales, en tanto les generó una afectación emocional y sentimientos de haber sido engañados, aunado a la desilusión y decaimiento en la expectativa de uso, goce y disfrute del conjunto, pues les fue ofrecido el disfrute exclusivo de una zona social que ahora deben compartir con un proyecto de vivienda totalmente distinto, en desmedro de la expectativa de mejorar la calidad de vida para sus familias, seguridad, armonía y tranquilidad al invertir todos sus ahorros en la adquisición del inmueble en dicho proyecto.

2. La contestación de la demanda.

La entidad convocada se pronunció frente a los supuestos fácticos en los que se sustentó el libelo petitor y negó los hechos generadores de responsabilidad, toda vez que tanto en los documentos constitutivos de las opciones de compra como en los reglamentos de propiedad horizontal se explicó que el proyecto se desarrollaría por etapas y que las áreas comunes serían compartidas por los habitantes de todas ellas.

Por ello, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de buena fe, prescripción, ausencia de violación a la Ley 1480 de 2011, mala fe del demandante, cobro de lo no debido, inexistencia de responsabilidad de la constructora y la genérica. [Cuaderno 5]

ANÁLISIS DE LA SALA

De ahí que, en el caso subjúdice, sólo se resolverá sobre los aspectos combatidos por el apelante.

2. La expedición del Estatuto del Consumidor -Ley 1480 de 2011- tuvo como objeto regular “los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores”, incluida la responsabilidad de aquellos, estableciendo **disposiciones de carácter tanto sustancial como procesal** “aplicables en general a las relaciones de consumo (...) en todos los

sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial” (art. 2).

En cuanto a las primeras, reguló, entre otras cuestiones, lo relativo a garantías (arts. 7 a 17), responsabilidad por productos defectuosos (arts. 19 a 22), **información y publicidad** (arts. 23 a 33). Mientras que en lo que atañe a aspectos procesales, estableció la acción de protección al consumidor, para la cual señaló el procedimiento a aplicar - ahora verbal o verbal sumario conforme a la cuantía del asunto según lo introdujo el artículo 390 del CGP-, fijando unas reglas especiales para ese trámite, como lo son el término de para accionar, la necesidad de acompañar a la demanda la reclamación directa presentada al proveedor o productor, y las facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, reglas contenidas en el artículo 58 del estatuto en comento.

3. Las acciones y derechos consagrados en el Estatuto del Consumidor adquieren una especial fisonomía y se distinguen de los mecanismos tradicionales de protección civil o mercantil. De ello da cuenta el carácter constitucional, de orden público, favorable, especial, prevalente y protector de las normas que regulan este tipo de relaciones (artículo 4°).

Ello se explica porque están encaminadas a corregir una situación de desequilibrio que se da por descontada, por lo que adquieren un mayor nivel de especificidad y autonomía que se patentiza, por ejemplo, en el establecimiento de presunciones legales que invierten la carga de la prueba; en el establecimiento de criterios de imputación objetiva; en la posibilidad fallar infra, extra o ultra petita; en la ampliación del concepto de ‘actividad mercantil’, y en la facultad para imponer multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio, por mencionar algunas de las particularidades más notorias.

4. La acción de protección al consumidor está fundada en la vulneración de los derechos de éste por la violación de las normas sobre protección a los usuarios, protección contractual o cumplimiento de la garantía; y tiene por finalidad obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de los servicios contemplados en el artículo 18 del Estatuto

del Consumidor, o por información sesgada, incompleta o inexacta, o publicidad engañosa, sin importar el sector de la economía al que pertenezca la relación de consumo en virtud de la cual se vulneraron los derechos del consumidor (artículo 56, numeral 3°).

Es claro, entonces, que el deber de información y la publicidad adecuada juegan un papel protagónico, en la medida en que son el pilar del equilibrio de las relaciones entre productores y consumidores.

4.1 La información facilita que el consumidor preste su consentimiento contractual claro y reflexivo, pues aporta las bases para que realice su compra de manera libre y con conocimiento del alcance de sus derechos y obligaciones.

Por ello, el artículo 23 consagra una presunción en contra del profesional que brinda información confusa o velada, de suerte que una vez demostrada la información deficiente está llamado a indemnizar los perjuicios que esa situación ocasiona a los usuarios, sin que sea necesario demostrar culpa o dolo. Igualmente, la ley invierte la carga de la prueba de la información, porque al ser un deber del productor o distribuidor y un derecho de los consumidores, es el profesional quien está llamado a probar el cumplimiento de su obligación legal.

En efecto, el numeral 1.3 del artículo 3° del Estatuto del Consumidor otorga a los usuarios el derecho a obtener información completa, veraz, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea respecto de los productos que se ofrezcan o se pongan en circulación, así como sobre los riesgos que puedan derivarse de su consumo o utilización. De igual modo, el artículo 23 *ibidem* señala de manera imperativa que “*los proveedores y productores deberán suministrar a los consumidores información...*”.

Luego, por cuanto los profesionales son quienes conocen las características, propiedades y detalles de los productos y servicios que ofrecen al público, son ellos quienes están en mejores condiciones de impedir que se produzcan asimetrías en la información; de ahí que haya sido el propio legislador quien les impuso la carga de demostrar el cumplimiento de su deber constitucional y legal.

4.2 La publicidad, por su parte, es el mecanismo mediante el cual los profesionales ofrecen sus productos y servicios en el mercado, y a través del cual los consumidores se informan sobre los mismos y toman sus decisiones. Por ello, existe una indisoluble unión entre publicidad e información, adquiriendo ese vínculo especial relevancia jurídica. De ahí que el artículo 29 del Estatuto dispusiera que *“las condiciones objetivas y específicas anunciadas en la publicidad obligan al anunciante, en los términos de dicha publicidad”*, lo cual comporta una especie de obligación precontractual.

El Estatuto del Consumidor define la publicidad como *“toda forma y contenido de comunicación que tenga como finalidad influir en las decisiones de consumo”*. Y la publicidad engañosa como *“aquella cuyo mensaje no corresponda a la realidad o sea insuficiente, de manera que induzca o pueda inducir a error, engaño o confusión”*. (Numerales 12 y 13 del artículo 5º)

Es decir que la publicidad engañosa se patentiza por mentirle al consumidor o por decirle una verdad a medias para que adquiera los productos o servicios ofertados. O sea que se manifiesta al proporcionar al público una información que no corresponde a las características del producto, o que oculta, esconde o confunde sus cualidades verdaderas.

El elemento determinante de la publicidad engañosa es la aptitud de inducir al consumidor en error o coartarle su capacidad de elección libre. En las relaciones de consumo, este engaño adquiere unas connotaciones particulares que lo diferencia del error, dolo o fuerza que vician el consentimiento en las relaciones civiles y mercantiles.

A diferencia de los vínculos contractuales de naturaleza privada, en los cuales la ley supone que existe un equilibrio en las posiciones del tradente y el adquirente, en las relaciones de consumo esa armonía se tiene por inexistente debido a las asimetrías en la información, la posición de superioridad o ventaja de los productores y proveedores, y la vulnerabilidad en la que se hallan los consumidores. Por ello, la ley no equipara este engaño al dolo, mala fe o intención de defraudar, sino que le basta

con que se pruebe la *“aptitud de engañar”*; es decir que no se requiere la prueba del elemento intencional o subjetivo sino, simplemente, la posibilidad de su evitación; o, lo que es lo mismo, se reprocha al profesional haber tenido la oportunidad y la obligación legal de ofrecer una publicidad adecuada y no haberlo hecho.

Así se desprende del tenor literal del artículo 30 del estatuto de los consumidores: *“En los casos en que el anunciante no cumpla con las condiciones objetivas anunciadas en la publicidad, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar, deberá responder frente al consumidor por los daños y perjuicios causados”*.

De manera que no resulta necesaria la exigencia de la prueba de la culpa, dolo, mala fe o intención fraudulenta del anunciante; y solo se requiera la falta de correspondencia objetiva entre la publicidad ofrecida y las características específicas del producto o servicio brindado. Tanto es así que el anunciante sólo podrá exonerarse de responsabilidad cuando demuestre fuerza mayor, caso fortuito o que la publicidad fue adulterada o suplantada sin que hubiera podido evitar la alteración (artículo 32). Es decir, no le basta probar diligencia y cuidado, ni buena fe, para eximirse de responsabilidad por las confusiones o errores a los que dé lugar su publicidad.

De ese modo queda en evidencia que la acción de protección al consumidor por información inadecuada o publicidad engañosa adquiere rasgos distintivos que la diferencian de la acción por vicios ocultos o redhibitorios contemplada en el estatuto civil, porque aun cuando comparte con ésta algunos elementos comunes, posee mayor especificidad o riqueza descriptiva.

Una vez demostrado en el proceso que el perjuicio que sufrió el consumidor se debió a la desinformación, la información incompleta o a la publicidad engañosa provocada por el proveedor o anunciante, se impone la declaración de la consecuencia jurídica prevista en la proposición normativa, esto es la condena a indemnizar los daños causados al consumidor.

5. En el caso que se dejó a la consideración de esta instancia, el apelante limitó su censura a dos reproches específicos: el hito inicial del término de “prescripción” de la acción y la ausencia de prueba de los elementos estructurales de la responsabilidad que se le endilgó.

5.1. De conformidad con lo estipulado en el numeral 3° del artículo 58 del Estatuto del Consumidor, *«las demandas para efectividad de garantía deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y las controversias netamente contractuales a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato. En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación...»*.

Por “*netamente contractuales*” se entienden las controversias suscitadas en virtud de las estipulaciones expresadas en la convención o las que por ley le pertenecen, según la naturaleza de la relación negocial. “*Los demás casos*” son los que no alcanzan a preverse explícitamente por las partes, como, por ejemplo, la falta de correspondencia entre la información o publicidad recibida y las características inherentes al producto o servicio adquirido.

Siendo ello así, resulta claro que el litigio aquí planteado no versa sobre una cuestión contractual, pues la protección reclamada está fundada en la violación del deber de información y la publicidad engañosa, tal como lo revelan las súplicas y hechos expuestos en la demanda. Luego, la regla aplicable para determinar la tempestividad de ese escrito introductor era la residual, a la cual acudió el *a quo* para contabilizar el fenómeno extintivo, cuya nomenclatura (caducidad o prescripción) no fue objeto de reparo por el apelante, quien circunscribió la censura al hito temporal desde el cual debía contabilizarse el término para presentar la demanda.

5.2 La publicidad engañosa no logra quedar en evidencia en el momento mismo en que se suministra la información al público, ni cuando el consumidor adquiere el producto o servicio, sino sólo cuando se da cuenta de la falta de correspondencia entre el bien ofertado y el adquirido.

En el caso, los compradores solo tuvieron conocimiento real y efectivo de que las áreas sociales de la copropiedad debían ser compartidas con los habitantes de las torres aledañas de apartamentos cuando se les informó esa situación en la asamblea que se llevó a cabo el 18 de julio de 2017, pues fue la primera vez que se hizo pública esa circunstancia. Ni en los documentos de opción individual de compra ni en las promesas de compraventa ni en las correspondientes escrituras por medio de las cuales se perfeccionaron los respectivos contratos se informó de manera clara, precisa, veraz y oportuna que las zonas comunes del conjunto de casas serían compartidas con los residentes de los apartamentos.

Tampoco puede contarse el término de prescripción desde la fecha de expedición de la escritura pública que modificó el reglamento de propiedad horizontal (22 de abril de 2016), pues ese documento no es un medio idóneo para poner en conocimiento de los usuarios la información que debió suministrárseles de manera clara, veraz, suficiente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea sobre las peculiaridades de los inmuebles que los demandantes prometieron comprar entre los años 2013 y 2015; ni hay prueba de que ese documento se les entregó en esa fecha, ni mucho menos de que su contenido les fuera explicado a los adquirentes con la claridad y precisión que se le exige a un profesional de la construcción.

Razón tuvo, entonces, la sentenciadora de primera instancia en establecer como comienzo del término prescriptivo el 18 de julio de 2017. Por consiguiente, como la demanda se presentó el 25 de mayo de 2018, se concluye que la acción aún no había prescrito para ese momento.

3.2. La segunda acusación se fundó en una supuesta “*falta de imparcialidad*” de la juzgadora, quien favoreció a los demandantes al concederles una indemnización sin que hubieran demostrado los supuestos fácticos de la acción y estando probado que la constructora sí les informó acerca de la construcción de las dos torres de apartamentos y el uso de las áreas sociales por los residentes de los dos conjuntos habitacionales.

Frente a tales afirmaciones, es cierto que la falladora aligeró la carga probatoria en favor de los consumidores demandantes, pero ello no constituye ninguna anormalidad en la medida que no sólo es posible sino necesario en virtud de las previsiones imperativas contenidas en el estatuto del consumidor, que de manera expresa consagra en el inciso 3° de su artículo 4° que *“las normas de esta ley deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor.”*

En caso de duda se resolverá en favor del consumidor”.

Lo anterior tiene su razón de ser, como se explicó líneas arriba, en el hecho de que el legislador presume el desequilibrio contractual y la asimetría informativa en las relaciones entre productores y consumidores. De manera que una característica esencial de éste régimen es que propende siempre al restablecimiento de la armonía quebrantada por la naturaleza misma del consumismo inherente a la economía de mercado.

Por ello es normal que el demandando perciba una inclinación de la balanza en su contra y a favor del demandante; lo cual se hace más evidente por la existencia de presunciones legales y de derecho que objetivizan los criterios de imputación y aligeran las cargas probatorias que se imponen a los consumidores.

Memórese a tal respecto, que en las acciones de protección al consumidor por información inadecuada o publicidad engañosa el demandante sólo tiene que probar el daño que sufrió y la falta de correspondencia entre el bien que se les ofreció y el que adquirieron. Y esos presupuestos quedaron suficientemente demostrados en el proceso con los medios de conocimiento que valoró la juez *a quo*.

Mientras que la inconformidad del apelante se centró en la falta de prueba de la falsa información o engaño. Sin embargo, el deber de información que la ley le impone en su condición de proveedor en la relación de consumo es mucho más estricta que la que se deduce de las obligaciones meramente civiles o mercantiles; pues en razón de su calidad de profesional de la construcción se le exige que actúe con extrema probidad, honradez y sinceridad, de suerte que garantice el derecho a la información que tienen los consumidores.

Lejos de cumplir con las características de la información que estatuye el artículo 23 *ibidem*, las pruebas aportadas al proceso corroboran las afirmaciones de los actores, pues ni en las opciones de compra, ni en las promesas de compraventa ni en las escrituras de venta, se expresó con claridad que las zonas comunes del conjunto residencial Maranta debían ser compartidas con las 80 familias residentes en las torres de apartamentos. Por el contrario, en unas opciones de compra se consignó que el proyecto constaba de 216 casas solamente, en otras se dijo que además de esas viviendas se construirían 40 apartamentos y en otras que 80; creando así una inexcusable confusión. En todo caso, jamás se informó con claridad que las áreas sociales iban a ser utilizadas por los habitantes de ambos conjuntos.

Si bien es cierto que en la escritura pública de modificación del reglamento de propiedad horizontal sí se consignó esa información, también es verdad que no hay prueba de que tal hecho se puso en conocimiento de los compradores, o que se les hubiera **explicado con claridad y sin ambigüedades** ni, menos aún, que la información fuera comprensible y precisa.

En cambio, en la publicidad que se proporcionó al público, que era el medio idóneo para poner esa situación en conocimiento de los consumidores antes de que se comprometieran a adquirir las unidades habitacionales, nada se mencionó al respecto; quedando en evidencia el ocultamiento de la información que el constructor estaba legalmente obligado a suministrar.

Por lo demás, las únicas causales eximentes de responsabilidad en este tipo de acción son las consagradas en el Parágrafo del artículo 24 y en el artículo 32 del Estatuto del Consumidor, es decir la fuerza mayor, el caso fortuito o la adulteración de la información o de la publicidad a cargo de un tercero; y en el caso concreto, la parte demandada no cumplió con esa carga probatoria.

3.3 El reparo atinente a la acreditación del daño moral carece de asidero, en tanto que ese aspecto está regido por la libertad probatoria, principio en virtud del cual la parte actora bien podía valerse de cualquier medio de prueba que resultara útil para la

formación del convencimiento del juzgador (artículo 165 C.G.P.), incluso acudir a las presunciones; claro está, siempre que fueran legales y pertinentes para evidenciar el perjuicio irrogado. De ahí que no necesariamente para demostrar

aquel tuviere que traerse la experticia de un profesional de la sicología, pues, ello comportaría aplicar un sistema de tarifa legal (prueba tasada), el que presupone que la norma expresamente así lo disponga.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001-3103-031-2015-00689-01](#)

Tema: Lesión enorme / con relación a los terceros poseedores, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico prescribe que la declaración de nulidad de un acto o negocio jurídico da acción reivindicatoria contra aquellos sin perjuicio de las excepciones legales (art.1748 del c.c.), entre ellas la buena fe de los adquirentes, caso en el cual la ley protege sus derechos / acción reivindicatoria contra terceros poseedores (art.1748 del c.c.) / excepción (art.1951 inciso 2º del c.c.) a la regla general del artículo 1748 del c.c. / la protección que otorga la ley a los terceros adquirentes esta supeditada a que no se desvirtuó la presunción de buena fe que los ampara.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La parte actora pidió declarar que sufrió lesión enorme en la venta de 38 locales comerciales, relacionados en la demanda y ubicados en la carrera 9 N° 21-33/35/37/39 de esta ciudad, a la sociedad Inversiones Andes R.V.; negocio que se protocolizó en las escrituras públicas N° 09128, 09129, 09124 y 09123 del 2 de diciembre de 2011, y N° 09275 del 9 de diciembre de 2011, todas ellas suscritas en la Notaría 9 del Círculo de Bogotá.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó condenar a la demandada a pagarle \$2.276.658.759 por concepto de restitución del precio de los aludidos locales comerciales, más sus respectivos intereses corrientes y moratorios desde la fecha de celebración de la venta hasta cuando se haga efectivo el pago.

En subsidio de la anterior pretensión, pidió declarar la resolución del contrato de compraventa de los mencionados locales comerciales por incumplimiento de la compradora al no pagar la totalidad del precio acordado; y ordenar la restitución de los inmuebles, el pago de la cláusula penal y el registro de la decisión en la entidad correspondiente.

Soportó tales súplicas, en lo medular, así:

1. Mediante escritura pública 9128 del 2 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá, la sociedad Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación, con

N.I.T. 860.351.777-1, y la señora Yolanda Santamaría Cruz, identificada con la cédula de ciudadanía número 52.083.407 de Bogotá, vendieron a Inversiones Andes R.V. S.A.S., identificada con el N.I.T. 900.358.705-6 los locales comerciales número 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116 y 117 del Centro Comercial del Futuro, ubicado en la carrera 9ª N° 21-33/35/37/39 de Bogotá.

Los locales 110, 112, 113, 114, 115, 116 y 117 eran de propiedad de Guillermo Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación. Los locales 106, 109 y 111 eran de propiedad de Yolanda Santamaría Cruz.

El precio total de la negociación fue de \$238.500.000, cantidad que las vendedoras declararon haber recibido a satisfacción.

2. Mediante escritura pública N° 9275 del 9 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá, Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación vendió a Inversiones Andes R.V. S.A.S. el local 201 del Centro Comercial del Futuro, por la suma de \$12.059.000, los cuales la vendedora declaró haber recibido a satisfacción.

3. Mediante escritura pública N° 9129 del 2 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá, Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación vendió a Inversiones Andes R.V. S.A.S. los locales 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215 y 216 del Centro Comercial del Futuro, por un precio

total de \$167.900.000, los cuales la vendedora declaró haber recibido a satisfacción.

4. Mediante escritura pública N° 09124 del 2 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá, Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación y Amparo Herrera Morales vendieron a Inversiones Andes R.V. S.A.S. los locales 301, 302, 303, 304, 305, 306, 309, 310, 311, 312, 313, 314 y 315 del Centro Comercial del Futuro.

Los locales 301, 302, 303, 305, 306, 309, 310, 311, 312, 313, 314 y 315 eran de propiedad de Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación. El local 304 era de propiedad de Amparo Herrera Morales.

El precio total de la venta fue de \$154.500.000, los cuales las vendedoras declararon haber recibido a satisfacción.

5. Mediante escritura pública N° 09193 del 2 de diciembre de 2011, otorgada en la Notaría Novena de Bogotá, Guillermo Aníbal Herrera Chaparro, Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación, Amparo Herrera Morales y el Centro Comercial del Futuro vendieron a Inversiones Andes R.V. S.A.S. los locales 401, 402, 403, 404, 407, 408, 409 y 410 del mencionado centro comercial.

Los locales 408, 409 y 410 eran de propiedad de Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. en Liquidación; el local 403 era de propiedad de Amparo Herrera Morales; los locales 401, 402 y 404 eran de propiedad de Guillermo Aníbal Herrera Chaparro; y el local 407 era de propiedad del Centro Comercial del Futuro.

El precio total de la venta fue de \$149.100.000, los cuales los vendedores declararon haber recibido a satisfacción.

6. Según la demandante, el precio total estipulado en el contrato de promesa de compraventa fue de \$607.800.000, de los cuales los vendedores solo recibieron \$567.800.000, por lo que aún se les debe \$40.000.000.

7. Inversiones Andes R.V. vendió los locales que había adquirido según las especificaciones narradas en los numerales anteriores.

8. Según el avalúo técnico anexado con la demanda, los locales comerciales valen \$2.884.458.759, es decir más del doble del precio que Inversiones Andes R.V. S.A.S. pagó por ellos.

2. Los escritos de réplica.

2.1. La demandada María Nohemy Moreno Suárez, propietaria del local 201 del Centro Comercial del Futuro (N° matrícula 50C-1013912) desde el 30 de abril de 2012, contestó la demanda, manifestó no constarle los hechos, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó *“violación al debido proceso”, “buena fe exenta de culpa”, “improcedencia de la acción por pérdida o venta”, “temeridad y mala fe”*. [Folio 584, c. 1, tomo II]

2.2. En su contestación, Inversiones Andes R.V. S.A.S., representada legalmente por Sandra Yaneth Rodríguez Rubiano y María Nohemy Moreno Suárez [folio 40, c. 1, t. 1], propuso las excepciones que denominó: *“improcedencia de la acción de rescisión por lesión enorme”, “improcedencia de la acción por incumplimiento de contrato”, “temeridad y mala fe”*. Con relación a las pretensiones, solicitó su negación. [Folio 909, c. 1, tomo II]

2.3. José Libardo Campos Vanegas, propietario del local 306 del Centro Comercial del Futuro, contestó la demanda aduciendo que no le constan los hechos en que se funda. Manifestó que compró el inmueble identificado con el folio de matrícula número 50C-1013933 a Inversiones Andes R.V. S.A.S. el 1 de junio de 2012 por \$10.500.000, y lo vendió por el mismo precio a Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S. el 28 de diciembre de 2016. Se opuso a todas las pretensiones y elevó las excepciones de *“falta de legitimación en la causa por pasiva”* e *“improcedencia de la acción de rescisión por lesión enorme”*. [Folio 970, cuaderno 1, tomo II]

2.4. Al contestar la demanda, Dorian Francisco Rodríguez aseveró que compró los locales 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214 y 215 a Inversiones Andes R.V. S.A.S. el 18 de septiembre de 2014, antes de iniciarse el presente proceso, por la suma de \$91.700.000; y los vendió a Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S., el 27 de diciembre de 2016 por \$99.000.000; por lo

que ya no es su propietario. En tal virtud, se opuso a las pretensiones y adujo las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”, “*improcedencia de la acción de rescisión por lesión enorme*”, “*improcedencia de la demanda por falta de requisitos formales*”, y la genérica. [Folio 1001, c.1, t. II]

2.5. A su turno, Nancy Tatiana Villamil Percipiano contestó la demanda afirmando que no le constan los hechos. Indicó que adquirió los locales 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 202, 203 y 204 del Centro Comercial del Futuro, por dación en pago, tal como se evidencia en la escritura pública número 5752 del 11 de septiembre de 2014. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de “*improcedencia de la acción de rescisión por lesión enorme*” e “*improcedencia de la*
1. Cumplidos los presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio alguno que invalide la actuación, procede dirimir la instancia mediante sentencia de mérito, para lo cual se resolverá sin limitaciones, dado que ambas partes apelaron, según las previsiones del artículo 328 del Código General del Proceso.

2. La lesión “*es la desigualdad considerable que existe entre las prestaciones de un contrato bilateral, desigualdad que atenta contra la equidad en las relaciones jurídicas, porque acarrea un perjuicio*”.

Para determinar la existencia de la lesión, nuestra legislación adopta un criterio netamente objetivo y mecánico, pues solo se admite en ciertos casos específicos cuando existe una desproporción considerable entre las pretensiones nacidas de un contrato a título oneroso.

Los artículos 1946 a 1954 del Código Civil consagran la lesión enorme en la compraventa de bienes inmuebles cuando el vendedor vende una cosa por más del doble del justo precio (lesión para el comprador), o cuando vende por menos de la mitad de tal precio (lesión para el vendedor).

Según el artículo 1947, “*el vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio*

demanda por falta de requisitos formales”. [Folio 1145, c. 1, t. III]

2.6. Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S., representada legalmente por John Romero Vanegas, María Nohemy Moreno Suárez y Víctor Alfonso Rubiano Moreno [folio 1251], fue vinculada al proceso en calidad de demandada por orden del juzgado. Al contestar la demanda, señaló que compró de buena fe los locales 201, 207, 208, 210, 211, 212, 213, 214, 215 y 306 del Centro Comercial del Futuro en diciembre de 2019; se opuso a las pretensiones y se defendió mediante las excepciones de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” e “*improcedencia de la acción de rescisión por lesión enorme*”. [Folio 1150, c. 1, t. IV]

ANÁLISIS DE LA SALA

de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella”.

El justo precio al que se refiere el citado artículo es el que la cosa tenía al tiempo del contrato y debe ser el juez quien lo determine de acuerdo con el mérito de la prueba que se rinda. Se trata de un precio estrictamente comercial, independientemente de todo valor de afección.

La consecuencia de la lesión enorme es la rescisión del contrato, o sea su nulidad relativa, pues tanto el comprador como el vendedor lesionados pueden pedir la anulación de la compraventa; pero, una vez declarada judicialmente la nulidad, la otra parte tiene el derecho exclusivo de escoger la opción que prefiera: *a)* consentir en la rescisión, caso en el cual el contrato desaparece retroactivamente con todos los efectos propios de la nulidad; *b)* o bien, si es el comprador quien tiene la alternativa, completar el justo precio con deducción de una décima parte, o, si es el vendedor quien debe elegir, restituir el exceso del precio recibido sobre el justo precio aumentado en una décima parte (artículo 1948).

Este derecho facultativo compete exclusivamente a la parte contra quien se pronuncia la rescisión.

En todo caso, si el inmueble se destruye por completo en poder del comprador, o no está en el comercio, ninguna de las partes puede demandar la rescisión del contrato (artículo 1915, inciso 1°).

Con relación a los terceros poseedores, la regla general en nuestro ordenamiento jurídico prescribe que la declaración de nulidad de un acto o negocio jurídico da acción reivindicatoria contra aquéllos, sin perjuicio de las excepciones legales (artículo 1748). Dentro de estas excepciones se encuentra la buena fe de los adquirentes, caso en el cual la ley protege sus derechos.

“Ahora bien, aun cuando es cierto que el artículo 1748 consagra la acción reivindicatoria contra terceros poseedores, luego de declarada judicialmente la nulidad, no es menos verdadero que esa disposición establece que ello es así “sin perjuicio de las excepciones legales”. Entre las excepciones que establece la ley se encuentran:

(...)

c) Cuando se trata de un poseedor de buena fe...,

d) Cuando se trata de bienes sujetos a registro, la declaración de invalidez no le es oponible al tercero poseedor a título oneroso que adquirió el bien con anterioridad a la inscripción de la demanda de nulidad en el registro público.

*En efecto, en caso de bienes sujetos a registro, si el subadquirente de un bien sometido a esa formalidad lo adquiere con el conocimiento de que no hubo fraude ni otro vicio en el negocio, porque así lo demuestra el registro público, entonces la publicidad de la situación jurídica del bien es garantía de la legitimidad de su derecho, por lo que no podría resultar perjudicado por hechos anteriores que no constaban en el registro al momento de su adquisición; **a menos que por otro medio se demuestre su mala fe.** En ese caso la declaración de invalidez o ineficacia no surte efectos frente a los terceros que adquirieron el bien con anterioridad a la inscripción en el registro de la situación que podría amenazar su derecho, es decir que la invalidación del acto les es inoponible.*

(...)

Existen, en síntesis, dos circunstancias en las cuales generalmente el tercero

subadquirente está obligado a restituir el bien: cuando adquiere a título gratuito y cuando es poseedor de mala fe, es decir cuando conoce el motivo de la nulidad (incapacidad natural, error, violencia dolo, disposición legal) sin importar el título de su adquisición, porque el tercero de mala fe no merece protección”.

Para el caso que se examina, el segundo inciso del artículo 1951 es una excepción a la regla general contenida en el artículo 1748, al disponer que no hay derecho a la rescisión de la venta por lesión enorme si el comprador ha enajenado la cosa antes del registro de la demanda de rescisión, a menos que el comprador haya vendido la cosa por más del precio que le costó, caso en el cual el vendedor puede reclamar en el mismo proceso el exceso o diferencia entre los dos precios, con deducción de una décima parte.

Ahora bien, la protección que otorga ley a los terceros adquirentes está supeditada a que no se desvirtúe la presunción de buena fe que existe a su favor, pues si llegare a demostrarse que el comprador tenía conocimiento de los hechos constitutivos de la lesión, o que se trata de un negocio fraudulento para evadir las consecuencias legales, entonces la excepción contenida en el artículo 1951 no les es aplicable.

“El artículo 1951 confiere derecho al comprador para enajenar la cosa antes que el vendedor haya demandado la rescisión de la venta por lesión enorme. Si el comprador ejerce de buena fe este derecho, o sea en la creencia de que efectúa la enajenación legítimamente, no hay lugar a decretar la rescisión del contrato. El legislador colombiano no permite que los efectos de ésta afecten a terceros de buena fe en ningún caso, a diferencia de lo que ocurre con la nulidad judicialmente decretada. Mas si el comprador, enterado ya por algún medio de que el vendedor ha promovido contra él proceso en que, invocando lesión enorme, pide que la venta sea rescindida, se apresura a vender la cosa antes de ser notificado del auto admisorio de la demanda, con el agravante de que la enajena por el mismo precio por el cual la compró al demandante, efectúa entonces una maniobra fraudulenta conducente a privar al vendedor del derecho a que se rescinda el contrato, es decir, obra de mala fe, con el efecto de que la enajenación así

efectuado no entorpece el ejercicio de la acción rescisoria”.

3. Las anteriores explicaciones resultan suficientes para dilucidar la controversia que se dejó a la consideración de esta instancia, toda vez que, como lo adujo la parte demandante, además de la lesión enorme sufrida con la venta de los locales comerciales, se probó el concierto fraudulento entre la compradora y algunos terceros para sacar varios de esos inmuebles del patrimonio de la demandada y evadir las consecuencias legales de la rescisión.

3.1. Con relación a la lesión, no hay ninguna duda de la desproporción objetiva entre el valor comercial de los inmuebles para el año 2011 y el precio que la compradora pagó por ellos, tal como se observa en el dictamen pericial practicado por orden del juzgado [folios 1458 y 1459]; el cual evidencia que la cantidad de dinero recibida por el comprador fue inferior a la mitad del justo precio de los locales a la fecha de la venta.

Contrario a lo manifestado por la demandada en su apelación, no se advierten errores formales ni materiales en la valoración de la prueba pericial, pues el trabajo presentado por el experto cumplió con los requisitos exigidos por el artículo 232 del Código General del Proceso.

Tal como lo estimó el juez de primera instancia, el dictamen pericial fue sólido, claro, exhaustivo, preciso y bien fundamentado, además, lo ilustró con los respectivos registros fotográficos y respaldó con los planos y la documentación anexada.

El avalúo tuvo en cuenta la reglamentación urbanística expedida por la Secretaría Distrital de Planeación, el reglamento de propiedad horizontal y demás normas pertinentes; se basó en la estratificación socioeconómica, las características del vecindario, las vías de acceso, transporte y servicios públicos y comunitarios; así como en las cualidades específicas de los inmuebles (acabados, estado de conservación, entre otras); consultó la titulación, información catastral y ubicación de los mismos.

En cuanto a la metodología empleada, se utilizó el método de comparación o de mercado y el método de capitalización de

rentas o ingreso, analizó las condiciones de oferta y demanda, amén que fueron adosados los cuadros contentivos de tales análisis.

Los expertos de la firma RAA (Registro Abierto de Avaluadores) acreditaron su idoneidad y el que concurrió a la audiencia contestó rigurosa y consistentemente todos los interrogantes formulados.

El perito Juan Carlos González es ingeniero catastral y de geodesia, mientras que el perito Alexander Calderón es contador público, ambos con experiencia en sus áreas de conocimiento y con registro abierto de evaluador.

En audiencia, mostraron tener conocimientos específicos en el tema que fue materia de la experticia, explicaron los métodos empleados, las fuentes de la información y evidenciaron imparcialidad en la labor que se les encomendó.

En consecuencia, no hay ninguna razón para desestimar la prueba técnica ordenada por el despacho, la cual arrojó los valores señalados a folios 1458 y 1459 del cuaderno I, tomo IV, indicativos de lesión enorme, ni mucho menos para acoger la objeción carente de sustento y fundada en meras especulaciones.

3.2. En lo que respecta a los terceros adquirentes, quedó probado en el proceso que no fueron compradores de buena fe, pues existen múltiples indicios que permiten deducir que tuvieron conocimiento de las circunstancias generadoras de la lesión enorme a la demandante y del propósito de evadir la respectiva acción judicial con la negociación ajustada con ésta, contribuyendo así a la sustracción ficticia de los locales comerciales del patrimonio de la compradora primigenia (Inversiones Andes R.V. S.A.S.).

3.2.1. Con relación a María Nohemy Moreno Suárez, propietaria del local 201, hay que tener presente que era la representante legal de Inversiones Andes R.V. S.A.S, en calidad de subgerente, para el momento en que esta sociedad compró el referido inmueble al demandante (9 de diciembre de 2011), según consta en el respectivo certificado de existencia y representación legal [folio 40, cuaderno 1, t. I].

Unos meses después (25 de abril de 2012), esa sociedad le vendió a María Nohemy Moreno el local comercial; es decir, que esta demandada fungió al mismo tiempo como representante de la vendedora Inversiones Andes y como compradora, a pesar de lo cual manifestó en su contestación que “solamente” es la propietaria del referido inmueble sin haber sido parte ni tener conocimiento alguno de los negocios realizados entre Guillermo Herrera y Cía. e Inversiones Andes.

Y aunque en la escritura de venta sólo aparece como representante de Inversiones Andes Sandra Yanet Rodríguez Rubiano [folio 578, c. 1, t. II], en calidad de gerente, lo cierto es que ambas ejercían la representación legal de Inversiones Andes, por lo que no es de ninguna manera creíble que la subgerente de esa sociedad no tuviera ningún conocimiento de las negociaciones realizadas con el demandante y, posteriormente, con ella misma.

En el mismo sentido, María Nohemy Moreno indicó en su interrogatorio no conocer cómo se hicieron los negocios, ni su forma de pago, ni su precio, ni se recordaba quiénes eran los socios de la entidad que representaba, todo lo cual se erige en un indicio grave de su intención fraudulenta para extraer del patrimonio de Inversiones Andes el mencionado local comercial y así evadir la acción de lesión enorme.

A lo anterior se agrega su afirmación falsa de haber conocido a Nancy Tatiana Villamil “*por intermedio de su apoderado*”, cuando quedó demostrado que esta última es su nuera.

Llama la atención, además, que María Nohemy compró el local 201 a Inversiones Andes exactamente por el mismo precio que esta sociedad pagó por él (\$12.059.000), lo que evidencia que, al menos no fue el ánimo de lucro la intención de esa negociación.

La cercanía de las fechas de las negociaciones a escasos tres meses; la ausencia de ánimo de lucro, la falta de causa real de los convenios, las inconsistencias en su forma de pago, precio y peculiaridades de las tratativas; las mentiras y ocultamiento de información de esta demandada respecto de sus relaciones

familiares con los otros negociantes de los locales comerciales; el mantenimiento del precio injusto en ambas transacciones; y el hecho de que María Nohemy fuera representante legal de la misma entidad que le vendió el aludido local comercial, son indicios suficientes de que la compra del mencionado inmueble fue una simple fachada para evadir la futura demanda por lesión enorme que preveía ejercitaría el vendedor ante el precio irrisorio, lo que, sin duda alguna, corresponde a un actuar fraudulento y contrario al orden jurídico, catalogable como mala fe, por lo que no le es extensible a aquella propietaria el beneficio de inoponibilidad del contrato que generó la lesión enorme.

3.2.2. Exactamente el mismo *modus operandi* se evidenció en la venta de los locales comerciales 207, 208, 210, 211, 212, 214 y 215 que Inversiones Andes R.V. S.A.S. hizo a Dorian Francisco Rodríguez Díaz, contra quien la sentencia no producirá efectos por no ser el actual titular del derecho de dominio de tales bienes; no obstante, sí los producirá contra quien los adquirió de manos de aquel, esto es, Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S., pues al igual que en el negocio realizado con María Nohemy Moreno Suárez, las circunstancias acreditadas y que rodearon esa negociación son indicativas de un obrar fraudulento, en tanto de ellas es factible inferir el propósito de evadir la acción de lesión enorme.

Ciertamente, la sociedad Guillermo A. Herrera y Cía. Limitada adelantó, ante el Centro de Conciliación de la Personería de Bogotá, actuaciones prejudiciales tendientes a agotar el requisito de procedibilidad para formular la demanda de lesión enorme que originó este litigio, de las cuales tuvo conocimiento María Nohemy Moreno Suárez, en calidad de representante legal de Inversiones Andes R.V. S.A.S., pues en escrito presentado el 22 de septiembre de 2014 pidió el aplazamiento de la audiencia de conciliación programada para el día 25 de ese mes y año (folio 236, C.1.), lo cual presupone que con antelación había sido citada a la misma, época para la cual enajena al señor Rodríguez Díaz los aludidos inmuebles, mediante la escritura pública 5925 otorgada el 18 de septiembre de la citada anualidad y registrada al día siguiente en el folio inmobiliario (19 de septiembre de 2014), esto es, tan solo

cuatro (4) días antes de solicitar la suspensión de la aludida diligencia, para el cual obviamente ya tenía conocimiento de las gestiones extraprocesales desplegadas por su contendor para reclamar la rescisión del susodicho contrato.

El negocio jurídico objeto de este litigio, entonces, lo efectuó en un periodo de sospecha, pues cuando lo hizo estaba enterada de que la vendedora Guillermo A. Herrera y Cía. Limitada adelantaba actuaciones prejudiciales tendientes a agotar requisitos de procedibilidad para demandar la lesión enorme del contrato de compraventa en cuestión.

Causa extrañeza que luego de haber transcurrido más de dos años y medio de haber la aquí accionada comprado a la sociedad Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. (Escritura Pública No.9129 de 2 diciembre de 2011) los referidos locales comerciales los enajenara a Dorian Francisco Rodríguez Díaz (Escritura Pública 5925 de 18 de septiembre de 2014), por el mismo precio, y aún más que éste a los dos años y tres meses siguientes (27 de diciembre de 2016), los vendiera a Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S., por ocho millones más del precio de adquisición (\$99.000.000.00), tratándose de unos bienes en litigio, ya que este último contrato lo ajustó encontrándose en curso el presente proceso (demanda radicada el 4 de mayo de 2015 y notificada a Rodríguez Díaz el 30 de enero de 2017), en el que quedó demostrado con el dictamen pericial que el precio de los locales comerciales Nos. 207, 208, 210, 211, 212, 214 y 215 para el año 2011 ascendía \$230.585.100.00.

Según la declaración de Dorian Francisco Rodríguez, compró los referidos locales porque esperaba hacer un buen negocio con la eventual valorización del sector; sin embargo, afirmó que no indagó sobre el valor de los inmuebles aledaños, ni supo explicar cómo tuvo conocimiento de las ofertas de venta, lo que resulta extraño en una persona que se dedica a la comercialización de esa clase de bienes. Y aunque aseveró que no los compró a muy buen precio, pues no estaban baratos, según él, lo cierto es que esa manifestación contradice el valor del dictamen pericial, como se consignó líneas arriba.

A lo anterior hay que agregar, además, que el prenombrado deponente declaró que

tanto el negocio de compra como el de venta los hizo con María Nohemy Moreno Suárez, pues era la representante legal de su vendedora Inversiones Andes R.V. S.A.S. y de su compradora Gestiones Inmobiliarias Alpes.

La premura en la venta de los locales, por Inversiones Andes R.V. S.A.S. dentro del periodo que tuvo conocimiento de las actuaciones prejudiciales adelantadas por la sociedad Guillermo A. Herrera y Cía. Limitada, como requisito de procedibilidad para demandar la lesión enorme en su contra, la invariabilidad del precio de los locales en más de dos años y medio, el precio irrisorio de la transacción, la nueva venta realizada a una sociedad cuya representante legal es la misma persona de la inicial compradora y las inconsistencias en la declaración de Dorian Rodríguez, quien no supo dar mayores explicaciones sobre la naturaleza de su supuesta negociación, permiten inferir una conducta fraudulenta desplegada para traspasar el dominio de dichos bienes del patrimonio de Inversiones Andes al de Gestiones Inmobiliarias Alpes, representada legalmente por la misma persona, y así evadir la acción judicial que intuían ejercitaría el vendedor inicial de tales inmuebles; inclusive, ajustaron negociaciones ya en curso el litigio.

Por supuesto, ese comportamiento enderezado a engañar y eludir la inminente demanda de lesión enorme que ejercitaría la sociedad vendedora Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda., infirma la presunción de buena fe que, en línea de principio, abrigaba al tercero adquirente de los bienes materia de la compraventa inicial, pues, todo ese entramado muestra que él colaboró en su ejecución y, sin duda alguna, ello es indicativo que conocía el móvil del mismo.

3.2.3. Para la misma época de la anterior negociación, Inversiones Andes R.V. S.A.S., compradora en el contrato materia de la rescisión deprecada, transfirió la titularidad de los locales 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 202, 203 y 204 del Centro Comercial del Futuro a Nancy Tatiana Villamil Percipiano, nuera de María Nohemy Moreno Suárez, subgerente de la prenombrada sociedad para ese tiempo, tal como lo evidencia el certificado de Cámara de Comercio expedido el 9 de

septiembre de 2011 y visible a folios 685 a 686 del C.1. Tomo II.

Esta vez la figura empleada fue la de “dación en pago”, producida el 11 de septiembre de 2014, mediante escritura No.5752 de la Notaría Novena de Bogotá, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos respectiva al día siguiente -con una diligencia sorprendente-, negociación esa efectuada unos pocos días después de que la representante legal de la sociedad Inversiones Andes R.V. S.A.S. convocada a la conciliación prejudicial pidiera el aplazamiento de la misma, cuya citación muy seguramente la alertó de la intención de la compradora de promover la rescisión del contrato de compraventa ajustado entre ellas.

En virtud del *modus operandi* de Inversiones Andes antes evidenciado y enderezado a eludir la rescisión de los contratos atrás analizados, no resulta extraño que “diera en pago” a Nancy Tatiana Villamil unos locales comerciales exactamente por el mismo precio que los compró a la demandante, tal como ocurrió con los locales vendidos a María Nohemy Moreno Suárez y Dorian Francisco Rodríguez Díaz.

Empero, esa situación aunada a la exacta coincidencia entre el precio que Inversiones Andes R.V. S.A.S. pagó por los locales referidos en la tabla anterior y su supuesta dación en pago a Nancy Tatiana Villamil, resultan bastante dicientes e indicativas de tejer un entramado para distraer los bienes de la acción judicial que avizoraban sobrevenir.

A lo anterior se suma la circunstancia inexplicable de haber afirmado la supuesta cesionaria en su interrogatorio que el préstamo a la prenombrada sociedad había ascendido a \$160.000.000, afirmación carente de soporte alguno en la actuación y, por cuestiones del azar, según el dicho de aquella, esa deuda con intereses sumó \$280.400.000, es decir, el mismo precio que Inversiones Andes pagó por tales inmuebles.

En su declaración, Nancy Tatiana Villamil, señaló que vive en los Estados Unidos desde hace 20 años aproximadamente, sin dar mayores detalles de la transacción, pues ni siquiera recordó quien la representó en la suscripción de ella, pues se encontraba en aquel país; igualmente,

expresó no tener la más remota idea del negocio de compra de Inversiones Andes R.V. S.A.S. a Guillermo Herrera y Cía. Ltda., a pesar de que la representante legal de Inversiones Andes es “la abuela de sus hijos”, es decir su suegra; y tampoco recordó en cuántos contados prestó el dinero a la sociedad representada por la madre de su esposo.

Manifestó, también, que su única relación con Inversiones Andes R.V. S.A.S. era comercial, pues era su cliente, omitiendo información sobre las relaciones familiares que la unían con los representantes legales de esa sociedad. Es muy diciente que Nancy Tatiana refiriera a su suegra como una “simple cliente” y que, a pesar de la cercanía parental, no recordara mayores detalles del préstamo que supuestamente le hizo, ni aportara en su contestación la más mínima prueba de su dicho.

Y habrían podido surgir más indicios, de no ser por la desidia del juzgador de primera instancia, quien consideró que las preguntas realizadas por el abogado de la demandante “no eran pertinentes”, porque no se trataba de un proceso de simulación, cuando en realidad era de trascendental importancia establecer los antecedentes de la negociación, estrechamente relacionados con la prueba de la mala fe de los terceros adquirentes.

Finalmente, es absolutamente sorprendente que la sociedad compradora en el contrato objeto de rescisión entregara en pago los mentados locales comerciales, en septiembre de 2014 por la suma de \$280.400.000, cuando el dictamen pericial demostró que su valor real en 2011 era casi tres veces más, esto es \$722.604.900.

La celebración de la dación en pago dentro del periodo en que la aquí actora gestionaba la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para entablar el presente juicio, las relaciones familiares entre la tradente y la adquirente, el ocultamiento de información relevante por parte de la supuesta acreedora, las inconsistencias en su declaración, la falta de causa de la dación, la invariabilidad del precio de los locales entre diciembre de 2011 y septiembre de 2014, y el precio irrisorio de la negociación respecto del avalúo de los inmuebles, son indicios graves, concurrentes y convergentes de que esa negociación obedecía a una

maquinación fraudulenta que desvirtúa la presunción de buena fe que cobija a la tercera adquirente, sin que proceda la inoponibilidad alegada.

Por supuesto, el actuar de los estipulantes de la dación en pago de esa manera engañosa, esto es, distraendo los bienes para evadir la lesión enorme, sin duda alguna, denota un actuar consciente ayuno de rectitud y encaminado a engañar para eludir la demanda de lesión enorme que avizoraban iba a sobrevenir, para así proteger los bienes comprados a su contradictora.

3.2.4. Por último, frente a los locales 201, 207, 208, 210, 211, 212, 214 y 215 del Centro Comercial del Futuro, comprados por Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S. en diciembre de 2016 [folio 1161, c. 1, t. IV], no es procedente el beneficio de inoponibilidad de la declaración de rescisión, porque las ventas se hicieron con pleno conocimiento de la demanda que cursaba en contra de la vendedora Inversiones Andes.

Y aunque es cierto que no existía ninguna anotación ni restricción en los folios de matrícula respectivos, no puede pasarse por alto que para la época de celebración de tales negocios jurídicos la representante legal de la prenombrada inmobiliaria (compradora) era María Nohemy Moreno, tantas veces mencionada con anterioridad, quien fungió también como compradora inicial al ser la representante legal de Inversiones Andes R.V. S.A.S., después se vendió a ella misma (persona natural) el local 201 para luego traspasarlo a Gestiones Inmobiliarias Alpes, también representada por ella, según lo evidencia el certificado de Cámara de Comercio expedido el 22 de marzo de 2017, en el cual consta que “por documento privado (..) del 19 de septiembre de 2016, inscrito el 22 de septiembre de 2016 (...) fue nombrado: Representante legal (Gerente) Moreno Suárez María Nohemy”.

Así mismo, obrando como representante legal de Inversiones Andes R.V. S.A.S. compró los aludidos locales 207, 208, 210, 211, 212, 214, 215, y, como quedó analizado atrás, los enajenó a Dorian Francisco Rodríguez Díaz, para luego comprárselos fungiendo como representante legal de Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S., mediante

escritura pública 3020 otorgada el 27 de diciembre de 2016, negociación ésta efectuada encontrándose en curso este juicio y, por ende, mal puede alegar esta última sociedad que desconocía la reclamación de la rescisión de la compraventa inicial, amén que, insístese, la señora Moreno Suárez intervino en esos contratos y, además, avizó la formulación de la demanda antes de ajustar la negociación con Rodríguez Díaz y celebró la venta con la sociedad inmobiliaria mucho después de surtir la notificación de la admisión del escrito introductor de este pleito.

Esos terceros adquirentes -vinculados al litigio-, conforme emerge de la prueba antes escrutada, no fueron más que interpuestas personas que participaron en el entramado forjado para evadir la reclamación de la lesión enorme del negocio jurídico ajustado con la aquí demandante, comportamiento que desdice de su recto actuar y, por tanto, desvirtúa la presunción de buena fe que los cobijaba.

Por lo demás, reafirma el actuar fraudulento de María Nohemy Moreno Suárez el hecho de que el juez cognoscente del asunto, por auto de 5 de junio de 2017, ante la coincidencia de unas direcciones y para efectos de enterar a Nancy Tatiana Villamil Percipiano de la admisión del escrito introductor, requirió aquella para que “bajo la gravedad del juramento” manifestara si conocía a ésta última y si el lugar de su habitación y/o trabajo correspondía al de surtir notificaciones de la sociedad Gestiones Inmobiliarias Alpes S.A.S. en que ella fungía como representante legal; y, en acatamiento de esa exigencia, pese a que se trataba de la esposa de su hijo y madre de su nieto, respondió, explicitando hacerlo bajo la gravedad del juramento, “se conoce a la señora Nancy Tatiana Villamil, por intermedio de su apoderado, ya que en función de algunas de las actividades económicas de las empresas que represento, consistentes en actividades inmobiliarias de administración, la señora en mención ha delegado a las empresas que represento, la administración de los bienes inmuebles que son de su propiedad (...)”, ocultando así la relación parental que las unía.

3.2.5. Por último, la acción rescisoria respecto a los locales 306, 402 y 404 del

susodicho centro comercial resulta improcedente, habida cuenta que éstos no fueron objeto del contrato de compraventa ajustado entre la sociedad Guillermo A. Herrera y Cía Ltda. e Inversiones Andes R.V. S.A.S., sino del negocio jurídico suscrito entre la última sociedad (compradora) y Amparo Herrera Morales (vendedora), según lo evidencia la respectiva escritura pública y los certificados de libertad, adosados a la demanda. Subsecuentemente, José Libardo Campos Vanegas no estaba habilitado para resistir la acción aquí ejercida, pues el local 306 que adquirió no fue objeto del negocio jurídico materia de este proceso.

3.2.4. En consecuencia, se confirmará la falta de legitimación en la causa por pasiva únicamente respecto del demandado José Libardo Campos Vanegas. En tal sentido se modificará el numeral primero del fallo apelado.

4. Por las razones anteriores, se declarará que hubo lesión enorme en la compraventa de los locales 110, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 201, 202, 203, 204, 207, 208, 210, 211, 212, 214, 215 del Centro Comercial del Futuro, realizada entre Guillermo A. Herrera y Cía. Ltda. e Inversiones Andes R.V. S.A.S. en liquidación, según las cifras indicadas en la siguiente tabla...

Dadas las opciones que el artículo 1948 del Código Civil concede al comprador, éste tiene la alternativa de completar el justo precio con deducción de una décima parte, lo cual arroja una cifra total de **\$484.918.740.00**, según la tabla anterior, suma de dinero que habrá de pagar, indexada, dentro de los 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia; o de lo contrario se entenderá que consintió en la rescisión de los contratos de compraventa, caso en el cual se retrotraerá la situación al estado en que se hallaría si el acto o negocio no hubiera existido jamás, según las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, a cuyo tenor:

«La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo».

En caso de que el comprador opte por la rescisión y haya lugar a las restituciones recíprocas, se tomará en consideración que los actuales titulares de los respectivos derechos de dominio sobre los locales comerciales son poseedores de mala fe, “según las reglas generales” previstas en el artículo 961 y siguientes del Código Civil.

5. Para los efectos de la actualización del valor a restituir, hay que tener presente los lineamientos de la jurisprudencia, según los cuales una vez declarada la nulidad de un negocio jurídico se deben actualizar las sumas de dinero a reintegrar, aun de oficio, pues

“la indexación del dinero obedece a razones de equidad, para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que no tiene carácter sancionatorio ni depende de que el contratante que está compelido a hacer la restitución haya cumplido o no sus obligaciones.⁵ Por la misma razón, la actualización del valor del dinero mediante su indexación o con el pago de intereses corrientes, no se restringe a las situaciones de resolución de contratos, sino que es una medida perfectamente aplicable a las situaciones de nulidad o ineficacia de los negocios jurídicos”.

De igual modo, se debe tomar en consideración que las sumas de dinero a devolver, sea por parte del vendedor o bien del comprador, se indexan o actualizan desde la fecha de celebración del negocio jurídico afectado del vicio de lesión enorme.

En ese orden, no sería justo ni equitativo que la actora recibiera el dinero correspondiente al complemento del justo precio menos una décima parte según el valor de los inmuebles al momento de celebrados los contratos de compraventa,

pues no se le estaría reconociendo la cantidad real a la que tiene derecho actualmente, sino una muy inferior por los efectos de la devaluación de la moneda; es decir que no se estaría cumpliendo a cabalidad con el mandato que el artículo 1746 del Código Civil establece para el caso de la nulidad del negocio jurídico, puesto que las cosas no se estarían retro trayendo al estado anterior sino que se estaría dejando al demandante en una situación peor a aquella en la que habría estado si no se hubiera producido la lesión o si el negocio jurídico no se hubiera celebrado.

Por lo anterior, se actualizará la cifra de \$484.918.740.00, según la variación del índice de precios al consumidor, del siguiente modo:

Valor reconocido: \$ 484.918.740.00
 Fecha del contrato: diciembre de 2011
 Fecha de la liquidación: septiembre de 2020

IPC diciembre de 2011: 76,19
 IPC septiembre de 2020: 104,96

$$Va = Vh \frac{If}{Ii}$$

Donde,

Va = Valor actual
 Vh = Valor histórico
 If = IPC final (fecha de la liquidación)
 Ii = IPC inicial (fecha de la erogación)

$$Va = \$484.918.740.00 \frac{104,96}{76,19}$$

Va = **\$668.028.231,40**

6. En los términos consignados con precedencia, se modificará la sentencia apelada, condenando en costas de esta instancia a la parte vencida en el proceso.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001 31 030 29 2013 00552 04](#)

Tema: "responsabilidad de los administradores – art.200 código del comercio, modificado art.24 ley 222 de 1995"

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

Bioenergy S.A. pidió declarar que los demandados, en su condición de miembros de su Junta Directiva, incurrieron en culpa durante su gestión al autorizar al representante legal adquirir el 100% de las acciones de “Los Arces Group Corp” (predio La Conquista), en detrimento de su patrimonio; en consecuencia, declarar a los últimos responsables, en forma solidaria e ilimitada, de los perjuicios irrogados con esa actuación y, por contera, condenarlos a indemnizarlos en cuantía de \$2.340.000.000.00 (daño emergente), debidamente indexada.

Sustentó tales súplicas, en lo medular, así:

1.1 El 28 de marzo de 2008, los convocados fueron designados miembros principales de la Junta Directiva de la sociedad actora, época para la cual ésta

ejecutaba actividades enderezadas a la adquisición de predios en el corredor de Puerto López – Puerto Gaitan para el desarrollo de su objeto social, tarea en la que identificó potenciales predios a negociar, entre ellos el denominado La Conquista o Rancho Yurimena, identificado con la M.I.No.234 000354.

1.2 Por conducto de su asesor jurídico encargó a la firma Posse, Herrera & Ruíz un estudio de títulos del aludido inmueble, rendido el 23 de julio de 2008, el cual refiere que entre “la cabida y extensión” del fundo atestada en los certificados catastrales (531 Hectáreas 2000 M2) y la información de la oficina de Instrumentos Públicos (841 Hectáreas) advertía una diferencia de 309 hectáreas 8000 M2 (3.098.000 M2), concluyendo que esa área era significativa y, por ende, imponía efectuar “una verificación material del área y linderos reales del predio con asistencia

de un topógrafo o arquitecto”, a fin de tener certeza de su “extensión real”.

1.3 En esa última fecha, el administrador de la accionante, miembro de su Junta Directiva, conoció el mentado concepto y, por tanto, “el mínimo deber de conducta exigible, antes de tomar la decisión de compra” del precitado terreno era atender la recomendación de aquél.

1.4 Juan Carlos Roa Márquez y Henry Echeverri, en representación de Bioenergy S.A., participaron en los Comités de Tierras celebrados el 30 de julio y 8 de agosto de 2008, para efectuar seguimiento al proyecto en cuestión, incluyendo la compra de la finca La Conquista, informando que su área era de 857 hectáreas y su precio total de \$6.000.000.00, a razón de \$7.000.000.00 por hectárea. De acuerdo con esto, “para el futuro adquirente el valor del predio La Conquista se determinaba por cabida”.

1.5 El 11 de agosto de 2008, Darío Montañó formuló a la demandante oferta del prenombrado fundo de su propiedad, indicando que su cabida era de 900 hectáreas y el precio \$6.000’000.000.

1.6 En sesión del 1º de septiembre de 2008, la Junta Directiva de Bioenergy S.A. autorizó a su representante legal adquirir el 100% de las acciones de las sociedades Amandine Holding Corp y Los Arces Group Corp, propietarias en ese momento, en su orden, de los predios “Kari Kari y Lituania” y “La Conquista” (Acta No.15).

1.7 Con esa decisión, los miembros del nombrado órgano de administración irrogaron perjuicios a la actora, originados en su falta de diligencia en la adopción de aquella, pues omitieron analizar y atender la recomendación del mentado estudio jurídico, encomendar a un experto inmobiliario el avalúo del bien, estudiar sus certificados de tradición, como también determinar y valorar los activos y pasivos de Los Arces Group Corp., amén que guardaron silencio sobre la diferencia de la extensión conceptuada en el estudio de títulos, y ningún cuestionamiento formularon respecto a la variación del negocio jurídico (compraventa del inmueble por compra de acciones).

1.8 Los miembros de la citada Junta pasaron por alto la oferta del inmueble, la

cual ofrecía 900 hectáreas en \$6.000’000.000, esto es, a \$6.666.666 la hectárea, lo cual conducía a inferir que del precio tenía que descontarse el valor de las 309 hectáreas de diferencia, según los títulos de la finca; por tanto, el precio se reducía a \$2.059.999.794.00 aproximadamente.

1.9 La actora y Los Arces Group Corp, ésta a través de su único accionista, Bosanova Finance Development Corp, ajustaron la compraventa de las acciones el 27 de noviembre de 2008, por “\$6.109.700.008,71 sin IVA”, negocio cuya finalidad era adquirir por vía indirecta el inmueble La Conquista, siendo esa adquisición el único objeto social de la última sociedad en mención.

1.10 Fue así como Bioenergy S.A. pagó en exceso e indirectamente el precio del inmueble, tal como quedó corroborado con el trabajo topográfico efectuado el 21 de enero de 2009, en el cual se estableció que su área era de “549 HAS + 3628.67 M2”.

1.11 Esa imprudencia del órgano de administración, al autorizar la adquisición de acciones, privó a la actora de la posibilidad de ejercer la acción legal para obtener la reducción del precio del bien, por la diferencia de cabida.

1.12 La conducta negligente referida causó perjuicios a la compañía, los cuales se impone indemnizar.

2. Las contestaciones de la demanda.

2.1. Henry Echeverri Campuzano y Fabio Enrique Fonseca Pacheco, por conducto de su apoderado judicial, se opusieron a la prosperidad de la demanda y, en su defensa, formularon las excepciones tituladas “No existió daño”, “No hubo conducta culposa”, “No existe vínculo causal entre la conducta de su cliente y la compra del predio”, “Existe culpa de un tercero” y “existe culpa de la víctima”.

2.2 Juan Carlos Roa Márquez solicitó negar las súplicas del demandante, y propuso como excepciones de mérito principales las que denominó “inexistencia del daño”, “la indeterminación de la decisión implica que no es causa eficiente” y “prescripción”, y como subsidiarias las que tituló “culpa exclusiva de la víctima”, “daño atribuible a un tercero”,

“prejudicialidad” y “requisitos para aprobar la acción social de responsabilidad”.

2.3. Claudia Alicia de Las Mercedes y Mario Ernesto Ortiz Escobar, herederos determinados de Jorge Ernesto Ortiz Torres, también, pidieron desestimar la demanda, y para enervar la acción adujeron la “inexigibilidad de la responsabilidad” del de cuius y sus sucesores hereditarios y, en su defecto, invocaron “la responsabilidad derivada de la adquisición indirecta del predio “La Conquista” no es imputable a los demandados”; igualmente,

1. Agotada la etapa de sustentación del recurso de apelación y al no existir vicios que configuren nulidades, es procedente definir la segunda instancia mediante sentencia de mérito, lo cual, en estricto sentido, implicaría que el Tribunal, en dicho quehacer, no tendría ningún tipo de limitaciones, como lo prescribe el inciso segundo del artículo 328 del Código General del Proceso, dado que ambas partes apelaron. Sin embargo, habiendo sido la sentencia de primer grado completamente favorable a la parte demandada, es ostensible que el demandado recurrente carece de interés para recurrir, según la regla que sobre el particular sienta el precepto 320 del ordenamiento procesal citado, en su inciso 2º, con arreglo al cual “[p]odrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia”, naturalmente que, en esas condiciones, esa competencia panorámica que de suyo surge en el ad-quem cuando ambos extremos litigiosos han apelado, se torna inane en el evento sub-examen.

2. Ahora bien. La responsabilidad deducida en la demanda, de acuerdo con el resumen que antecede, viene anclada en lo dispuesto en el artículo 200 del Código de Comercio, modificado por el precepto 24 de la Ley 222 de 1995, a cuyo tenor se tiene que “[l]os administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros”, hipótesis en la que, a juicio de la demandante, se subsume el proceder de los convocados, quienes, como miembros de la junta directiva de la entidad, incumplieron sus deberes legales y estatutarios al autorizar la operación a que se contrae la demanda, cuyo único propósito, no

alegaron la inexistencia de la relación de causalidad y del daño, como también “culpa de la sociedad demandante” y finalmente que “los contratos de adquisición de las acciones de Los Arces Group Corp podrían estar afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito”.

2.4 La curadora ad litem de los herederos indeterminados del causante Ortiz Torres se limitó a manifestar que no le constaban los hechos esgrimidos en la demanda.

ANÁLISIS DE LA SALA

obstante la forma en que se verificó aquella, era adquirir el predio denominado La Conquista o Rancho Yurimena, cual en efecto lo hicieron en sesión del 1º de septiembre de 2008, sin haber esclarecido, previamente, como les concernía, por ser el órgano decisorio encargado de adoptar una determinación de ese jaez, las inconsistencias que por medio de un estudio de títulos, elaborado más de dos meses atrás, se advirtieron respecto de la negociación, omisión que derivó en un detrimento patrimonial para la empresa, cuyo monto es directamente proporcional al valor cancelado en exceso por la empresa por cuenta de la adquisición autorizada por ellos.

Cierto, paralelamente expone la demanda una serie de circunstancias que se dieron en forma previa y concomitante a la operación, incidencias cuya alusión bien se explica en el interés de la parte en develar en todo su contexto el entorno en que se dio el acuerdo, como en efecto es esa abrupta y extraña manera como la negociación directa de la heredad con su propietaria, mudó de un momento a otro a un entramado bastante complejo, precedido de un documento de intención y la presencia de dos sociedades extranjeras, una oriunda de las Islas Vírgenes Británicas y otra panameña, y la ubicación de los recursos cancelados a la vendedora en el exterior, como evocando los resultados de la reciente investigación periodística de resonancia global conocida como los “Panamá Papers”, que expuso a la luz pública los negocios *offshore* de políticos, empresarios, deportistas y celebridades internacionales; empero, el debate litigioso se circunscribió no más que a esos reparos que la demandante le hace a la actuación de los miembros de su junta directiva, por

modo que la atención del Tribunal debe fijarse, sin más aplazamientos, en ello.

2.1. Y para adelantar ese escrutinio, lo mejor es orientar la atención de la Sala a repasar los términos en que se desplegó la defensa de los demandados, pues la respuesta al litigio, muy a pesar de la forma como tratan aquellos de exculpar su desidia, se encuentra allí. Fonseca Pacheco y Echeverry Campuzano, memorórase, negaron haber tenido conocimiento del estudio de títulos a que se refiere la demanda, acaso creyendo que con esto les basta para exonerarse de la responsabilidad que como miembros del órgano decisorio de la empresa les correspondía cuando autorizaron la operación; además, aducen que, de cualquier modo, el negocio se concretó varios meses después de que dieron la autorización, obviamente, en esas condiciones, entienden que ya la carga de verificación de los aspectos relevantes del prenombrado estudio de títulos pasaba de ellos a manos de quienes, obrando en representación de la entidad, se encargaron de materializar aquella con la sociedad extranjera que recibió el precio, observando, de otra parte, que, objetivamente, no hubo el detrimento que se dice en el escrito introductor.

Los herederos de Jorge Ernesto Ortiz Torres, Claudia Alicia de las Mercedes y Mario Ernesto Ortiz Escobar, por su lado, reiteraron esos planteamientos defensivos de Fonseca Pacheco y Echeverry Campuzano, aunque añadiendo que si bien en la Cámara de Comercio de Bogotá existe un documento por el cual el causante aceptó el cargo de miembro de la junta, siendo la firma estampada en él apócrifa, no pueden deducirse efectos en su contra, por supuesto, tampoco de sus causahabientes, sobre todo adoleciendo la negociación de visos de ilegalidad, al haberse realizado con el ostensible propósito de eludir el régimen fiscal colombiano.

El otro demandado, Juan Carlos Roa Márquez, quien fue elegido como presidente en la junta directiva de marras como presidente, se defendió remitiéndose a dichos argumentos expresados por los otros demandados, pero negando que el precio por el cual terminó siendo adquirido el fundo no corresponda con el que tenía realmente, de tal manera que no puede hablarse de detrimento patrimonial para la

sociedad, específicamente debido a que las características y ubicación de éste, que respondían a las necesidades que tenía la entidad, lo justificaban, y porque, además, el área, que ciertamente mostraba esa discrepancia señalada en la demanda, entre la certificada catastralmente y la citada en los títulos y el folio de matrícula, se debió muy seguramente a un error, que no ameritaba detenerse en él, en particular porque lo de la cabida no era el único factor para determinar el valor del terreno, y, amén de ello, al haberse ofrecido el rancho bajo la modalidad de llave en mano, se entendía que tanto las construcciones y las cabezas de ganado existentes dentro de la hacienda, como la maquinaria y herramienta agrícola, se debían computar en el cálculo del precio, eso sin contar con que la facilidad de acceder a los acuíferos existentes dentro del bien y las propiedades y la capacidad de uso de suelo, eran determinantes en su valoración, por supuesto, sin desconocer que siempre se habló de que la venta era de un cuerpo cierto.

2.2. Los antecedentes de la negociación, a propósito de la decisión de la junta directiva de ese 1º de septiembre de 2008, permiten establecer en forma relativamente fácil, que la adquisición del predio La Conquista no era algo extraño para los miembros de dicho órgano societario el día en que autorizaron su adquisición.

A decir verdad, desde muy temprano, cuando Ecopetrol mostró su interés por participar en el proyecto, tras la mediación de Visión de Valores S.A., compañía con la que contrató Bioenergy el 15 de noviembre de 2007 para que le prestara asesoría financiera en el proyecto La Esperanza, como lo explica el punto d) del acta de la asamblea de la sociedad celebrada el 28 de marzo de 2008 (folio 347 del cuaderno 1), se vio que el futuro de éste estaba supeditado al éxito de esa estrategia, cual en últimas puede deducirse de lo expresado en las reuniones de la junta directiva documentadas en las actas 008 de 13 de diciembre de 2007 (folio 478 del cuaderno 1), donde se autorizó al gerente suplente, Fabio Enrique Fonseca Pacheco, para suscribir un memorando de entendimiento con la estatal petrolera, “*en que las partes evaluarán la viabilidad técnica, económica y jurídica de implementar conjuntamente el proyecto de producción y comercialización de etanol*”,

y 012, de 11 de marzo de 2008 (folio 485 *ibídem*), en que se autorizó al gerente, Juan Carlos Roa Márquez, “para presentar a Ecopetrol una propuesta de vinculación al proyecto ‘La Balsa’ y para realizar las negociaciones y firmar los contratos necesarios por cuantía ilimitada”, después de que el secretario designado para la sesión, Henry Echeverri Campuzano, le informara a sus miembros qué gestiones se “habían adelantado dentro del marco del Memorando de Entendimiento” en cuestión, firmado el 14 de diciembre de 2007, recomendando presentarle “una propuesta en la que se definan los términos y condiciones bajo los cuales Ecopetrol podría participar como Socio Estratégico en el Proyecto La Balsa”, y se indicaran “las condiciones financieras de vinculación, la propuesta haría referencia, por un lado, a los aspectos que deben ser incluidos en un eventual acuerdo de accionistas y, por el otro, al Equipo de Desarrollo responsable junto con Ecopetrol de lograr el Cierre Financiero del Proyecto y a continuar hasta la entrada en operación comercial de dicho Proyecto”.

A su vez, según esta última acta, el mentado secretario, comentó en la reunión que se había “dado inicio al proceso de gestión de tierras del Proyecto, algunos de los cuales están en un proceso avanzado. Para la adquisición de terrenos y de la explotación agrícola se tiene tres escenarios de contratación: cuentas en participación, contratos de opción de compra o promesa de compraventa. Teniendo en cuenta que son varios los terrenos que actualmente están en proceso de negociación, se solicita a la Junta Directiva autorizar todos los contratos que se vayan a firmar con los propietarios”, autorización que se dio en la misma reunión.

2.3. La cita textual de esto tiene sentido, en cuanto resulta demostrativa de que para ninguno de los miembros de la junta que participaron en la sesión de 1º de septiembre de 2008, que se hizo constar en el acta 015, la adquisición de predios con el objeto de sumarlos al proyecto, ahora denominado ‘La Balsa’, era extraño en ese momento. Aún más, es clarísimo que el sobredicho memorando de entendimiento, que finalmente se cristalizó con esos acuerdos celebrados entre los accionistas de Bioenergy y Ecopetrol, a través de su

filial Andean Chemicals Ltd. -sociedad constituida bajo las leyes de Bermuda, el 14 de octubre de 2008, uno depositable en las oficinas de la demandante (folios 613 y siguientes del cuaderno 1, T.I), otro denominado escuetamente el ‘acuerdo’, que regulaba algunos aspectos relativos “a la participación de las partes en la sociedad y el desarrollo del proyecto que los promotores han estado adelantando en el departamento del Meta” (folios 622 u siguientes del mismo cuaderno), y un tercer acuerdo de indemnidad (folios 645 y siguientes, *ibídem*), tuvo por objeto preparar el terreno para cuando esto sucediera.

De ahí que la preocupación que resultó siendo norte de toda la actividad que a partir de ese instante se verificó mancomunadamente entre las dos empresas, estaba puesta en esa dirección, por supuesto, tratando de aprovechar los avances que ya tenía Bioenergy S.A. en el proyecto, los que, se deducen de la documentación que obra en el proceso, estaban en que ésta tenía ya dos predios en la zona, La Esperanza 1 y La Esperanza 2, los que, según las actas 9 y 10 de 10 y 16 de enero de 2008, respectivamente, fueron ofrecidos por disposición de la junta directiva en respaldo del crédito que a la sazón tramitaba la empresa ante Bancolombia, con el fin de conseguir recursos para “financiar el proyecto La Balsa” (folios 480 y 481), muy seguramente, el montaje de la planta para la extracción y concentración del jugo de la caña de azúcar, como se aprecia del acta 011 de 6 de marzo de 2008 (folio 484).

Siendo, pues, este predio, La Esperanza, clave para el desarrollo propuesto, al igual que otro cercano denominado La Piragua, que figuraba en esos momentos en cabeza de Claudia Alicia de las Mercedes Ortiz Escobar, quien por escritura No.2643 otorgada el 15 de octubre de 2008 en la Notaría 49 de esta ciudad (folios 1754 y siguientes del cuaderno 1), lo transfirió a su finado padre, el miembro de la junta directiva Jorge Ernesto Ortiz Torres, cuya mortuoria representa en el proceso, la mejor opción para lograr los objetivos del proyecto, era adquirir predios cercanos, claves, como dieron en calificarlos quienes participaron del comité de tierras que empezó labores en julio siguiente, para acercarse más a los fines diseñados desde un comienzo.

Y estando el predio La Conquista dentro de esa área de influencia, despertó el interés de los partícipes del proyecto y se lo consideró clave para el desarrollo (ver folios 563 en adelante, aportados en la contestación de la demanda por Juan Carlos Roa Márquez).

2.4. Mas, si es cierto que el proceso de adquisición de predios venía avanzando desde unos meses atrás, también es verdad que los miembros de la junta directiva, que a la postre no eran personas distintas a los socios de Bioenergy en ese momento, pues según la documentación correspondiente, cumplidamente las actas de las asambleas generales de accionistas entre 2006 y 2008 vistas a folios 438 y siguientes del cuaderno 1, revelan que la participación accionaria de la sociedad para esa época estaba en manos de dos sociedades , Transportes Premier, con el 69,99% de las acciones, y Alcoholes de Colombia, con el 29,98%, la una representada por Fabio Enrique Fonseca Pacheco, y la otra por Roa Márquez (en 2008), quienes a su turno poseían, junto con Henry Echeverri Campuzano, el 0,01% restante de esas acciones, cada uno, no parece de ninguna manera aventurado concluir que al autorizar la compra supieran suficientemente del informe que le había presentado a la empresa la firma de abogados Posse, Herrera & Díaz desde el 23 de julio anterior, por supuesto que si entre las gestiones que se estaban adelantando para ubicar los predios que podrían llegar a hacer parte del macroproyecto en que estaba empeñada la sociedad, estaba justamente la de establecer la situación jurídica y real de los inmuebles de interés para ellos, al punto que por eso, mediante misiva de 4 de julio se le encomendó a la sobredicha firma de abogados que hiciera el estudio de los títulos de cada uno de esos fundos, incluido el denominado La Conquista, es muy difícil pretender que al autorizar su adquisición, sobre todo en esas condiciones tan insólitas como se dio la operación, esos miembros de la junta directiva, hoy demandados, no conocieran de las alertas que hacía el mentado estudio de títulos elaborado por el pool de abogados contratado específicamente para ello.

La trascendencia de esto radica, efectivamente, en el contenido del sobredicho estudio de títulos, que si bien no

muestra objeciones relativas a la titularidad de la heredad, sí expone esa serie de discrepancias a que se refiere la demanda en cuanto toca con su área, pues entre los hallazgos de los profesionales que lo hicieron está el hecho de que mientras catastralmente el predio cuenta con un área que apenas supera las 531 Has, el folio de matrícula habla de 900 Has y la escritura por la cual el vendedor la adquirió reza que son 841 Has, algo que ameritaba, para los autores del estudio, unas acciones previas de la entidad antes de comprometerse a adquirirlo, pues aunque estos certificados catastrales *“no constituyen títulos de dominio, la diferencia existente en la información existente (sic) en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y la existente en la Oficina de Catastro de la Alcaldía Municipal de Puerto López respecto al área es significativa, en especial por las implicaciones fiscales que se derivan de ésta por cuanto actualmente se ha venido calculando el valor del impuesto a cargo sobre un área bastante menor a la que debería estar cobrando”* (folio 5 del cuaderno 1).

Tan importante era la advertencia que hacía el estudio, que resaltó y subrayó la expresión *“significativa”*, para que ésta no pasara inadvertida, especialmente cuando, a renglón seguido señalaron como conclusión: *“Llamamos la atención acerca de la necesidad de hacer una verificación material del área y linderos reales del inmueble mediante visita al predio preferiblemente con la asistencia de un topógrafo o arquitecto, para adquirir certeza de la extensión real de los inmuebles y sus implicaciones fiscales futuras”*. Y no se detuvieron ahí. Al conceptuar finalmente sobre la posible adquisición del inmueble, advirtieron que esto era viable, aunque se recomendaba verificar *“si las medidas establecidas como cabida y linderos corresponde a las medidas reales en terreno, para adquirir certeza acerca de la extensión real del mismo”*, para, con ese resultado, determinar las implicaciones fiscales de la diferencia en el área; verificar, antes de la firma de la escritura, cuál era la situación fiscal del inmueble; y obtener el concepto de uso expedido por la secretaría de planeación municipal, para determinar el grupo de manejo de producción agropecuaria correspondiente al inmueble, así como la determinación de las volumetrías, alturas, índices de

construcción, etc., al igual que las afectaciones viales y/o ambientales que pudieran afectarlo.

2.5. Sin embargo, al abordar el punto en la sesión de 1° de septiembre de 2008, nadie habló con el objeto de que las cosas se aclararan, a sabiendas de que ese era tema conocido en el comité de tierras, del que formaban parte dos de los miembros de la junta directiva. Reza ésta, que el secretario de la reunión, otra vez Echeverri Campuzano, “comentó que debido al avance de las negociaciones con los propietarios de las tierras en el desarrollo del proyecto con Ecopetrol, es necesario adquirir la totalidad de las acciones de dos sociedades en Panamá, las cuales son las actuales titulares de dos predios claves. Así, las acciones a adquirirse corresponden a la sociedad AMANDINE HOLDINGS CORP (correspondiente al predio Kari kari y Lituania) y a la sociedad LOS ARCES GROUP CORP. (correspondiente al predio la Conquista)”. Y prosigue: “Una vez analizada esta solicitud, los señores miembros de la Junta Directiva autorizaron de manera unánime al Representante Legal para que adquiriera el 100% de las acciones de las sociedades mencionadas anteriormente en Panamá” (subrayas fuera de texto).

Ocurre, a pesar de lo expresado así en el acta, que ahora dicen que ni Fonseca Pacheco, ni Echeverri Campuzano ni el finado Ortiz Torres sabían del estudio de títulos que estaba a su disposición desde el 23 de julio anterior, según lo aducen en sus respuestas a la demanda, donde sugieren, inclusive, que el hecho de que Roa Márquez lo conociera, no implica que alguno de ellos haya estado certificado de su existencia, ora, de su contenido, y menos de sus advertencias para la adquisición del inmueble, lo que, contrariando aquel principio que invoca la apelación, conforme al cual nadie puede alegar su propia torpeza en su defensa, bien podría admitirse para exculparlos de la eventual responsabilidad que les cupiera por haber aprobado la operación en la forma en que lo hicieron.

3. La cuestión es que, lo mínimo que se esperaba de cada uno de ellos era que precaviera las repercusiones que la decisión llegara a tener de cara a los intereses de una sociedad que, para ese momento, iba a cambiar sustancialmente

debido a la participación que en ella estaba próxima a darse por parte Ecopetrol, que a través de Andean Chemical Ltda., entraría como inversionista al proyecto, adquiriendo buena parte de la participación accionaria, por supuesto que si ya para el 1° de septiembre de 2008 esos acercamientos con la petrolera estatal estaban a punto de materializarse, es ostensible que cualquier decisión que fueran a tomar esos miembros de la junta directiva de la entidad, debía consultar no solamente sus intereses, sino los de la sociedad que adquiriría parte de sus acciones.

3.1. Además, es claro que sus funciones como miembros de la junta directiva, particularmente la de proceder a la autorización de los contratos -en general-, no se agotaba allí; antes bien, conllevaba la exteriorización de actos positivos de diligencia tales como el examen de las condiciones financieras, el estudio de las propuestas, evaluación técnica, económica y jurídica de implementación, cuanto más siendo ellos -dos por lo menos- miembros de la junta y a la vez formaban parte del comité de tierras- por lo que les competía la carga de verificación de los estudios que les presentaron, de tal suerte que si teniendo en sí esas funciones, que por supuesto implicaban obligaciones y responsabilidades, la única forma de liberarse de estas últimas en un juicio de responsabilidad como el que se les sigue dentro del presente proceso, era acreditando que realizaron actividades positivas tendientes a la protección de los intereses de la sociedad, tanto en el seno de la junta, como en el comité, donde la representaban, por modo que si nada hicieron tampoco allí, y probatoriamente no hay ninguna prueba que conduzca a lo contrario, es obvio que su inactividad les genera responsabilidad al presentarse la inconsistencia entre lo pagado y lo recibido, llámense acciones o hectáreas de tierra; dicho de otro modo, la responsabilidad de los miembros de la junta sometida a juicio, no deriva simplemente de la autorización que dieron para la compra de acciones, sino en la responsabilidad de materializar la operación cuyo propósito era comprar terrenos para el proyecto de Etanol, lo que comprende las actividades ya descritas, espectro de la responsabilidad que acompasa con la naturaleza de la acción ejercida en la demanda, en cuanto que la pretensión y los hechos en que se funda

permiten interpretarla de esa manera, sobre todo porque resulta consecuente con lo que se dirá adelante en torno al daño.

3.2. A propósito de lo anterior, es bueno resaltar que los estatutos de la sociedad, que para ese instante no habían sido modificados en ese aspecto en particular, establecían, según reza la escritura No.5662 otorgada el 13 de diciembre de 2005 en la Notaría 24 de esta ciudad, en su artículo quincuagésimo primero, que entre las funciones de la junta directiva de la sociedad estaba la de “*autorizar al representante legal para: (i) celebrar cualquier acto o contrato comprendido dentro del objeto social y celebrar cualquier acto o contrato cuando la cuantía del acto o contrato por operación exceda la cantidad de QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS (...) legales mensuales vigentes*”, comprendiéndose, en todo caso, que “*tendrá atribuciones suficientes para ordenar que se ejecute o celebre cualquier acto o negocio comprendido dentro del objeto social y para tomar las determinaciones necesarias en orden a que la sociedad cumpla sus fines*”, es absolutamente claro para el Tribunal, que con prescindencia de las decisiones que tomara en esa sede técnica que en últimas resultó siendo el comité de tierras acerca de la viabilidad de adquirir un predio en específico, donde dos miembros del órgano decisorio de la sociedad intervenían, a la junta, mientras no se la hubiere relevado de sus funciones estatutarias, era a la que concernía la determinación final.

Conclusión que, bien vale recalcarlo, encuentra respaldo en lo dispuesto por el artículo 23 de la Ley 222 de 1995, según el cual, entre los deberes de los administradores de la sociedad -y en verdad que los miembros de la junta directiva lo son, pues así lo declara el precepto 22 del mencionado cuerpo normativo al incluirlos en ese listado restrictivo de funcionarios que ejercen la administración de este tipo de entes-, está el de “*obrar con buena fe, con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios*”, conscientes de que “*sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta el interés de los asociados*”, lo cual no es más que la reafirmación del conocido principio fundante y angular del derecho privado consagrado a nivel positivo en los artículos

1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que en lo básico, de acuerdo con el profesor Guillermo Ospina Fernández, implica que los actos jurídicos deben ser cumplidos “*con entera lealtad, con intención recta y positiva, para que así pueda realizarse cabal y satisfactoriamente la finalidad social y privada a que obedece su celebración*” (Teoría general del Contrato y del Negocio Jurídico. Editorial Temis S.A., 7ª Ed. 2019, pág.321); como lo explica Karl Larenz: “*Siempre que exista entre determinadas personas un nexo jurídico, están obligadas a no defraudar la confianza razonable del otro, tratando de comportarse tal como se puede esperar de una persona de buena fe*” (Derecho Civil, parte general, capítulo II, pág. 13).

3.3. La buena fe y la lealtad de esos miembros, a la verdad, obrando con tamaña ligereza, no puede estar a salvo de reproches en el ámbito en que se los encara dentro del proceso, y menos considerar que pudieron caer en omisión por ingenuidad o falta de experiencia en esos quehaceres, pues, por ley, esa no es opción cuando de la responsabilidad de los administradores de una sociedad se trata, quienes en sus actuaciones deben “*emplear para con los demás una conducta leal, una conducta ajustada a las exigencias del decoro social*”, sin perder de vista el “*derecho de esperar de los demás esa misma lealtad. Trátase de una lealtad (o buena fe) activa, si consideramos la manera de obrar para con los demás, y de una lealtad pasiva, si consideramos el derecho que cada cual tiene de confiar en que los demás obran con nosotros decorosamente*” (Cas. Civ., Sent. 23 de junio de 1958); esto reclama de los administradores la diligencia que emplearía un hombre de negocios, expresión traída a la legislación colombiana en 1995 de la ley argentina, que a su turno imitaba la normativa norteamericana, al igual que la española, donde la Ley de sociedades anónimas de 1989 señala que “*los empresarios desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y representante legal*”, que si bien recuerda esa gradación de culpa a que se refiere el artículo 63 del Código Civil, a criterio de la doctrina no coincide exactamente con el concepto que tiene en el ámbito societario.

Lo que interesa al juicio, pues, es que el Legislador de 1995 haya acomodado la ley

a esos criterios que venían imponiéndose en el orbe desde hace ya varias décadas, todo con el propósito, indiscutible, por supuesto, de conjurar esa ambigüedad que en relación con la responsabilidad de los administradores fiduciarios, como los apellida la jurisprudencia anglosajona, se advertía en el ya añoso Código de Comercio, que sin mayores miramientos repetía los principios generales de responsabilidad por dolo o culpa propios del derecho civil, cual lo anota un apreciado autor nacional, para precisar de manera mucho más asible los criterios para establecerla.

La expresión buen hombre de negocios, según el autor aludido, *“debe entenderse como aquella diligencia que pondría un comerciante normal en sus propios negocios. Como afirma con certeza NARVAEZ GARZÍA, en opinión que compartimos plenamente, ‘esta precisión es valedera en la hora actual en que la ausencia de valores éticos daría pie para estimar que el buen hombre de negocios es el más habilidoso o el que ha logrado acumular riqueza en el contrabando, el narcotráfico o en razón de las ventajas obtenidas del Estado como recompensa por sus aportes pecuniarios a las campañas electorales’ ”*

(Reyes Villamizar, Francisco, Derecho societario, T.I. Ed. Temis S.A, Bogotá, 2014, pág. 589), de donde, si bien es factible que la gestión de estos cause pérdidas al ente societario y a sus socios, incluso a terceros (artículo 200 del Código de Comercio), no es descaminado pensar que, de todos modos, pueden liberar su responsabilidad si al adoptar las decisiones que llevaron a esos estadios estuvieron precedidas de una *“particular diligencia que representa una forma de actuar propia de personas conocedoras de las técnicas de administración. Se trata, pues, de un patrón de conducta más estricto, que trae consigo una evaluación seria e informada de las principales opciones de que dispone el administrador en el momento de tomar determinaciones”*, desde luego que, tratándose de una obligación de medios, no de resultado, esto viene factible, siempre y cuando las decisiones se tomen *“con pleno conocimiento e ilustración sobre los diversos factores que se relacionan con ellas”* (ob. citada, págs. 447 y 448), como a propósito ya lo tiene dicho la Delegatura de procedimientos mercantiles de la

Superintendencia de Sociedades, entre otras ocasiones, en sentencia 801-72 de 11 de diciembre de 2013, proferida en el caso de PHARMABROKER.

La doctrina norteamericana, cuyas normas de responsabilidad de los administradores, ya se anotó, son la base de la legislación colombiana, ha adoptado la regla del juicio de negocios o de la discrecionalidad (*business judgement rule*), según la cual estos son autónomos en la toma de decisiones, siempre que obedezcan a un prudente juicio por parte del administrador, la que si bien no pudo entronizarse positivamente en la legislación colombiana, pues el proyecto tramitado en 2017 con dicho propósito se hundió en el Congreso de la República, ha llevado a la Superintendencia de Sociedades a analizar el comportamiento de los administradores con ese enfoque, aunque siempre ha resuelto tomando en cuenta el criterio legal de buena fe, diligencia y cuidado, lo que ha llevado a plantear, por parte de otra autora nacional, Marcela Castro de Cifuentes, citada en el texto de Reyes Villamizar, que *“muchas veces, en el desarrollo de la empresa social, resultan pérdidas o perjuicios para la sociedad como consecuencia directa o indirecta de decisiones tomadas por los administradores, pérdidas que son, finalmente un riesgo inherente a la vida de los negocios. Si estas decisiones o medidas son adoptadas de buena fe y en uso de buen juicio por parte de los administradores, las cortes no entran a cuestionarlas como violatorias del deber de cuidado. En esta sana actitud de los tribunales bajo el common law, que respeta la independencia y criterio de los administradores en cumplimiento de su encargo, ha sido llamada la regla de la discrecionalidad”, aplicada en un célebre caso (Aronson contra Lewis) donde se enfatizó que ésta entraña una regla conforme a la cual, “cuando los directores de una sociedad adoptan una decisión de negocios, ‘se presume que lo han hecho con pleno conocimiento e información. Los directores tienen el deber de obtener, con anterioridad a la adopción de una determinación, toda la información relevante que razonablemente pueda estar a su disposición’ [Del. Supr., 437 A, 2d, 805 (1984)]” (ob. citada, pág. 449).*

3.4. Obviamente, las alusiones doctrinales que anteceden no pueden ser en balde.

Sobre todo si el más elemental escrutinio de las cosas, obliga a decir, como arriba se anotó, que si algo marcó el proceder de los accionados en esa sesión de la junta directiva de la empresa celebrada el 1° de septiembre de 2008, fue su desgüeño y el menosprecio por los intereses de la sociedad. Si los miembros del órgano social iban a decidir sobre la adquisición de la heredad por vía de ese mecanismo ideado a última hora, lo mínimo que de ellos se exigía, repítese, era que contaran con toda la información relevante para la adopción de la decisión, algo que, evidentemente, nunca estuvo en mente cuando aprobaron la operación.

Tan incuriosos fueron que ni siquiera cayeron en cuenta que el bien en cuestión, para esa data, estaba en cabeza de Montaña Ferrer y no a nombre de la sociedad panameña con que se autorizó la suigeneris operación; incluso, no hay certeza de ninguna naturaleza que informe de la supuesta promesa que tenía la susodicha sociedad con la propietaria del predio, como para decir que esto obligaba o tal vez urgía, como reza el acta, adelantarse al normal devenir de las cosas, por supuesto que si ya en pocos días se formalizaría la negociación con Ecopetrol, y de hecho esto se hizo el 14 de octubre siguiente (un mes y 13 días después de la supradicha sesión de la junta directiva), qué apremio existía para autorizar la operación, si de todas maneras los miembros de la junta no perderían su condición de accionistas, como lo revelan los autos?

Y, definitivamente, por qué no analizar esa extraña forma de negociar que los propietarios de tres predios, decidieron fijar a último momento, si, por lo menos hasta la oferta consignada en el documento visto a folio 10 del cuaderno 1, efectuada por Darío Montaña Ferrer a la empresa el 14 de agosto anterior, señalándole que el predio, de 900 Has valía seis mil millones de pesos (\$6.000.000.000), todavía no se había vencido, desde que al hacerla, el suscriptor de la misiva dejó en claro que la oferta “tendría una validez de 60 días a partir de la fecha”; luego, de ser cierto que éste había celebrado una promesa con un tercero, es potísimo que el tema ameritaba discusión al momento de autorizar una operación de un monto importante, como lo fue el convenido por la adquisición de Los Arces Group Corp.

Así, entrar en valoraciones acerca de la confesión que derivaría de la inasistencia de dos de los demandados a la audiencia donde absolverían el interrogatorio de parte que en sobre escrito había previamente radicado el apoderado de la demandante, es inane, pues su omiso comportamiento como integrantes de ese órgano de gobierno de la sociedad, aceptado sin cortapisas por ellos en su respuesta a la demanda, es suficiente para establecer que, en efecto, incumplieron los deberes legales y estatutarios que les concernía en esa función, situación que, en la perspectiva del litigio, es suficiente para acceder a las súplicas de la demanda.

Y, en verdad que la demanda está llamada a prosperar, porque nada de lo invocado por los demandados en su defensa, al margen del peregrino argumento de que no tuvieron a su disposición el estudio de títulos tantas veces referido, tiene el peso bastante para desmarcarlos de esa desidia que mostraron en la adopción de la determinación controvertida en el proceso, pigracia que escuetamente constituye prueba de culpa.

4. Alegan, en este sentido, que quien tomó la determinación fue el comité de tierras. Y que quien la ejecutó, fue la nueva administración de la sociedad, que asumió unos días después de la decisión. Ciertamente, si se examinan las actas del susodicho comité, en él se aprecia que sus integrantes dieron esa aprobación en esa sede técnica dispuesta para analizar el tema de la gestión de tierras para el proyecto.

4.1. Léida el acta del comité realizado el 30 de julio de 2008 (folio 573 del Cuaderno 1, T.I), al que concurren Hans Moreno y José Daniel López, por Ecopetrol, Juan Carlos Roa y Henry Echeverry, por Bioenergy, y Fernando Gaviria, por Visión de Valores, se hizo un resumen de lo acordado con Camilo Marulanda en una reunión anterior llevada a cabo el 21 de junio, se “*acordó la conformación de un comité de tierras encargado de integrar esfuerzos entre Ecopetrol, Bioenergy y Visión de Valores para lograr en forma eficiente y ágil la adquisición de las tierras, revisar y aprobar los procedimientos y las gestiones para el cierre de las compras y los contratos CEP*”. Asimismo, “*se presentaron cinco escenarios para el aseguramiento de las tierras, en función de la distribución de las*

23.000 has identificadas para la compra y CEP en los alrededores de La Esperanza y el corredor Puerto López-La Bonga (Km. 55)”; “Se presentó el procedimiento de compra mediante la Estructura de Fiducia en un proceso de uno a cinco años para el traspaso de la propiedad de la Tierra del Patrimonio Autónomo a Bioenergy. Durante ese lapso de tiempo: 1) Bioenergy tiene el comodato del predio; 2) Se presentan autoavalúos al Igac para justificar un aumento del valor catastral del predio. Simultáneamente, con la constitución del Patrimonio Autónomo (PA), donde el propietario traspasa la propiedad del predio al PA, se firma la promesa de compraventa entre Bioenergy y el vendedor”. “Corpoica presentó el estudio para ambos predios, el cual está en revisión por parte de Bioenergy. Miguel López y Asociados debe estar presentando su informe el lunes 4 de agosto”.

En los resúmenes de negociaciones de predios para compra anexos al anterior documento, se observa, en efecto, que para ese primer comité, ya se estaba analizando la adquisición del predio La Conquista (folio 581), donde, identificados como “fincas clave”, se tenían los siguientes datos:

Al respecto, obra también en el proceso, un documento elaborado por los ingenieros agrónomos Jaime José Triana Restrepo y Jesús Enrique Prieto Chala, y por el ingeniero agrícola Albert Julesmar Gutiérrez Vanegas, donde conceptúan sobre la aptitud de los suelos del predio La Conquista para el establecimiento de sistemas productivos en ganadería extensiva e informan de sus conclusiones acerca de su idoneidad para esto, por razón de su ubicación, la posibilidad de contar con sistemas de riego derivados de su colindancia con la laguna La Conquista, alimentada por el caño Ipapa y su topografía y drenaje, según observaciones efectuadas en su visita al fundo, realizada el 29 de junio de 2008.

4.2. El acta del comité del 8 de agosto siguiente concreta más las cosas, relativamente al predio La Conquista. Concurrieron a la reunión las mismas personas que estuvieron en la anterior, más Juan Camilo Romero, por parte de Ecopetrol, y dos invitados, Adriana García y Alexander Cadena, y a vuelta de anotar la importancia de contar con el Acuerdo

Vinculante, frente a lo cual “BE resaltó la necesidad de tener este documento acordado y firmado antes del 22 de agosto con el objetivo de poder cumplir con un cronograma de actividades para la compra de tierras, inicio del Plan Agrícola (aprovechar el verano 2008-2009) y en general el cronograma del proyecto con el fin de hacer cierre financiero en primer trimestre 2009”, se presenta un cuadro denominado Tabla de Control de Actividades, donde el principal protagonista es el miembro de la junta directiva Henry Echeverri, tras de lo cual “[s]e concluyó con los miembros del comité que en el tema específico de consecución de tierras, la información suministrada por parte de Bioenergy era suficiente para la toma de decisiones y la ejecución efectiva de la compra de los predios de manera inmediatas. Solamente se adicionó la necesidad de pedirle a los propietarios nos suministren una oferta comercial por escrito, con, objetivamente, validez de 60 días”.

La ficha de avance de actividades definida en el comité de 30 de julio (folio 597), indicó que ya estaban los “[r]eportes de Corpoica y MLA completos para Kari Kari, Rancho Bravo, El Cedro, Los Gemelos, La Piragua, La Venturosa, La Conquista, Santa Ana y Beralhí”, información que, a su turno, se plasmó en dos cuadros vistos a folios 599 y 601, donde, ubicado el predio en los escenarios

4, 5 y 6, se menciona su área en hectáreas: 900; el propietario: C. Darío Montaña; el valor de compra: 6.000.000; **el precio por Ha COP/Ha: 6.667**; la Distancia a La Esperanza en kilómetros: 54; la estructura de compra: venta compañía de holding; área neta utilizable Ha: 810; área neta utilizable %: 90%; y precio área neta: 7.407 (Destaca la Sala con neग्रillas y subrayas).

A folios 606 y 607 milita una ficha contentiva de la información relevante del predio, donde al margen de la información reflejada en el cuadro reseñado hace un instante, reiterándose que el precio/hectárea es de 6.667 COP M, y el de área neta Ha 7.407 COP M/Ha, hay una casilla destinada de “documentación compra”, en que se contiene la siguiente información:

4.3. Obviamente, contrastada esa información que tenían dos miembros de la

junta directiva que participaban del comité de tierras, con lo expresado al oponerse a la demanda, salta a la vista una indignante falta de lealtad de esos miembros para con la sociedad, pues además de que no es cierto, de ninguna manera, que el tema de la discrepancia en las áreas que se reflejaba en el certificado catastral y el título de dominio y el folio de matrícula inmobiliaria haya sido algo superado en alguna instancia anterior a la sesión de la junta directiva del 1° de septiembre de 2008, pues el documento transcrito deja en claro que esto debía esclarecerse, no es cierto que ninguna alusión al área del predio se hubiera hecho a efectos de calcular su precio en moneda colombiana.

Que en esos documentos se diga cuál es el valor de cada hectárea y, a su vez, se precise cuál es el precio de cada una de ellas calculado sobre la base de sus posibilidades de utilización, es diciente; para Ecopetrol y para el comité de tierras, como en últimas alcanza a descubrirse en los testimonios de Hans Ronald Moreno, miembro del grupo de análisis del proyecto, y Juan Camilo Romero Díaz, el ‘trader’ de la mesa de productos de la petrolera, quienes dieron su versión en el proceso, el área era un dato del mayor interés para el comité, de donde, es indiscutible, creer que el predio se adquirió a ese exorbitante precio que finalmente se le dio por efecto de la ‘estructura’ del negocio, por razones diferentes, cual se plantea en la defensa de Roa Márquez, carece de todo asidero. Sobre todo porque pierde de vista que el objetivo del proyecto era sembrar caña de azúcar para, a partir de ella, producir biocombustible, de tal suerte que entre mayor número de hectáreas sembradas, mayor sería el volumen de producción del desarrollo; luego, reitérase, el área era medular en la negociación.

4.4. Conclusión que se reafirma con las acciones que casi de inmediato emprendió la empresa, ya con sus nuevos participantes, para confrontar al vendedor por haber entregado un área sensiblemente inferior a la negociada, como en efecto lo revela el estudio topográfico que a solicitud de la empresa realizó el topógrafo Raúl Alberto Velasco A. a comienzos de 2009 (folios 52 a 54 del cuaderno 1), documento aportado como anexo de la demanda que, en últimas, no ofrece motivos de discusión, y la querrela que por aprovechamiento de error ajeno se le formuló a mediados de

dicho año (folios 1005 y siguientes del cuaderno 1, T I), presentada por el propio Juan Carlos Roa Márquez ante la Fiscalía General de la Nación, tratando de persuadir al ente investigador de que Darío Montaña Ferrer junto con su abogado, Luis Eduardo Nieto, y con José Alberto Morillo, se confabularon para venderles el predio haciéndole creer a la empresa que su área era de 900 Has, cuando esto no era cierto.

Lo que llama la atención de la denuncia, bastante nutrida en datos de la negociación y de la vendedora, es que enmudezca frente al estudio de títulos que hizo Posse, Herrera & Ruiz desde mediados del año anterior, a sabiendas de que la piedra de toque del asunto estaba ahí; el autor de la denuncia se duele de los hallazgos posteriores a la entrega de la heredad, cuando se hicieron los “*respectivos levantamientos topográficos que permitieran el inicio de las actividades de planeación y adecuación*” de ésta, laborío del que se estableció que el terreno adquirido contaba apenas con 547 Has + 3.628,67 mts², pero convenientemente se guarda de decirle a la Fiscalía que él y Echeverri Campuzano estaban muy enterados de esa circunstancia desde mucho antes de que el negocio se concretara con la sociedad de las Islas Vírgenes Británicas, creada por esos días y cuyo representante, a propósito, era el nombrado abogado Nieto, como bien se menciona en la citada querrela.

5. La querrela, además, indica que “*Bioenergy S.A. en la adquisición del mencionado predio pagó en exceso motivado por este error una suma aproximada de DOS MIL TRECIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y UN MIL TRECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS MCTE (\$2.337’581.333) correspondiente a un área de tierra ofrecida y no entregada finalmente*”, es decir, le fue entregada “*solo el 61% de la extensión que preliminarmente ofreció DARÍO MONTAÑO FERRER, generándose un ostensible desfase en el objeto generado por este error descubierto*”, el cual “*resultaba tan determinante para BIOENERGY que obviamente de haberse conocido previamente, no hubiera celebrado el negocio o por lo menos no hubiera pagado el precio que canceló*”.

A juicio del Tribunal, si ya desde mediados de 2009 el demandado Roa Márquez

pregonaba ante la Fiscalía que había un detrimento patrimonial para la empresa de más de dos mil trescientos millones de pesos (\$2.300.000.000), ese argumento defensivo exhibido ahora en el proceso se ofrece bastante deleznable, pues amén de contradictorio con su propia postura frente al hecho, no hace cuenta de que, como arriba se anotó, el éxito del proyecto estaba supeditado al número de hectáreas aptas para sembrar caña de azúcar.

Cierra la querella remitiéndose cándidamente al segundo estudio de títulos que realizó el consorcio Chaín Vargas – Gip, Jaime Raúl Duque Henao el 11 de septiembre de 2008 (folio 613), donde, en efecto, no se hacen reparos alusivos al área de la heredad, para sostener que habiendo mediado ese análisis de esa firma, la empresa no tenía forma de establecer, al momento en que la negociación de materializó, que el querellado se estaba aprovechando del error ajeno para cobrar ese exceso cuya repetición pretendía la demanda; pero omite decir que jamás ese estudio involucró el cotejo de las áreas certificadas por catastro y las citadas en los títulos y el certificado de matrícula inmobiliaria, dejando entrever una innoble intención de mantener oculto lo que desde hacía prácticamente un año, sabían él y el otro demandado que hicieron parte del comité de tierras, y que debieron conocer los otros miembros de la junta directiva cuando, se repite, decidieron autorizar la operación.

5.1. Al examinar la escritura No.10295 otorgada el 27 de noviembre de 2008 en la Notaría 71 de esta ciudad, por la cual la sociedad panameña Los Arces Group Corp, representada por Adriana Lucía Motta Barreiro, adquirió de Inversiones Montaña Toro y Cía. S. en C. Montor, el predio La Conquista, negociación que se hizo por la suma de \$485'000.000, observa la Sala que los tiempos entre las operaciones no encajan, pues si el documento de intención suscrito entre Bioenergy, representada por Henry Echeverri Campuzano, y Bosanova Finance Development Corp y Los Arces Group Corp, representadas por Luis Eduardo Nieto, quien, decíase, era el apoderado de Montaña Ferrer, se suscribió el 25 de septiembre de 2008, no se entiende por qué tanta anticipación a la autorización de la operación, si el bien no estaba todavía en manos de la sociedad cuyas acciones

estaba comprometiéndose a adquirir Bioenergy.

Sin embargo, más allá de esto, es bueno resaltar que si la defensa de los demandados está en que, con todo, los verdaderos responsables de la adquisición del bien en esas condiciones desfavorables que se demuestran en la mentada querrela, fueron los miembros de la junta directiva y la administración que asumieron inmediatamente después de que ellos terminaron en sus funciones, habría que oponer a ese argumento el hecho de que, con prescindencia de cuánta juridicidad mediara en tal planteamiento, es clarísimo que si Roa Márquez y Echeverri Campuzano mantuvieron esa presencia en la Compañía, representando esas sociedades que después vinieron a ser partícipes de la demandante como promotoras, según se advierte del organigrama visto a folios 562 del cuaderno 1, TI (BioOriente Panamá S.A., BioOriente S.A., BioOriente 2 Ltda. y BioOriente 1 Ltda.), sociedades cuya composición accionaria es la indicada en las certificaciones vistas a folios 564 y siguientes, es imposible tratar de desplazar su responsabilidad a esas personas, pues, a la postre, el negocio se mantuvo tal y como lo aprobaron, con su intervención; y no incidental. No, su protagonismo en la consolidación de la operación fue activo, cual lo demuestran esos documentos a que viene refiriéndose esta decisión.

5.2. Al proceso arribaron varias pericias que conceptúan sobre el valor del predio, en el área que finalmente fue efectivamente transferida a la demandante; y en un diligente esfuerzo, trataron los demandados de persuadir al juzgador, de que si el valor del predio resultó ser el tasado en esos documentos, muy cercano al precio que pagó la sociedad por él, ningún detrimento patrimonial podía deducirse de su incuria al tomar la decisión de adquirirlo mediante la operación aludida tantas veces aquí, sin tomarse el trabajo de revisar la información a su alcance, para establecer si aquél coincidía con lo que se estaba adquiriendo.

Pero, mirando cuidadosamente esas pericias, empezando por la que en copia simple aportó el demandado Roa Márquez con la contestación de su demanda (folio 761), donde una firma denominada AAA conceptúa sobre el valor del inmueble

señalando que para el mes de diciembre de 2011 ascendía a \$5.100'000.000, siguiendo por el que realizó el perito Álvaro Sánchez Mosquera (folios 1649 y siguientes del cuaderno 1 T III), que lo calculó en \$5.310'000.000, a razón de \$10'000.000 la hectárea, para 2016, muy poco cabe añadir para concluir que no es cierto que esa valoración resulte determinante para desconocer la existencia del detrimento patrimonial para la entidad, desde luego que si la inversión no tradujo, con el paso del tiempo corrido entre la operación y la fecha en que el experto calcula su valor, una valorización como la que sugieren los demandados, es lógico que la discrepancia en el área de lo adquirido con la extensión real del fundo debe estimarse como un daño, en tanto las acciones adquiridas están representadas exclusivamente por el susodicho inmueble, conforme emerge del propio contrato de compraventa de aquellas, entre otros documentos.

La laguna La Conquista, que linda con la finca, que supuestamente incrementaría su valor debido a las facilidades que tendría la empresa para tener un suministro de agua cercano, por lo demás, no representa ese plus que en su valoración se expone por la defensa, pues, como bien quedó acreditado pericialmente, tanto en la experticia que rindió el perito Sánchez Mosquera, como el que rindió el perito Guillermo Alfredo Cadena Sánchez, el uso de las aguas de ese acuífero no depende de cuánto desee el colindante utilizar, sino de cuáles son las directrices que fije la autoridad ambiental para ello; y al respecto nótese que Cormacarena no le ha expedido autorización al predio para servirse de las aguas de la laguna, obviamente, entonces, que el planteamiento es pura especulación y, por lo mismo, carente de influjo en la determinación del perjuicio que los accionados causaron a la empresa por su negligencia e incuria.

Se aduce, por otro lado, que no es factible hablar de detrimento patrimonial, si los estados financieros no lo reflejan, planteamiento que si bien ameritaría discusiones en el ámbito puramente contable, particularmente cuando en el evento, esos mismos estados financieros incorporan una partida que lleva el nombre de "litigios", donde se registra un monto de \$2.337'581.000 para los años 2010 y 2011, por supuesto, en ese orden de cosas, que si la objeción al daño está en su

contabilización, solo aludiendo a esta anotación contable, ésta se caería de su propio peso, si en realidad contara con él.

6. Las excepciones propuestas por los demandados, esto es, las fundadas en que "no existió daño" ni "conducta culposa", tampoco "vínculo causal entre la conducta" de Fonseca Pacheco y Echeverri Campuzano, "culpa de un tercero" y "culpa de la víctima"; al igual que las de "inexigibilidad de la responsabilidad" del *de cuius* y sus sucesores hereditarios, "responsabilidad derivada de la adquisición indirecta del predio 'La Conquista' no es imputable a los demandados"; "inexistencia de la relación de causalidad y del daño", "culpa de la sociedad demandante" y "los contratos de adquisición de las acciones de Los Arces Group Corp podrían estar afectados de nulidad absoluta por objeto ilícito", formuladas por los herederos de Jorge Ernesto Ortiz Torres, y las de "inexistencia del daño", "la indeterminación de la decisión implica que no es causa eficiente", "culpa exclusiva de la víctima", "daño atribuible a un tercero", y "requisitos para aprobar la acción social de responsabilidad", formuladas por el demandado Roa Márquez, no están llamadas a la prosperidad.

6.1. Las que controvierten la responsabilidad, en sí mismas, en cuanto que, de acuerdo con lo elucidado hasta aquí, pierden de vista que si algo contribuyó eficientemente a que el daño para la sociedad se consumara, esto fue precisamente su manera de obrar; la culpa probada, condensada en la autorización de la junta directiva representaba el último cedazo por el que debía atravesar el proceso de adquisición de un bien, antes de su autorización, y la ausencia total de acciones de parte de los miembros de ese órgano societario en el comité de tierras, con miras a proteger los intereses de la sociedad, cuando se analizó la viabilidad de la operación; esto, obviamente, cargaba en hombros de sus miembros una mayor responsabilidad en la aprobación de cada negociación, y más aún en ese momento por el que atravesaba la entidad, en que, es bueno acentuarlo, luego de un proceso de acercamiento buscado por la firma que el año anterior habían contratado para que consiguiera un inversionista que le inyectara recursos al proyecto, Ecopetrol le había apostado a éste aportando una cifra

superior a los veinte mil millones de pesos para la compra de predios en ese objetivo, situación que, por supuesto, exigía de la junta directiva, ya en sus últimos días en su gestión, la mayor diligencia en ese tipo de decisiones.

Claramente, diligencia fue lo último en que repararon, pues sin siquiera verificar el sobredicho estudio de títulos, que, a decir verdad, era lo mínimo en que podían detenerse, prorrumpieron con la autorización de la compra, sin siquiera reparar en esos antecedentes de los que ya se hizo referencia en este fallo, situación que repele, sin muchos atisbos, una eventual culpa en la empresa, o bien en un tercero, pues la aprobación de la operación y la suscripción del documento de intención de compra, fue un punto de no retorno que sólo ellos, sabedores de las incidencias de la negociación, pudieron haber evitado.

Y siendo que probatoriamente no se estableció que Jorge Ernesto Ortiz Torres no estuvo en la susodicha reunión de la junta directiva, pues aunque al dar respuesta a la demanda sus herederos aportaron un concepto grafológico que desdecía de la autenticidad de la firma impresa en la misiva dirigida a la Cámara de Comercio en que éste aceptaba el cargo, es muy de notar, sin embargo, que en el proceso se realizó otra pericia al respecto por parte del grafólogo José del Carmen Romero Tinjacá (folios 1791 y siguientes del cuaderno 1, T. III), donde se concluyó que esa firma era atribuible al causante, desde luego que, ante esa evidencia, no queda más que estarse a las conclusiones que se expusieron respecto de su responsabilidad, sin que al efecto pueda atenderse la objeción que los sucesores de Ortiz Torres opusieron al concepto pericial, debatidas en la audiencia celebrada el 15 de enero de 2018, controversia que, de ninguna manera, autoriza denigrar del concepto pericial, cuya “solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad”, imperan adoptarlo como fuente de convicción (artículo 232 del Código General del Proceso).

6.2. Las excepciones que ponen en duda la realidad del daño, porque, como quedó explicado atrás, el detrimento patrimonial es algo que surge de aquello que la doctrina autorizada conoce la *res ipsa loquitur* [la cosa habla por sí misma], aplicado en

eventualidades como la de ahora por la jurisprudencia, pues, a la verdad, no hay que ir muy lejos para saber que el detrimento que en su patrimonio padeció Bioenergy por causa de la omisión de su junta directiva, se obtiene del resultado de una operación aritmética simple, esto es, de restar del valor pagado por el predio, es decir, por la totalidad de las acciones de la sociedad Los Arces Group Corp., pues esa fue la forma que concibieron para adquirirlo, el precio que tendría el área realmente recibida, esto es, las 549 Has + 3.628,67 mts² que según el topógrafo que hizo la mensura del predio en enero de 2009, tiene éste verdaderamente. Por supuesto, si lo adquirido fue el 100% de las acciones de la prenombrada sociedad, representadas exclusivamente en el susodicho inmueble, al reducirse la extensión de éste obviamente el daño es directamente proporcional al número de acciones compradas y, por contera, el valor de las hectáreas de tierra que no fueron entregadas comportará el perjuicio irrogado.

Siendo ello así, el precio por hectárea debe calcularse tomando como base el área que según el título de adquisición, compró la sociedad panameña a Inversiones Montaña Toro S.en.C, Montor, esto es, 841 Has, no como lo propone la demandante, pues así se tenga que esa área se ofertó en las 900 Has que dice el documento del folio 10, o que se ponderó en el comité de tierras en 857 Has, lo cierto es que, al adquirir el paquete accionario de Los Arces Group Corp, habiendo mediado ese compromiso de *due diligence* de que se habló en la negociación, debe estarse a ese valor señalado en el instrumento, que aun cuando es de una fecha posterior, se remite al área reportada en la escritura de 1994, por la cual el vendedor adquirió el bien, que ciertamente son esas 841 Has mencionadas.

El resultado de la resta arroja un total de 291 Has + 371,33 mts², que son las que hacen falta para completar el total de hectáreas adquirido por la demandante al hacerse al total de las acciones de Los Arces Group Corp, de tal suerte que si cada hectárea, divididos los \$6.000'000.000 que se pagaron por cuenta de la negociación, entre las 841 hectáreas, tiene un valor de \$7'134.363,85, el monto a que asciende el detrimento patrimonial de Bioenergy sumaría \$1.935'766.094, cifra por la que,

de acuerdo con lo elucidado hasta acá, se condenará a los demandados, la cual deberán pagar en forma actualizada y solidariamente.

6.3. La que aduce la nulidad de la negociación, dado ese propósito malsano que describen los herederos de Ortiz Torres, de no honrar las cargas tributarias que la venta imponía a los protagonistas del acuerdo, porque no se dan las condiciones para proveer al respecto, desde luego que si tal posibilidad solo tiene cabida cuando al proceso han concurrido quienes fueron partícipes del acuerdo de voluntades del que se deducen efectos jurídicos en el litigio, es ostensible que no habiéndose citado a todos los contratantes al pleito, dicha opción está cerrada.

7. Quedan por examinar las excepciones de prescripción y la denominada prejudicialidad.

La prejudicialidad -de la que nada dice en sede del recurso Roa Márquez-, es obvio, no tiene cabida, pues los resultados del proceso penal que pudo haber surgido a raíz de la querrela que se impetró contra el vendedor por aprovecharse, supuestamente, del error ajeno, es indiferente para los propósitos de este proceso, donde la acción de responsabilidad deducida de los administradores de la demandante debe solventarse analizando la conducta que asumieron esos administradores frente a la ley y los estatutos de la sociedad, independientemente de cuánto ocurra con la reclamación que se le hace a Montañó Ferrer allá, de tal manera que lo que se diga en la sobredicha actuación penal no es determinante en esta averiguación.

Y la prescripción, porque no habiéndose promovido en el proceso esa acción contractual derivada del acuerdo de indemnidad que suscribieron la filial de Ecopetrol, Andean Chemical Ltd. con los promotores del proyecto, esto es, los accionistas de Bioenergy para el momento en que la negociación se concretó, por cuya prescripción aboga la excepción, fundamentándose en que transcurrieron tres años desde la suscripción del acuerdo de indemnidad al momento en que el demandado Roa Márquez se notificó del

auto admisorio de la demanda, es imposible predicar prescripción de la acción de responsabilidad ejercida por la sociedad contra sus administradores, cuyo fundamento, de acuerdo con lo apuntado desde un comienzo, está en lo dispuesto por el precepto 200 del Código de Comercio, previsión que fue modificada por el artículo 25 de la Ley 222 de 1995, cuerpo normativo que si bien establece una forma de extinción de ese género de acciones por el paso del tiempo, no habla precisamente de caducidad, sino de prescripción, como bien se lee en el artículo 235 de dicho cuerpo normativo, con arreglo al cual “[l]as acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación de lo previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en la ley, **prescribirán** en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa” (el subrayado y resaltado no es del texto).

La defensa es consciente de su extravío a proponer la excepción y por ello intenta vanamente ubicar su argumento impugnativo en el ámbito de la caducidad, que no requiere, como sí acaece con la prescripción por mandato expreso del artículo 2513 del Código Civil, ser alegada; y no de cualquier forma, lo ha dicho reiterativamente la jurisprudencia, así que, sin más miramientos, la defensa debe desecharse.

Al desplegar sus excepciones, este demandado cuestionó la legitimidad de la acción por no ver cumplidas las exigencias que, previamente a su ejercicio, debió agotar el máximo órgano de gobierno de la demandante; mas, revisados los pormenores de esas actuaciones previas, no observa el Tribunal omisiones que autoricen denigrar de la idoneidad de la decisión que dispuso ejercitar la acción de responsabilidad ventilada en el proceso.

8. La sentencia apelada, habrá de ser revocada para, en su lugar, declarar imprósperas las excepciones propuestas por los demandados y acceder a las súplicas de la demanda, decisión que irá acompañada con la condigna imposición en costas.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001-3103-019-2013-00397-03](#)

Tema: la opción de compra / mercado de valores / la banca de inversión / información privilegiada en el mercado de valores / deberes de reserva de información y no competencia / indebida utilización de información privilegiada de acciones

ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA REFORMA Y LOS HECHOS.-

El convocante pide declarar que los enjuiciados obraron dolosamente con miras a obtener el fracaso o frustración del ejercicio de la opción de compra extendida por la compañía 'Spie Capag Jersey' sobre unas acciones en Transgas de Occidente S.A.; en consecuencia, solicita condenarlos a resarcir el daño emergente -estimado en \$500'000.000-, y los perjuicios inmateriales -en la modalidad y cuantía razonablemente determinados por el juzgador-.

Sustentó sus súplicas así:

A través de Inversora Arlloz Ltda., fungió como accionista o socio fundador de Transgas desde su origen (16 de febrero de 1995); al comenzar el año 2002 conservó algunas acciones de la compañía para poder recuperar su participación primigenia en ella (5%), mediante el ejercicio del derecho de preferencia conferido estatutariamente.

Entre enero de 2002 y febrero de 2003, otros accionistas de Transgas (Gasorient S.A. ESP, Fluor Daniel, Ismocol S.A. y Spie Capag Jersey) le confirieron sendas opciones de compra sobre sus respectivas participaciones, a un precio que le permitiría conservar el 50% de las acciones opcionadas y revender las demás a un mayor valor (entre 1,10 y 1,15 USD o dólares americanos), que proyectaría una tasa de descuento cercana al 15%, suficiente para financiar toda la operación y asegurarle a la postre cuantiosas ganancias.

Con el fin de llevar dichas transacciones a buen puerto buscó el apoyo de expertos. En enero de 2002 le informó a Luis Carlos Valenzuela Delgado las posibilidades del negocio con Gasorient; en mayo siguiente contrató con la firma de abogados 'Zuleta, Garrido, Araque, Suárez & Jaramillo', la

elaboración de un *Due Diligence* alusivo al contrato BOMT1 ajustado entre Ecopetrol y Transgas sobre el gasoducto entre Mariquita y Cali; y en julio del mismo año contrató a Invercor S.A., banca de inversión encargada de evaluar y proyectar el negocio y conseguir los compradores para las acciones en reventa.

También ajustó con Invercor un acuerdo de confidencialidad y no competencia, y en las instalaciones de esta última entidad se implementó un cuarto de datos (*Data Room*) para permitir la revisión de los informes de *Due Diligence*, planeación tributaria y proyección de Transgas -entre otros documentos- por parte de los futuros compradores, claro está, bajo compromisos de reserva y con estrictos parámetros de seguridad.

A principios de octubre de 2002 se reunió con los socios de Sumatoria S.A. -los enjuiciados Luis Carlos Valenzuela Delgado y Luis Fernando Ramírez Acuña, y el señor Felipe Riveira Herrera-, facilitándoles el borrador de la opción que Fluor Daniel le iba a conferir, y el memorando informativo (*infomemo*) de Transgas, para que estudiaran las condiciones de esa específica negociación. El 4 de diciembre siguiente, varios funcionarios de Sumatoria ingresaron al cuarto de datos, previa suscripción del pacto de confidencialidad y no competencia, e Invercor les permitió acceder al *Due Diligence* jurídico, al estudio de planeación tributaria, al *infomemo* de Transgas y a un modelo de proyección de la misma compañía.

Entre el 17 y el 21 de febrero de 2003, el gestor le comunicó a Álvaro Hernán Mejía (presidente de Correval) y los socios de Sumatoria que había logrado concretar la negociación con Fluor Daniel, y tanto Ismocol como Spie Capag le dieron opciones de compra en condiciones similares, sobre sus respectivos paquetes accionarios.

Para gestionar la opción concedida por Spie Capag y conseguir potenciales inversionistas, contactó a Alfonso Linares Porto, estructurador financiero con corresponsalía de bancos extranjeros, en abril de 2003, quien también se sometió al acuerdo de confidencialidad y recibió el *infomemo* de Transgas. Poco tiempo después, Linares le informó que, a través de un conocido, entró en contactos con Rodolfo Müller Vásquez, agente para transacciones de hidrocarburos de David Seinjet Neirus. Linares, su “conocido” y Müller aceptaron repartirse la comisión de éxito que les ofrecía el gestor, uniendo esfuerzos para lograr que Seinjet comprara las acciones.

Müller fue delegado por Seinjet para entablar conversaciones con Linares, arribó a Cali el 25 de abril de 2003, revisó la información y signó los respectivos contratos de confidencialidad y no competencia. En las pláticas quedó planteado que Seinjet pagaría USD 1,25 por cada acción, requiriendo un componente accionario no inferior al 10% de Transgas. El convocante ofreció un porcentaje inicial de 1,5%, que permitiría ejercer la opción de Spie Capag, comprometiéndose a completar un total del 7% con los remanentes de las demás opciones (Fluor Daniel e Ismocol). Müller comunicó que Seinjet tomaría una decisión entre el 16 y el 20 de mayo de 2003.

Ante el silencio de Seinjet, Linares le precisó a Müller que el negocio debía quedar definido el 23 de mayo de 2003, y los fondos deberían estar disponibles el día 27 siguiente.

Sorpresivamente, en la primera de esas fechas, Müller informó que Seinjet sólo pagaría USD 0,72 por acción, argumentando que otras acciones de Transgas se estaban negociando a un precio inferior, y que luego le formalizarían la nueva oferta, lo cual nunca ocurrió.

El 27 de mayo de 2003, se reunió en Bogotá con el secretario general de Spie Capag -Gilles Durand-, expresándole que estaba en ciernes de obtener un empréstito con un banco extranjero (Maple Bank) para ejercer la opción y que, para ello, necesitaría extender el plazo unos días, hasta el 3 de junio siguiente. Durand no aceptó y, en cambio, le sugirió declinar la

opción, proponiéndole reunirse en París entre los 20 y los 45 días siguientes a la abdicación, para estudiar las bases de una nueva negociación.

A las 10:30 a.m. del 29 de mayo de 2003, de buena fe, Lloreda remitió un fax a Spie Capag, renunciando a la opción.

Más tarde, ese día, Spie Capag concretó la transferencia de las acciones a Portgas S.A. y Gasolar S.A., sociedades que habían sido constituidas en enero de 2003 por los socios de Sumatoria (Valenzuela, Ramírez y Riveira), con un capital de \$1'000.000 cada una. Simultáneamente y con “desfachatez”, las juntas directivas de esas sociedades cambiaron: Seinjet fue designado como miembro principal, mientras Valenzuela, Ramírez y Riveira dejaron de ser administradores.

En sentir del demandante, Seinjet negociaba directamente con los representantes de Spie Capag y obtuvo datos sobre la opción en comento, gracias a la “información privilegiada” conocida por Sumatoria y sus socios, quienes obraron con el propósito de “quedarse con la opción [...] sobre las acciones de Spie Capag” y “no respetar los compromisos” de confidencialidad y no competencia; así, todos ellos ‘coludieron’ en su contra, excluyéndolo del negocio y lucrándose a expensas de su conocimiento, información y talento.

B. LA RÉPLICA.-

1. Los señores Ramírez Acuña y Valenzuela Delgado, al igual que Sumatoria S.A. y Gasolar S.A.S., arguyeron que el demandante “no tuvo la capacidad económica para cumplir la opción de compra que le concedió Spie Capag y suscribió la opción a sabiendas de no tener cómo cumplir con recursos propios, buscando el cierre del negocio con la reventa a mayor valor”, precisando que se trata de “un empresario de gran trayectoria y un hábil hombre de negocios”, de modo que resulta inverosímil su alegación según la cual “no pudo cerrar una ambiciosa operación bajo el falaz argumento de haber sido engañado”.

Expresaron, además, que ninguno de ellos fungió como asesor del convocante, “no realizaron actos orientados a que fracasara el ejercicio de la opción de compra que la

sociedad Spie Capag concedió a Armando Lloreda Zamorano y no se aprovecharon de ningún incumplimiento de Spie Capag ni contribuyeron a incumplimientos de esta compañía”, amén que “no conocían las características económicas de la opción otorgada por Spie Capag a Armando Lloreda”, cuyas condiciones económicas “demuestran que no compitieron con Lloreda para apoderarse del negocio por él diseñado”.

También esgrimieron las siguientes defensas: “la información suministrada a Sumatoria no era confidencial”, “el compromiso de confidencialidad suscrito por Sumatoria fue con Transgas y no con Lloreda”, “la información relativa a Transgas utilizada como base de análisis para tomar la decisión de adquirir las acciones vendidas por Spie Capag es de carácter público y no fue la suministrada por Lloreda”, “incongruencia entre los hechos y la única pretensión declarativa”, “de actos ilegales no surgen derechos, el negocio que se proponía el demandante con la opción de Spie Capag estaría viciado por objeto y causa ilícitos”, “falta de legitimación en la causa por activa”, “temeridad de la acción y abuso del derecho” y “no configuración de elementos constitutivos de responsabilidad civil en cabeza de los demandados”.

2. A su turno, David Seinjet Neirus y Portgas S.A. excepcionaron “carencia absoluta del derecho subjetivo”, “inexistencia de la solidaridad derivada del delito e ilegitimidad en la causa en la posición pasiva”, “ausencia de toda responsabilidad del señor David Seinjet y de la sociedad Portgas S.A.” y “temeridad y mala fe”.

3. Los convocados cimentaron esos medios defensivos en que Armando Lloreda contactó a Luis Carlos Valenzuela en el 2002 para obtener información del sector energético y, específicamente, sobre la inversión en acciones de Transgas, porque Gasorient le había conferido una opción de compra de su paquete accionario; además, el gestor contrató a su banquero de inversión (Invercor) y a la firma de abogados que elaboró el *Due Diligence*, con miras a bosquejar las condiciones de ejercicio de esa opción.

Pese a ello, ninguno de los enjuiciados podía impedir ni obstaculizar el ejercicio

de la opción otorgada por Spie Capag a Lloreda, quien renunció a ella por no haber recibido financiación del Maple Bank - entidad con la cual ni siquiera tenía línea de crédito aprobada-, ni de la banca nacional, ni del empresariado del Valle del Cauca, antes del 29 de mayo de 2003, día final para pagar el precio de las acciones (inicialmente fijado el 7 de ese mes y año).

En su calidad de miembro de la junta directiva de Transgas, Lloreda pretendía contactar en exclusiva a los accionistas minoritarios de esa compañía, adquirir sus participaciones a un precio módico (menos de USD 0,60 por acción) y revender parte de ellas por casi el doble (USD 1,10-1,15 por acción), modelo negocial que si bien le generó beneficios por las opciones concretadas -Fluor Daniel e Ismocol-, fracasó frente a las otras dos -Gasorient y Spie Capag. Ante tal situación, demandó a Spie Capag ante un tribunal arbitral internacional y denunció penalmente a las personas naturales enjuiciadas, sin obtener resultados favorables a sus intereses en ninguno de esos escenarios.

Por otro lado, Sumatoria obtuvo el *infomemo* de Transgas y el borrador de la opción de compra de Fluor Daniel en octubre de 2002, es decir, antes de la firma del pacto de confidencialidad por conducto de su representante legal (Felipe Riveira), y del otorgamiento de la opción de Spie Capag, razón por la cual esa información no tiene el carácter de privilegiada, carácter que tampoco ostentan el contrato BOMT entre Transgas y Ecopetrol -de libre acceso al público en atención a la naturaleza jurídica de esta última entidad-, y el *Due Diligence* que lo resume. Es más: la venta de las acciones de Spie Capag no tuvo ningún apoyo en los documentos del *Data Room*.

Además, Sumatoria no fue banquero de inversión de Lloreda, sino un potencial adquirente de acciones de Transgas, pues suscribió un acuerdo de confidencialidad distinto al ajustado entre aquel e Invercor; sus funcionarios ingresaron al cuarto de datos para saber las razones por las cuales el gestor pedía un valor por acción superior al que podía calcularse con base en la información pública de Transgas; y al solicitar ayuda crediticia a varios empresarios y bancos colombianos, Lloreda sólo presentó a Invercor como su banca de inversión, pasando por alto que la

posibilidad de revender acciones aumenta cuando la operación es respaldada por varios corredores o banqueros.

1. Colmados como están los presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio que invalide la actuación, procede dirimir el mérito de la controversia, precisándose que en la apelación el *ad quem* no tiene competencia plena o panorámica; por el contrario, está delimitada por los reproches de los recurrentes, lo que, por consiguiente, deja al margen del escrutinio cualquier cuestión que no hubiere suscitado reproche, ni esté íntimamente ligada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.). De ahí que, en el caso *sub júdice*, sólo se abordará el estudio de los aspectos combatidos por el apelante.

2. Como es sabido, nadie puede causar daño a otro injustamente *-neminem laedere-* y, si así lo hace, pesa sobre él la obligación de reparar integralmente a la víctima. Entonces, para buscar un pleno resarcimiento de los perjuicios irrogados, ésta tendrá la carga de acreditar, en tratándose de responsabilidad extracontractual, la conducta humana antijurídica, el daño en sí mismo considerado y la relación de causalidad entre estos dos elementos que se imputarán con observancia a un factor de atribución de dicha responsabilidad.

3. En el *sub lite*, Armando Lloreda Zamorano alegó que el extremo pasivo orquestó una serie de “maniobras dolosas” para frustrar el ejercicio de la opción de compra que le extendió Spie Capag sobre sus acciones en Transgas de Occidente S.A.: i) desatención de Sumatoria de los deberes de reserva de información y no competencia, siendo banquero de inversión del demandante; ii) recepción y utilización indebida de información privilegiada alusiva a las acciones de Transgas; iii) contacto directo con Spie Capag en vigencia de la opción conferida a Lloreda para adquirir su participación accionaria en Transgas, en virtud del cual reclamaron la negativa a prorrogar la opción, como también, conseguir que el gestor renunciara a ella.

Antes de abordar en detalle esos comportamientos, la Sala expondrá preliminarmente algunas nociones en torno a la negociación frustrada, el escenario en

ANÁLISIS DE LA SALA

el cual tuvo lugar, y la trascendencia de la información en ese específico contexto.

3.1 La opción de compra

El 7 de febrero de 2003, Spie Capag Jersey Ltd., sociedad domiciliada en la Bailía de Jersey² y regida por sus leyes, le otorgó a Armando Lloreda Zamorano una “**opción de compra**” exclusiva e irrevocable sobre las 4’517.395 acciones ordinarias de su propiedad en Transgas de Occidente, por un valor total de USD 2’650.000 (esto es, USD 0,5866 por cada acción), conviniéndose para su ejercicio un plazo de 90 días siguientes a aquella calenda (folios 22 a 28 del cuaderno 1 y 383 a 395 del cuaderno 1A), lapso que las partes asintieron ampliar hasta el 29 de mayo de 2003.

La opción de compra (*call option*) es una operación especial del mercado de valores que recae sobre derivados financieros, es decir, “instrumentos o contratos cuyo valor se deriva de la evolución de los precios de uno o más activos que se denominan activos subyacentes y cuyo cumplimiento y liquidación se realizan en un momento posterior a aquel en el cual se celebra el contrato” sobre obligaciones a plazo y/o condicionales”. Por su naturaleza, esas operaciones “son a mediano o largo plazo y están sujetas a las normas.

El numeral 1.2 de la Circular Externa 100 de 1995, expedida por la otrora Superintendencia Bancaria (hoy Financiera), y vigente para la época de la opción, prevé que “los derivados son operaciones financieras que se ejercen en un futuro, cuyas condiciones son determinadas por las partes que intervienen en ellas” y, por contera, “sin excepción, deberán formalizarse en un contrato o en una carta de compromiso debidamente suscrito que contenga en forma expresa, cuando menos los derechos y obligaciones que le atañen a cada una de las partes involucradas en la operación, así como las condiciones de modo, tiempo y lugar para su cumplimiento, refrendados por el (los) funcionario(s) autorizado(s) para el efecto”.

Las operaciones con derivados financieros pueden perseguir uno de los siguientes

propósitos: (i) la cobertura de la posición primaria en que se halle el interesado - activo, pasivo o contingencia- frente a los riesgos financieros, es decir, los movimientos adversos de los factores de mercado o crédito inherentes a aquella; (ii) la especulación u obtención de ganancias por eventuales movimientos del mercado, y (iii) el arbitraje, entendido como la combinación de compras y ventas de activos subyacentes en varios mercados con condiciones distintas, para generar utilidad a coste cero y evitar la asunción de riesgos.

En virtud de la opción de compra, “un grupo de accionistas adquiere el derecho de que otros se obliguen a vender sus acciones a un precio previamente determinado y en las condiciones previstas en el acuerdo. Se trata, en consecuencia, de una opción de compra que resulta obligatoria para quien la otorga”⁶. O en términos más sencillos: “el beneficiario obtiene el derecho de comprar, si lo desea, el activo en una fecha y a un precio predeterminados, y el concedente asume la obligación de hacer la venta correspondiente”.

Como la opción involucraba a dos accionistas de Transgas de Occidente, Spie Capag se comprometió con Lloreda a presentar la documentación necesaria para agotar el derecho de preferencia en la forma prevista en el artículo noveno de los estatutos respectivos, el cual dispone: “el accionista que desee vender sus acciones o parte de ellas deberá ofrecerlas primero a los demás accionistas por intermedio del gerente de la sociedad” (fl. 133, cdno. 1A).

Y en ejercicio de su autonomía privada, Spie Capag y Armando Lloreda convinieron que cualquiera de ellos podía solicitar discrecionalmente a su contraparte la terminación de la opción, si no llegaban a cumplirse en su totalidad las condiciones para el cierre, tales como la notificación del opcionado de su intención de ejercerla en la fecha de vencimiento o con anterioridad a ella, y la ratificación del emisor u opcionante de haber recibido el precio de compra.

3.2 Transgas de Occidente

De los interrogatorios de los contendientes, del testimonio de Álvaro Hernán Mejía y del *infomemo* elaborado por Invercor en 2002, emerge que Transgas es una

sociedad-proyecto, constituida en 1995 por los integrantes de la unión temporal TransCanada Pipeline Limited (TCPL), con el objeto de llevar a cabo la construcción, operación, mantenimiento y transferencia de un gasoducto entre Mariquita y Cali, según el contrato de servicio de transporte (CST o BOMT), ajustado en esta última anualidad con Ecopetrol.

Transgas fue concebida para ser la propietaria del gasoducto -diseñado por Fluor Daniel Inc., y construido por Spie Capag bajo supervisión de TCPL entre 1996 y 1997- y, al mismo tiempo, la encargada de su operación y mantenimiento, por un lapso de 20 años, es decir, hasta agosto de 2017, época en la cual estaba llamada a transferir su propiedad a Ecogas (cesionaria de los derechos y obligaciones de Ecopetrol en el contrato BOMT), en virtud de la opción estatuida en el prenotado negocio jurídico.

En 1995 emitió notas o bonos de deuda por USD 240'000.000, a través del *Bank of New York*, garantizadas por sus propiedades tangibles e intangibles, y por inversiones en títulos con alta calificación de riesgo crediticio (entre A y AAA), que fueron entregados en fiducia a la misma institución financiera. Siete años más tarde -junio de 2002-, una parte de la deuda (USD 40'000.000) fue titularizada en el mercado de valores de Colombia; esos títulos están inscritos en el Registro Nacional de Valores con la más alta calificación de riesgo (AAA).

Para la época de elaboración del *infomemo* (julio de 2002), tanto Spie Capag como Fluor Daniel tenían una participación accionaria en Transgas del 5% (10% entre las dos), y Armando Lloreda Zamorano fungía como accionista minoritario.

3.3 La banca de inversión

La doctrina la concibe como aquella entidad especializada “en obtener dinero u otros recursos financieros para que las empresas privadas o los gobiernos puedan realizar inversiones y llevar a cabo proyectos”, precisando que habitualmente ofrece también “servicios de consultoría para apoyar a las organizaciones en la consecución de recursos financieros, y entre sus principales actividades comercia en los mercados, gestiona salidas a bolsa,

apoya la emisión de bonos, organiza créditos sindicados, estructura *project finance* y gestiona fusiones y adquisiciones de grandes empresas”.

Precisamente en ejercicio del servicio de financiamiento estructurado de proyectos (*project finance*), la banca de inversión se caracteriza por ofrecer “asesoría financiera que orienta a sus clientes para el logro de objetivos estratégicos”; ser el canal de confluencia de “los proveedores y usuarios del capital”, y procurar “soluciones a sus clientes utilizando el mecanismo conocido como ‘ingeniería financiera’, la cual contempla el diseño, desarrollo y puesta en práctica de instrumentos y procesos financieros novedosos”.

De ahí que el ejercicio de dicha actividad exija “el manejo de amplia información sobre aspectos financieros, económicos, tributarios, jurídicos, ambientales, entre otros, ya que cualquiera de estas variantes puede afectar negativamente la implementación de una solución financiera”, lo cual le impone al banquero de inversión “ofrecer a su cliente una adecuada orientación y [...] presentar con claridad las ventajas y desventajas de una figura, para que la decisión sea realizada sobre una base objetiva y adecuada”.

3.4 Información privilegiada en el mercado de valores

El ordenamiento jurídico “tiende a garantizar la transparencia de los mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, objetivos que pretenden conseguirse sobre todo promoviendo la difusión de cuanta información sea necesaria”, de suerte que los participantes del mercado de valores requieren tener a su alcance canales adecuados de información veraz y suficiente, en aras de optimizar su derecho a la igualdad, evitar el favorecimiento de intereses particulares, promover una fijación de precios de valores basada en “una adecuada interacción de oferta y demanda, y no [en] una formación artificial o manipulada”, y tener “certeza acerca de la realidad económica y jurídica de los valores que allí se negocian, a fin de evaluar la pertinencia de llevar a cabo determinadas operaciones”.

Por supuesto, esos criterios de divulgación únicamente son aplicables a la información relevante y, en especial, la “operacional, financiera y de cumplimiento”, en tanto “conforma un sistema para posibilitar la dirección, ejecución y control de las operaciones”. Ello comporta que cada sociedad o compañía está llamada a clasificar y proteger adecuadamente su información, imprimiéndole seguridad en su acceso, modificación, reproducción, etc., máxime cuando participa en el mercado de valores.

El artículo 1.1.2.18 de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores, vigente para la época en que ocurrieron los hechos y actualmente derogada por el Decreto 2555 de 2010, dispone que “todo emisor de valores deberá divulgar, en forma veraz, clara, suficiente y oportuna al mercado, a través de la Superintendencia Financiera de Colombia, en la forma establecida en este capítulo, toda situación relacionada con él o su emisión que habría sido tenida en cuenta por un experto prudente y diligente al comprar, vender o conservar los valores del emisor o al momento de ejercer los derechos políticos inherentes a tales valores”.

Con apoyo en esa disposición, la doctrina ha incorporado en esa categoría genérica de información relevante y, por lo tanto, pasible de divulgación pública, “las decisiones relevantes que se adopten en las asambleas generales de accionistas, la iniciación de procesos judiciales o administrativos relevantes y las decisiones que se dicten en ellos que puedan afectar a la entidad de manera significativa, aun cuando no se encuentren en firme, los cambios en la situación de control del emisor, las reorganizaciones empresariales tales como fusiones, transformaciones, adquisiciones, escisiones, cesión de activos, pasivos y contratos o segregaciones, y la emisión de valores, bien sea en Colombia o en el exterior, los cambios en el valor nominal de las acciones, la división de acciones, los prepagos o redenciones anticipadas, cambios en los derechos de los tenedores de los valores, modificaciones a las calificaciones de riesgo del respectivo valor, modificaciones en los plazos u otras condiciones de los títulos; cancelación de la inscripción de los valores en bolsa o en el RNVE y demás eventos relevantes relacionados con la emisión respectiva”.

El adecuado manejo y flujo de la información en el mercado de valores, condujo al concepto de “**información privilegiada**”, cuyo uso indebido está proscrito por disposiciones administrativas y penales.

El artículo 75 de la Ley 45 de 1990, actualmente derogado por la Ley 964 de 2005, pero que se hallaba vigente para la época de los hechos (año 2003), concibe como privilegiada “aquella información de carácter concreto que no ha sido dada a conocer del público y que de haberlo sido la habría tenido en cuenta un inversionista medianamente diligente y prudente al negociar los respectivos valores”.

Tal definición la reprodujo el precepto 1.1.1.1 de la Resolución 1200 de 1995, emitida por la otrora Superintendencia de Valores, hoy Financiera, que también le imprimió ese talante a la información “que está sujeta a reserva así como la que no ha sido dada a conocer al público existiendo deber para ello”.

Con fundamento en las definiciones legales recién transcritas, la doctrina ha considerado que en la información privilegiada concurren los siguientes rasgos distintivos: i) **concreción**, en tanto versa sobre una circunstancia fáctica ya consumada, o que razonablemente pueda esperarse que se produzca en el ámbito del mercado de valores, atribuible a uno o varios de sus participantes y atinente a un instrumento financiero o valor negociable; ii) **ausencia de publicidad**, es decir, no haber sido sometida a un mecanismo adecuado para su divulgación y conocimiento entre los partícipes del mercado; y iii) en la hipótesis de haberse conocido, **relevancia** o capacidad de generar respuesta en el mercado, esto es, influencia decisoria para un inversionista razonable, aquel que examina con cuidado los aspectos económicos y jurídicos que puedan afectar los valores a negociar.

4. A la luz de los lineamientos anteriores, el Tribunal examinará cada una de las “maniobras dolosas” que, según el censor, le habrían impedido ejercer la opción de compra sobre las acciones de Spie Capag en Transgas, forzándolo a renunciar a ella.

Claro, con el aludido propósito, también examinará si la abdicación de la opción

obedeció o no a la carencia de recursos económicos de Lloreda para ejercerla.

4.1 La actividad de Sumatoria y la pregonada desatención de deberes de reserva de información y no competencia

Al absolver sus interrogatorios, los señores Lloreda Zamorano y Riveira Herrera (representante legal de Sumatoria S.A.), manifestaron al unísono que en **octubre de 2002**, Lloreda contactó a Sumatoria para que le ayudara a conseguir potenciales adquirentes de las acciones de Fluor Daniel en Transgas, facilitándole todos los detalles con la entrega del borrador de la opción de compra que le iba a extender Fluor Daniel, “al igual que un *infomemo* que se los entregué antes de que hubieran firmado los acuerdos de confidencialidad, porque era un tema de completa confianza” (minutos 23:54 a 24:26 de la grabación de la audiencia de 12 de abril de 2018, folio 9 del cuaderno 12).

El **4 de diciembre de 2002**, Riveira firmó el pacto de confidencialidad por cuya virtud los funcionarios de Sumatoria podrían ingresar al cuarto de datos preparado por Invercor, ya mediados del mismomes, Valenzuela Delgado le informó a Lloreda que sólo había podido conseguir un potencial adquirente - Sociedad Portuaria de Barranquilla-, cuya oferta era de USD0,72 por acción. Lloreda consideró insatisfactoria esa propuesta porque quería revender cada acción de Fluor Daniel a USD 1,15 y, por ende, “**hasta ahí llegó esa relación**” (folios 297 a 308,350 y 351, cdno. 1B; minutos 2:24:00 a 2:25:45 de la grabación de la audiencia de 12 de abril de 2018).

Lloreda también manifestó que el 14 de febrero de 2003 pudo ejecutarla opción conferida por FluorDaniel “**con la ayuda de Invercor banca de inversión**”, empresa que le “**venía asistiendo en la posible negociación de acciones con Gasorient**”(la cual no prosperó) y que, además, “**coadyuvó en el ejercicio de Ismocol**”,cuyas acciones en Transgas adquirió el 30 de abril de 2003.

Y en su misiva de 16 de mayo siguiente, Lloreda le comunicó a varios empresarios del Valle del Cauca (Alfredo Carvajal Sinisterra, Álvaro José Correa Borrero, Henry Eder Caicedo, Jorge Herrera Barona y Alberto Losada Torres) que las acciones que pudo adquirir de Transgas fueron

“fruto de un cuidadoso trabajo de banca de inversión, en el cual me ha colaborado la firma Invercor de Bogotá” (fls. 454 y 455, cdno. 1A).

Además, el laudo arbitral emitido el 17 de noviembre de 2014 por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), a efectos de dirimirla controversia suscitada entre Lloreda y Spie Capag, estatuyó en sus consideraciones que el aquí demandante **“admitió que durante la reunión llevada a cabo en octubre de 2002, Lloreda les había dado a los gerentes de Sumatoria todos los detalles de una opción que estaba negociando con Fluor, otro accionista de Transgas. Lloreda les había entregado a los gerentes de Sumatoria una copia de la opción propuesta de Fluor y solicitó que encontrarán compradores para esas acciones”**.

De las aludidas probanzas emerge sin asomo de duda que, aún teniendo por cierta la existencia de un vínculo de banca de inversión entre Lloreda y Sumatoria -de naturaleza verbal, según lo aseveró el convocante-, éste sólo abarcó la negociación de Fluor Daniel, cuestión completamente distinta al objeto del litigio: la opción de compra extendida por Spie Capag.

Además, Sumatoria no tenía ninguna obligación de reserva de información y no competencia con Lloreda, respecto al *infomemo* elaborado por Invercor en julio de 2002, y el borrador de la opción de Fluor Daniel, porque esos documentos los recibió dos meses antes de que su representante legal firmara acuerdos de confidencialidad con Transgas de Occidente.

4.2 La presunta recepción y utilización indebida de información privilegiada alusiva a las acciones de Transgas

4.2.1 No hay manera de endilgarle a los enjuiciados una maniobra dolosa derivada de la recepción y la alegada utilización del borrador de la opción de Fluor Daniel y del *infomemo* de Transgas elaborado por Invercor, porque Sumatoria recibió esas piezas antes de la suscripción del acuerdo de confidencialidad con Transgas de Occidente y su anexo de acceso al cuarto de datos.

Ciertamente, el 4 de diciembre de 2002, Riveira Herrera, en nombre de Sumatoria, suscribió con Transgas un acuerdo de confidencialidad como “potencial adquirente” de unas acciones de esa compañía, cuya cláusula primera es del siguiente tenor: **“no se entenderá como información confidencial: (a) información que se encuentre en poder del potencial adquirente previo a la suscripción de este acuerdo, (b) información que sea obtenida por el potencial adquirente por intermedio de cualquier persona distinta al accionista [es decir, Armando Lloreda Zamorano, se aclara], o (c) información que sea pública o que se vuelva pública con posterioridad a la firma de este acuerdo”** (folios 60 a 64).

En la misma fecha, Riveira Herrera signó el Anexo A, intitulado “acuerdo de confidencialidad – acceso *data-room*”, donde aceptó y reconoció haber leído el contrato de confidencialidad entre Lloreda e Invercor (“asesor” o banquero de inversión), como también, sus términos y condiciones, obligándose a mantener bajo reserva y darle tratamiento confidencial a toda la información que reciba de Invercor, de manera directa o por el cuarto de datos, **“en los mismos términos y condiciones que se estipulan bajo el contrato”** (fl. 66, cdno. 1).

Al respecto, conviene advertir que según la cláusula sexta del pacto de confidencialidad entre Lloreda (accionista) e Invercor (asesor), emitido el 24 de julio de 2002, “se exceptúa del presente contrato, y por lo tanto no será considerada como información confidencial: [...] (iii) **información conocida por las partes antes de ser revelada bajo este contrato, sin que la misma estuviese sujeta a ninguna obligación de confidencialidad”** (fl. 52 del mismo cuaderno).

En ese orden de ideas, ni el *infomemo* ni el borrador eran información confidencial, y mucho menos privilegiada, porque respecto de ellos no hubo ausencia de publicidad, en la medida que el señor Lloreda Zamorano, *motu proprio*, la divulgó a Sumatoria y sus socios, partícipes en el mercado de valores, sin hacer ninguna admonición o precaución preliminar.

Siendo así las cosas, ninguna eficacia podía tener el párrafo de la nota aclaratoria del *infomemo*, según el cual, “este documento

y todo el material que incluye o que el potencial inversionista pueda conocer de parte del asesor [Invercor] o del cliente [Lloreda], será considerada de manera privada y confidencial dentro de lo establecido en el acuerdo de confidencialidad”, porque ni Sumatoria, ni los demás demandados, habían ajustado convenio de semejante naturaleza con Invercor, ni con Transgas, ni con Armando Lloreda Zamorano. Entonces, también carece de trascendencia que el prenotado documento haya sido preparado con base en “información pública disponible”, y también, en la “suministrada al asesor por el cliente”.

Es del caso advertir que en el *infomemo* visible de folios 92 a 125 del cuaderno 1A, constan los datos generales sobre el gasoducto (extensión, estructura, capacidad, tiempo de construcción), la composición accionaria de Transgas, su administración -junta directiva, presidente, representante legal y revisor fiscal-, su importancia en el sector energético nacional, los rasgos generales del contrato de servicio de transporte o BOMT, la tarifa y sus componentes, la emisión de deuda y su titularización en el mercado de valores colombiano, las obligaciones y acuerdos de los accionistas, balances generales, estado de resultados, las proyecciones financieras desde julio de 2002 hasta el año 2017 (supuestos macroeconómicos, cálculo de tarifa, ingresos netos, proyección de contratos, pérdida por diferencia en cambio, utilidades netas, flujo de dividendos y devolución de capital), la exposición de las razones para invertir en Transgas y unos comentarios finales.

4.2.2 El convocante también afirmó que hubo un uso indebido de la noticia comunicada verbalmente por Lloreda a Sumatoria, sobre la emisión de opciones de compra de Ismocol y Spie Capag; de la información entregada también de manera verbal por funcionarios de Invercor en algunas reuniones; del *Due Diligence* jurídico elaborado por la firma de abogados ‘Zuleta, Garrido, Araque, Suárez & Jaramillo’, y de los estados financieros de Transgas de los años 2002 y 2003, que en su sentir, son reservados.

El testigo Jorge Eduardo Soto Pareja, vicepresidente de Invercor, la banca de inversión que asesoró a Armando Lloreda en las opciones de compra de Gasoriente,

Fluor Daniel e Ismocol, expresó haber sostenido con funcionarios de Sumatoria “conversaciones y reuniones en las que les expliqué nuestro modelo, fuimos, digamos, lo recorrimos detalladamente cuáles eran todos los supuestos que estábamos utilizando”, precisando que además de la información contenida en el cuarto de datos, “asumo que les dije cosas verbalmente, pero... sí, mejor dicho, adicionalmente sí les di información verbal” (minutos 2:01:55 a 2:02:26 de la grabación de la audiencia de 16 de noviembre de 2017; disco visible a folio 538 del cuaderno 1E).

Sin embargo, como ninguna prueba hay de la información que el deponente habría suministrado verbalmente a Sumatoria en esas reuniones, resulta imposible establecer si aquella reúne o no los elementos propios de la información privilegiada (concreción, ausencia de publicidad y relevancia o aptitud para generar respuesta en el mercado, en caso de haber sido conocida por quienes en él participan), conclusión predicable, además, respecto a la noticia dada por Lloreda sobre las opciones de compra que le otorgaron Ismocol y Spie Capag, y al *Due Diligence* jurídico, cuyo documento contentivo ni siquiera fue incorporado al expediente.

Ahora, contrario a lo aseverado por el inconforme, los estados financieros de Transgas de los años 2002 y 2003 son de acceso público porque esa sociedad emitió valores en el mercado de los Estados Unidos de América y en el de Colombia; así consta en el *infomemo* elaborado por Invercor, y lo explicaron con suficiencia en sus declaraciones los señores Valenzuela Delgado, Ramírez Acuña y Seinjet Neirus, como también, el testigo Álvaro Hernán Mejía. Entonces, tales datos son catalogables como información relevante al tenor de la normatividad vigente para la época de los hechos (canon 1.1.2.18 de la Resolución 400 de 1995 de la Superintendencia de Valores). Ello explica que la valoración de acciones de Transgas, efectuada por Sumatoria con el método de “valor intrínseco” (división del patrimonio por el número de acciones), tome como base información relevante y eminentemente pública, como los estados financieros, los balances de la compañía, datos reportados en la Superintendencia de Sociedades y revistas sobre asuntos

económicos, según lo manifestaron Valenzuela Delgado y Seinjet Neirus.

4.3 El contacto directo durante la vigencia de la opción conferida a Lloreda, entre los demandados y Spie Capag

El convocante alegó que entre abril y mayo de 2003, el demandado David Seinjet Neirus contactó a Gilles Durand, secretario general de Spie Capag, encomendándole que se abstuviera de prorrogar el plazo de la opción de compra conferida a Armando Lloreda Zamorano, forzara su declinación por parte de éste y así pudiera entablar libremente negociaciones sobre su participación accionaria en Transgas.

Cumple advertir que el párrafo 4 de la opción en comento estatuye que, durante su vigencia, Spie Capag “no concederá opciones, garantías, derechos, llamadas [el vocablo *calls* ha de entenderse como opciones de compra], compromisos, derechos de conversión, derechos de intercambio, planes u otros acuerdos de cualquier carácter que proporcionen la venta de las acciones”.

Pues bien, el laudo arbitral internacional de la CCI concluyó que Spie Capag no incumplió las obligaciones emanadas de la opción de compra, en tanto esa estipulación no le impedía **“de manera alguna tener conversaciones sobre una posible transacción en relación con las acciones mientras que la Carta Compromiso [la opción de compra, se aclara] estaba pendiente”** (numeral 593).

Dicho de otro modo: aunque Spie Capag y Lloreda se comprometieron “a mantener la confidencialidad de los términos y condiciones de esta opción de compra”, salvo requerimiento de tipo administrativo o judicial, a la opcionante no le estaba vedado recibir comunicaciones de terceras personas, y mucho menos, informarles a ellas sobre la mera existencia de la opción, porque como lo explicaron los señores Valenzuela Delgado y Seinjet Neirus, a Spie Capag le interesaba vender sus acciones en Transgas, claro está, respetando la opción con derecho de preferencia.

Tanto David Seinjet como Felipe Riveira, representante legal de Sumatoria, afirmaron en sus interrogatorios que la toma de contacto con Gilles Durand la

llevó a cabo un intermediario (Catherine o Natalie Wajsman, del Groupe Opportunité), sin que ninguno de ellos hubiera dado detalles de los términos y condiciones de la opción de compra, aspecto sobre el cual tampoco se acreditó divulgación alguna entre los intermediarios Alfredo Linares Porto (Armando Lloreda), Rodolfo Müller (David Seinjet), y Gilberto Gaviria (conocido común de Linares y Müller), quienes habían convenido una comisión de éxito por llevar a buen puerto la negociación.

En esas condiciones, al demandante le incumbía acreditar que en esa comunicación o toma de contacto, los convocados o alguno de sus intermediarios le encargaron a Durand no prorrogar el plazo de la opción de compra conferida a Lloreda, así como obtener su terminación o declinación por parte del opcionado, propósito para el cual sus aseveraciones son insuficientes, en la medida que a nadie le es dado hacer de su dicho su propia prueba.

Recuérdese que “una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones, [pues] 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 se haya dicho que es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba”¹⁴.

Por lo demás, ninguna prueba fue aportada con miras a desvirtuar la buena fe predicable, en línea de principio, en torno a la constitución de las sociedades Portgas S.A. y Gasolar S.A. (llevada a cabo mediante escrituras públicas 245 y 246 de 21 de enero de 2003, otorgadas en la Notaría Sexta de esta ciudad, con la participación de Valenzuela Delgado, Ramírez Acuña, los hermanos Felipe y Camilo Riveira Herrera y Liliana Vergara García), y su incremento de capital, todo lo cual obedeció, según Seinjet y Riveira, a la intención de formular una oferta para adquirir las acciones de Fluor Daniel en Transgas, en caso de que Lloreda no llegase a ejecutar la opción a él conferida.

Los reproches sobre la presunta falta de autorización de la junta directiva de

Gasolar a su gerente para consumir la compra de las acciones de Spie Capag, y las supuestas irregularidades en la convocatoria a la asamblea de accionistas de Portgas y de Gasolar, esgrimidos apenas en sede de alzada, resultan inatendibles por cuanto al gestor no le es permitido tratar de cambiar la plana inicial contenida en la demanda, en virtud del principio de congruencia inherente al procedimiento civil. Y es que “la argumentación *ex novo*, comportaría un desconocimiento de los deberes de lealtad si se permitiera su invocación sorpresiva, repentina, ‘a manera de as guardado bajo la manga que se pone en juego cuando todo parece perdido’.

4.4 La opción de compra finalizó por falta de recursos económicos de Armando Lloreda Zamorano para ejercerla

En tal sentido no sólo coinciden los demandados en sus declaraciones, sino también, el laudo arbitral emitido por la CCI, según el cual, Lloreda “**no tenía fondos suficientes para pagar el precio de compra el 29 de mayo de 2003**” (numeral 661 y ss.), así como las declaraciones rendidas por Alfonso Linares Porto (intermediario de Lloreda) y William Robert Galatiuk (representante legal de Transgas), dentro de la investigación penal promovida con ocasión de la denuncia instaurada por el aquí apelante contra los señores Valenzuela Delgado, Ramírez Acuña, Seinjet Neirus y Riveira Herrera.

De hecho, cuando se le preguntó a Lloreda si había declinado voluntariamente la opción porque “no contaba con recursos para poder pagar las acciones el día 29 de mayo de 2003”, él contestó: “**Es cierto, y de la misma manera es cierto que se quedó con el señor Durand de volvernos a reunir para renegociar la opción a mitad de junio**” (minutos 43:12 y siguientes de la grabación de la audiencia de 12 de abril de 2018).

La falta de solvencia de Armando Lloreda para ejecutar la opción, explica a las claras que el 16 de mayo de 2003, le hubiera solicitado crédito a los empresarios Alfredo Carvajal Sinisterra, Álvaro José Correa Borrero, Henry Eder Caicedo, Jorge Herrera Barona y Alberto Losada Torres (fls. 454 y 455, cdno. 1A); que el 23 de mayo siguiente hiciera lo propio con el

Banco Colpatria (fls. 457 y 458 del mismo cuaderno); que en esa misma fecha, Maple Trade Finance Corp. le hiciera una propuesta condicional de concesión de financiación (fls. 152 a 157, 158 a 161, cdno. 1, y 448 a 453, cdno. 1A), y que el 26 de mayo del mismo año, intentara la gestión de sendas líneas de crédito con Harold Böhmer y Giros y Finanzas S.A. (fls. 460 y 462).

Pero es que, además, la Cámara de Comercio Internacional concluyó en su laudo arbitral que Spie Capag no estaba obligada a otorgar otra extensión de la opción a Lloreda, a quien le asistía el incuestionable derecho de pagar el precio de compra a la fecha de cierre modificada (29 de mayo de 2003), lo cual no fue posible porque “**no tenía los fondos para pagar**” dicha prestación, situación en la cual Spie Capag se vio abocada a ejercer su legítima prerrogativa de solicitarle a Lloreda la terminación de la opción, lo cual fue aceptado por éste (numerales 598 a 601).

Y en la misiva de terminación de la opción, visible a folios 31 del cuaderno 1 (inglés) y 397 del cuaderno 1A (traducción al español), nada se dijo acerca de la pregonada renegociación convenida entre Lloreda y Durand para junio de 2003.

Sobre el particular también se pronunció la CCI en el evocado laudo arbitral, a cuyo tenor, Spie Capag no prometió “que Lloreda tenía el derecho de negociar exclusivamente” con ella “a mediados de junio de 2003”, de modo que dicha compañía podía vender sus acciones en Transgas a quien quisiera negociar con ella (numeral 559).

5. En resumidas cuentas, el acervo demostrativo de cuya indebida valoración se duele la censura, no da cuenta de ninguno de los hechos antijurídicos y dañosos atribuidos a los demandados, lo cual impide acoger las súplicas resarcitorias, porque “siempre será necesaria una conducta en la producción del daño por parte del demandado para que éste pueda ser responsable” civilmente y, por ende, “sin que haya una conducta activa u omisiva de por medio es impensable atribuir responsabilidad” de esa índole, “pues es ella la que produce una mutación en el mundo exterior, cuyo efecto

final es el que lesiona los intereses de la víctima”.

6. Ante el fracaso de los reparos izados al fallo opugnado, éste será ratificado, por los

motivos antes esbozados, con la condigna condena en costas al recurrente (C.G.P., art. 365).

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

RADICADO: [11001-3103-041-2016-00476-01](#)

TEMA: "OPERACIONES REPORTO O REPO" / CONTRATO ATÍPICO

ANTECEDENTES

1. Pretensiones y sustento fáctico.

ADCAP COLOMBIA S.A. y AVINSAS S.A.S. piden declarar que el convocado incumplió el contrato de comisión ajustado con la primera sociedad en mención, para realizar una operación “repo” sobre acciones de Interbolsa; y, en consecuencia, condenarlo a pagar a aquellas, en su orden, \$17’667.062.00 y \$205’401.986.00 por gastos, expensas y perjuicios, más intereses de mora desde el 11 de noviembre de 2012 hasta la fecha de su cancelación.

Sustentan tales súplicas, en síntesis, así:

a. ACAPC COLOMBIA S.A. es una sociedad comisionista de bolsa, dedicada a la intermediación en el mercado bursátil. A ella se vinculó como cliente el señor Uribe Cajiao (experto en mercado de valores), el día 12 de septiembre de 2011, manifestando estar dispuesto a asumir riesgos y ser ubicado en el perfil de “riesgo de ‘especulación’”.

b. El 18 de julio de 2012, el prenombrado comitente suscribió una carta de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra sobre acciones y/o valores de renta variable, autorizando a la actora a realizar por cuenta suya y respecto de los valores administrados por ésta última “operaciones repo” sobre acciones de Interbolsa S.A.

c. En virtud de ese encargo, el comitente adquirió el compromiso de vender los valores en la operación inicial, aceptar el usufructo de ellos, pagar el valor de recompra de las acciones materia de la operación y readquirir la propiedad de las mismas, en el evento de actuar como enajenante inicial de “la operación repo”;

igualmente, se obligó a constituir y ajustar las garantías exigidas por la normatividad aplicable, como también las adicionales necesarias en caso de ser insuficientes las primeras.

d. En cumplimiento del encargo, la actora celebró el 10 de octubre de 2012 un operación repo sobre 338.003 acciones de Interbolsa, cuya obligación de recompra fue pactada para el 9 de noviembre de 2012. Y en acatamiento del reglamento de la BVC fueron impresos los comprobantes de liquidación respectivos, por \$223.068.958.33, siendo remitidos al comitente el 11 de octubre de 2012, por correo electrónico, informándole la fecha de vencimiento del repo, además, de solicitarle el ajuste de las garantías necesarias, pero como no suministró los recursos para tal efecto ADCAP COLOMBIA S.A. procedió a suplirlos en cuantía de \$66.960.000.00.

e. El accionado tampoco proporcionó el dinero requerido para el pago del precio de recompra, en la fecha de cumplimiento de la operación (9 de noviembre 2012).

f. Ante la insatisfacción del compromiso, la comisionista comunicó a la BVC que asumiría “en posición propia la operación” y pidió la liberación de las garantías y acciones puestas en el “Deceval”.

g. La comisionista modificó entonces los registros en el sistema y ajustó el nombre del comitente en la operación final, incluyendo el suyo en sustitución de Andrés Uribe Cajiao.

h. Los valores de la referida operación fueron 338.003 y 24.096 acciones “ordinarias” de Interbolsa S.A. (hoy en liquidación). Las primeras, objeto de la

operación; y las otras constituían la garantía de la misma.

i. Ante el incumplimiento en cuestión, la demandante tuvo que asumir por cuenta propia el ajuste de garantías, el precio de recompra de la operación final y los comportamientos del mercado por la situación afrontada por Interbolsa S.A., en liquidación, así para el 31 de diciembre de 2012 el valor intrínseco de sus acciones es “cero”.

j. La actora por los mentados conceptos cubrió de su patrimonio \$223.068.958.33.

k. Desde el 2 de noviembre de 2012, la BVC suspendió la negociación de las acciones de Interbolsa, lo cual imposibilitó la venta de los títulos para liquidar finalmente la operación. Por tanto, la comisionista no pudo recobrar los gastos y expensas del reporto.

l. El 20 de noviembre de 2013, ADCAP COLOMBIA S.A. cedió a AVINSAS S.A.S. el derecho surgido de esa acreencia, en un 92% equivalente para esa época a \$205.401.896.83. Esa cesión fue notificada a Andrés Uribe Cajiao en la forma prevista en el artículo 1960 del C.C.

2. La réplica de la parte accionada.

Andrés Uribe Cajiao pidió desestimar la demanda y, en su defensa, formuló las excepciones que tituló ‘Extinción de la obligación por compensación’ y “Teoría del riesgo-La cosa perece para el dueño”.

La primera de ellas la fundó en que ante su incumplimiento, la comisionista prefirió ‘asumir en posición propia la operación’, es decir, “*asumió el riesgo de pagarse con los títulos los cuales debían liquidarse por el valor del precio de mercado a la fecha de incumplimiento*” (9 de noviembre de 2012); igualmente, argumentó que las 338.003 acciones que la comisionista puso a su nombre, liquidadas al último precio que cotizaron en bolsa (\$980), valían \$331’242.940.00, por lo que existe un remanente a su favor de \$108’173.982.

Y la otra la soportó, por una parte, en que cuando sobrevino la cancelación del registro de los valores de Interbolsa, el 18 de enero de 2013, las acciones ya eran

propiedad de la comisionista; y, por la otra, en la “*No aceptación de la cesión de créditos*”, porque ésta no le fue notificada en los términos del artículo 1960 del Código Civil.

3. La demanda de reconvencción.

En ese escrito, Uribe Cajiao pidió declarar que ADCAP COLOMBIA S.A. le adeuda \$108.173.982.00, mayor valor de las acciones de Interbolsa que en cuantía de \$338.003 fueron asumidas en posición propia el 9 de noviembre de 2012; consecuentemente, condenarla a pagar tal monto de dinero junto con el interés moratorio generado desde el 10 de noviembre de 2012 y hasta cuando se produzca su pago.

Así mismo, declarar que la citada sociedad le irrogó un perjuicio al reportarlo a la CIFIN (buen nombre y reputación), condenándola a resarcir el mismo.

Soportó esas pretensiones en que la sociedad reconvenida, en virtud de que él no entregó los recursos para efectuar la recompra de las acciones en la susodicha operación, la asumió el 9 de noviembre de 2012 “en posición propia” y pidió a la BVC liberar las 338.003 acciones, cuyo último valor de cierre fue de \$980.00, lo cual comporta que aquella tuvo un ingreso de \$331.242.940.00 y, como el costo de la recompra ascendió a \$223.068.958.33, existe un saldo a su favor de \$108.173.982.00, valor que su contendiente no le ha devuelto.

4. Surtida la instancia, el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito emitió fallo el 2 de octubre de 2018. Sin embargo, atendiendo el vencimiento del plazo previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso se declaró la nulidad de esa decisión.

El conocimiento del litigio correspondió, entonces, al Juez 42 Civil del Circuito, quien, con sustento en el numeral 2º del artículo 278 del C.G.P., profirió nuevamente el veredicto, aunque por escrito y en idénticos términos del que había dictado su homólogo.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Colmados como están los presupuestos procesales, y no advirtiéndose vicio alguno

que invalide la actuación, procede definir el mérito del litigio.

2. Antes de abordar el estudio de la alzada, es del caso precisar, que por virtud del artículo 328 del Código General del Proceso la competencia del sentenciador de segunda instancia se extiende “*solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante*”.

3. Ahora, para aquilatar los reparos concernientes con el desenvolvimiento de la operación financiera, resulta indispensable traer a colación unos aspectos preliminares sobre la figura del “repo” o “reporto”.

El artículo 1° del Decreto 4432 de 2006 establecía: “*Las operaciones de reporto o repo son aquellas en las que una parte (el "Enajenante"), transfiere la propiedad a la otra (el "Adquirente") sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el "Monto Inicial") y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero ("Monto Final") en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada*”.

Por cuanto dicha definición legal, reproducida en el Decreto 2555 de 2010, finalmente fue derogada con el Decreto 2813 de 2013, aunado a que el artículo 14 de la Ley 964 de 2005 sólo enuncia los efectos del reporto, actualmente la doctrina se inclina por considerarlo atípico.

En síntesis, las operaciones repo permiten que agentes deficitarios de recursos obtengan efectivo por la venta temporal de títulos corporativos a una entidad financiera, con el compromiso de recomprarlos a un mayor precio, como única remuneración para la entidad financiera.

Las partes son conocidas como ‘reportador’, ‘originador’ o ‘comisionista’ (el comprador temporal de los títulos) y ‘reportado’, ‘receptor’ o ‘comitente’ (el vendedor). Este último, se recalca, recibe el efectivo a cambio de los valores y se obliga a recomprarlos a un sobreprecio -esto es crucial- a manera de comisión por la financiación.

Es decir, la remuneración de la comisionista (reportador) no proviene de los réditos, dividendos o el mayor valor de los títulos. De hecho, a la comisionista no le pertenecen esos rendimientos por más que se produzcan cuando ostente la titularidad. Es que la comisionista ni siquiera persigue apropiarse de las acciones o comprarlos efectivamente. La ganancia de la comisionista está prefijada desde un inicio: corresponde al mayor precio de recompra.

Por eso, a diferencia de la compraventa con pacto de retroventa, en el reporto la recompra no es opcional. Obviarla supone un incumplimiento que habilita incluso acciones indemnizatorias, porque -fue dicho- el propósito de la comisionista no es adquirir los títulos sino ganar la diferencia entre el monto inicial y el precio final. El pacto de retroventa, en cambio, puede omitirse sin penalidad porque la simetría de las prestaciones viene dada desde la compraventa.

En el reporto el equilibrio económico no se logra con la venta inicial sino finalmente con la recompra. Por ello el “monto inicial” no es equivalente al precio de mercado de las acciones negociadas, sino al capital del empréstito, y el valor la recompra corresponde a aquel monto inicial más la remuneración de la comisionista. Por consiguiente, en realidad el mutuo comercial con garantía -no el pacto de retroventa- es la figura típica más afín al reporto.

Dice el profesor Rodríguez Azuero:

“(...) *podría preguntarse por qué si el reportador transfiere una suma de dinero pero, a su turno, recibe del reportado en propiedad títulos valores o de crédito no podrían considerarse remuneradas ambas partes en forma suficiente, esto es, no cabría un equilibrio económico perfecto desde el punto de vista jurídico como sucede en el caso de la compraventa*” (...) *[ocurre que] el reportador no busca la adquisición de unos determinados títulos valores, sino la concesión de un crédito a su cliente, para lo cual los recibe en propiedad pero se compromete, al mismo tiempo, a retransmitirlos en especie o por su equivalente contra el reembolso de la suma entregada más una remuneración*”.

En pocas palabras, el reporto no es una compraventa de acciones con pacto de retroventa: es un crédito con garantía, las acciones.

2.1. Según se vio, los repos en síntesis son atípicos. Pero esto no quiere decir que no estén regulados. Se trata de contratos *sui generis* cuya disciplina normativa está atomizada. Además de los decretos, los reglamentos son normatividad supletoria para el desarrollo de las operaciones repo, conforme el último párrafo del artículo 14 de la Ley 964 de 2005 y al Artículo 2.36.3.1.10 del Decreto 2555 de 2010 (Artículo 10 del Decreto 4432 de 2006): *Las operaciones de reporto o repo, simultáneas y de transferencia temporal de valores deberán cumplir, además de lo dispuesto en el presente Título, con lo que señalen los reglamentos de negociación de las bolsas de valores o de los reglamentos de los sistemas de negociación de valores en los que se celebren estas operaciones*".

El precitado Decreto 4432 reguló los repos en la práctica incluso hasta después de que fue derogado por el Decreto 2555 de 2010, debido a que este reprodujo su contenido. Este a su vez permaneció vigente hasta la expedición del Decreto 2878 de 2013. Por ende, las disposiciones del Decreto 4432, recogidas en el 2555 de 2010, gobiernan el contrato de reporto que suscita esta controversia, pues fue ajustado en octubre de 2012.

Al igual que la Ley 964, el Artículo 2.36.3.1.8 del Decreto 2555 (Artículo 8 del Decreto 4432 de 2006) preveía que *"los reglamentos de las bolsas de valores o de los sistemas de negociación de valores establecerán el procedimiento a seguirse en caso de incumplimiento de las operaciones celebradas y la forma de aplicar las garantías constituidas"* (se subrayó).

En ese orden, la queja por haberse dado primacía al Reglamento de la BVC sobre los Decretos y la Ley desconoce que el juez *a-quo* en realidad estaba obligado a hacer una aplicación integral y armónica de todas esas regulaciones. Lo que es suficiente para desvirtuar este reclamo, máxime cuando, se repite, los reglamentos debían aplicarse en caso de incumplimiento.

2.2. Así mismo, forzosamente deben contrastarse con los decretos y reglamentos vigentes para esa época las tesis del

inconforme de que i) la comisionista **optó** por sustituirlo en la operación y asumir las acciones en posición propia para beneficiarse de su hipotético mayor valor, ii) la comisionista pudo **dar las acciones en pago** a sus acreedores, y iii) el precio de las 338.003 acciones le dejaba un **saldo a favor**.

Pues bien, establecía el Decreto 2555 que en los repos, *"si alguna de las partes incumple su obligación, cada una mantendrá el derecho de propiedad sobre las sumas de dinero y los valores que haya recibido y podrá conservarlos definitivamente, disponer de ellos o cobrarlos a su vencimiento"* (Artículo 2.36.3.1.8). Y como se explicó, esta norma debía armonizarse con el Reglamento a efectos de verificar los procedimientos aplicables al incumplimiento.

Al respecto, el artículo 3.2.1.3.3.12 prescribía:

"En caso de que el respectivo comitente no provea los recursos necesarios para el cumplimiento de la obligación de recompra a la Sociedad Comisionista (...) podrá adquirir por cuenta propia, de acuerdo a las disposiciones legales, los títulos objeto de la operación del comitente incumplido. No obstante, la Bolsa podrá salir a vender dichos títulos (...) la Sociedad Comisionista recibirá en su favor lo transferido por la Bolsa hasta la concurrencia del valor de la operación de recompra, más los intereses (...) el excedente, si lo hubiere, deberá ser entregado al comitente incumplido.

En todo caso, la sociedad comisionista podrá reclamar judicialmente al comitente incumplido los perjuicios adicionales a que haya lugar" (énfasis agregado).

Y el artículo 3.4.3.3.6 del Reglamento detallaba el procedimiento que debía surtir ante el incumplimiento del comitente:

"Cuando el comitente Enajenante inicial/ adquirente final de una Sociedad Comisionista no provea los recursos necesarios para el cumplimiento de la obligación de regreso (...) se procederá como sigue:

1. A más tardar en la fecha en que debe realizarse la operación de regreso y en todo caso antes de que la operación se haya cumplido, la Sociedad Comisionista informará a la Bolsa (...) que su comitente Enajenante inicial /Adquirente final no proveyó los recursos necesarios para el cumplimiento de la operación de regreso y que la operación será cumplida en posición propia.

La Sociedad Comisionista interesada en utilizar el procedimiento previsto en el presente artículo, podrá solicitar a la Bolsa, el día anterior a la fecha de cumplimiento de la operación de regreso y antes del cierre del horario de cumplimiento del día, que la operación sea excluida del envío automático al Deceval, para evitar su cumplimiento en Bolsa, antes de notificar el incumplimiento por parte de su comitente.

2. Recibida la comunicación anterior, la Bolsa procederá a modificar, en los registros del sistema, el nombre del comitente en la operación de regreso sustituyéndolo por la Sociedad Comisionista, ordenará la reimpresión del comprante de operación y procederá a ordenar el cumplimiento de la operación de conformidad con los nuevos registros.

3. La Sociedad Comisionista procederá a cumplir la operación en posición propia, según lo haya informado y la Bolsa le entregará los títulos.

4. La Bolsa ordenará vender los valores objeto de la operación, junto con los valores entregados como garantías si los hubiere, y para ello impartirá la orden para su venta a la misma Sociedad Comisionista que adquirió los valores objeto de la operación. La Sociedad Comisionista tendrá los siguientes plazos para realizar la venta: a) Veinte (20) días hábiles bursátiles, plazo en el cual deberá realizar todos los actos necesarios para permitir su venta, tales como activaciones, ingreso de órdenes, entre otros.

5. Realizada la venta de los valores por parte de la Sociedad Comisionista que cumplió la Operación en posición propia y cumplidas las Operaciones, la Sociedad Comisionista deberá verificar que el dinero que ha recibido en virtud de la venta es suficiente para cubrir el valor de la operación de regreso, más los intereses

causados desde la fecha de cumplimiento de la operación hasta la fecha de entrega de lo producido de la venta y los gastos en que haya incurrido para la venta, cuando fuere el caso. Dichos intereses se liquidarán a una tasa del doble del interés bancario corriente, sin que sea o exceda la tasa de usura. En el caso anterior, si llegare a presentarse un excedente, este deberá ser entregado por la Sociedad Comisionista al comitente incumplido, debiendo remitir copia del recibo de entrega a la Bolsa a más tardar dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al recibo de los dineros obtenidos de la venta de los valores.

6. De no ser posible la venta por parte de la Sociedad Comisionista de Bolsa o de ser parcial, la Bolsa procederá así: a) Si no se vende el título objeto de la operación: La bolsa entregará a la Sociedad Comisionista la totalidad de los títulos recibidos como garantía de ajuste y el título objeto de la operación quedará en forma definitiva de propiedad de la Sociedad Comisionista (...).

Como se ve, tal y como sostiene el demandado, en situaciones de normalidad, verificado el incumplimiento del comitente, la sociedad comisionista tendría ante sí la posibilidad de adquirir las acciones objeto del reporto (para disponer de ellas libremente incluso dándolas en pago a cualesquier eventual acreedor) o también podía solicitar la venta de los títulos a través de la Bolsa. En ambos casos, efectivamente, habría de liquidarse el valor la operación primero para entregarle a la comisionista el monto de la recompra más intereses y posteriormente devolver el eventual saldo al comitente incumplido.

Sin embargo, se itera, ese complejo procedimiento fue diseñado y es viable únicamente para situaciones normales, por lo que tales disposiciones no pueden aplicarse de forma aislada o insular. Desde luego deben armonizarse con las restantes disposiciones del reglamento que, dados todos los matices del caso, resultan más acordes al caso concreto.

Para lo que a este asunto importa, el Reglamento también establecía que “no se podrán realizar nuevas operaciones cuando la inscripción o la negociación del valor se encuentre suspendida” (artículo 3.2.1.3.3.8.). Adicionalmente contemplaba

el artículo 3.2.1.3.3.3: “*En todo caso, no se podrán realizar operaciones repo cuando el emisor del título valor objeto de la operación se encuentre en cualquiera de los eventos enumerados a continuación: 1. Cuando el emisor sea sometido a toma de posesión (...)*”.

Y precisaba el artículo 3.2.1.3.3.16: “*La operación repo quedará resuelta, sin necesidad de declaración judicial, si con posterioridad al registro de la operación inicial de venta y antes del cumplimiento, la Bolsa conoce la ocurrencia de uno de los eventos indicados en los numerales 1 (toma de posesión del emisor de las acciones) ,2, 3 y 4 del artículo 3.2.1.3.3.3. (...). En caso de que uno cualquiera de los mencionados eventos, o cualquiera otro hecho o circunstancia que demeriten todos los valores de igual naturaleza al título objeto de la operación ocurra o sea informado a la Bolsa con posterioridad al cumplimiento de la operación inicial de venta, tal situación no eximirá a ninguna de las partes de cumplir las obligaciones a su cargo (...)*”.

Ergo, siendo de público conocimiento que el 2 de noviembre de 2012 la Superintendencia Financiera, mediante la Resolución 1795 de esa fecha, tomó posesión de la sociedad Interbolsa S.A., es claro que las normas regulatorias del incumplimiento de la operación de reporto no eran exactamente las del artículo 3.4.3.3.6 del Reglamento, ya que justamente todo el procedimiento allí descrito resultaba imposible por virtud de la suspensión que la toma de posesión suponía para la negociación de las acciones de Interbolsa (artículos 3.2.1.3.3.3. y 3.2.1.3.3.8).

Porque estando vedada desde el 2 de noviembre de 2012 cualquier transacción sobre las 338.003 acciones de Interbolsa, para el 9 de noviembre siguiente, cuando se verificó el incumplimiento, no había forma de que la comisionista hubiese podido **optar** por apropiarse de esas acciones para después revenderlas o entregarlas en dación en pago. Tampoco podría haber forzado la venta de los valores en la bolsa.

Si bien el día del incumplimiento la comisionista le comunicó a la Bolsa que completaría la operación en nombre propio, no fue con la intención de adueñarse de las acciones y ganar el mayor

valor que tuvieran en el mercado. Por más que nominalmente la acción de Interbolsa figurase desde el 2 de noviembre de 2012 con un precio de \$ 908, resulta innegable que para el 9 de noviembre siguiente, sabido como era que la toma de posesión se produjo por la iliquidez de esa compañía y el impago de sus obligaciones, en realidad el precio de mercado de las acciones de Interbolsa sería de \$ 0. Evidentemente la maniobra que el recurrente achaca a su contraparte no tendría sentido. Por las mismas razones se cae de su peso pretender que la operación se ‘liquide’ con el valor de la acción a \$ 908 para el 9 de noviembre de 2012 y se le entregue un saldo al impugnante. Como los títulos de Interbolsa ya no se transaban para esa data, tampoco tenían precio de mercado.

Es que ciertamente la comisionista culminó la operación en “*posición propia*” no para obtener provecho con la especulación de las acciones de Interbolsa -para ese momento ya no eran negociables- sino simplemente para cumplir las cargas que le imponía el procedimiento descrito en el artículo 3.4.3.3.6. No sobra reiterar que en el reporto la finalidad de la comisionista no es adquirir la propiedad de las acciones en pro de utilidad por la variación de su precio de mercado. Llanamente procura una remuneración por la financiación que concede al comitente. Recuérdese, no es una compraventa con pacto de retroventa, sino un préstamo garantizado con acciones. Al igual que un acreedor hipotecario que no busca la propiedad del bien, lo pignora en seguridad del capital mutuado, la comisionista recibió las acciones solo en prenda de su derecho.

Claro, en realidad todo ese derrotero fue errático. Visto quedó que la toma de posesión del emisor de las acciones (Interbolsa) suponía la resolución automática, “*sin necesidad de declaración judicial*”, de la operaciones repo por concluir (artículo 3.2.2.3.3.16). Precisión con rigor procedimental que a la postre en nada altera las consecuencias del litigio, puesto que por mandato expreso del Reglamento, aun ante dicha condición resolutoria, se repite, o sobrevinida cualquier circunstancia que devalúe las acciones objeto del reporto, nada eximía a las partes de cumplir lo pactado (*ejusdem*), lo que incluía desde luego la obligación de recompra. Y en caso de no hacerlo de todas formas -a manera de cláusula residual- el

incumplido quedaba sujeto a indemnizar los perjuicios que causase y que se reclamasen judicialmente, como aquí se hace (artículo 3.2.1.3.3.12 del Reglamento).

Por lo que el colofón de lo hasta aquí dicho no puede ser otro que el fracaso de la censura.

3. Para concluir, los reproches sobre la cesión del crédito entre sus contendientes son abiertamente extemporáneos. Claramente si su intención al oponerse a la susodicha cesión era presentar ‘excepciones personales’ contra ADCAP y desconocer que Avinsas pagó por la

transferencia de los derechos, pues debió exponerlo mediante reposición contra el auto admisorio de la reforma de la demanda -donde se aceptó la cesión-. Contó además con la garantía de contradicción (no sólo contestó la demanda sino que planteó reconvencción), de modo que desaprovechó la oportunidad de proponer cualquier hipotética excepción personal frente a una u otra demandante, y el principio de preclusión procesal impide que ahora, ya en la alzada, pueda rescatar esa posibilidad.

4. En resumen, se confirmará el fallo impugnado, con la consecuente condena en costas para la parte vencida.

MP DRA. NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
RADICADO: [11001 31 042 2014 00466 03](#)

Tema: responsabilidad médica/ obligaciones surgidas de la prestación de servicios médicos/ fases de la actividad médica/ desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad médica.

ANTECEDENTES

1. La pretensión y los hechos.-

La convocante pidió declarar que el HUSI y EPS Sura Centro Empresarial Bogotá, son responsables contractualmente por los perjuicios derivados de la prestación del servicio de salud en forma “negligente, insegura, imprudente, incompleta, inoportuna, discontinua, descoordinada y/o demorada”; consecuentemente, solicitó condenarlas a resarcir el lucro cesante (\$88’137.206), los perjuicios morales (100 SMLMV), los daños a la salud y a la vida de relación (50 SMLMV por cada uno de esos rubros).

Sustentó tales súplicas, así:

Para la época de los hechos, tenía 47 años de edad, estaba afiliada a la EPS Sura, laboraba como secretaria en el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y su salario mensual era de \$1’579.181.

El 3 de diciembre de 2010, acudió por consulta externa a la IPS Sura Chapinero, por haber presentado durante dos semanas “dolor lumbar”, “marcha inestable” y “parestesias” -sensación de hormigueo o adormecimiento- en el abdomen y las extremidades inferiores. El Dr. Javier

Alonso Galvis Chacón, médico internista, le diagnosticó una “dorsolumbalgia de características mecánicas”, que solamente requería seguimiento por medicina general al no cursar con citopenia (recuento de glóbulos sanguíneos más bajo de lo normal).

Como no hubo mejoría y aumentó la intensidad del dolor, ingresó por urgencias al HUSI el 9 de diciembre siguiente, y en el examen físico de rigor, el galeno Carlos Felipe Hurtado Arias advirtió la presencia de un dolor “tipo punzada” en la región lumbar bilateral, que inicia en posición sentada, “no se irradia” a otras partes del cuerpo y “se exagera con los movimientos de flexión, extensión y rotación”, considerando que se trataba de una “lumbalgia de origen muscular”, manejable con analgésicos (paracetamol o acetaminofén y tramadol) y antiinflamatorios (naproxeno). El médico también le ordenó radiografías de columna lumbar y una terapia física integral.

Una semana después (17 de diciembre de 2010), asistió a la IPS Sura Chapinero para revisión de las imágenes radiológicas; la doctora Marcela Garzón Espitia mantuvo la orden de terapia física debido a los

signos de “marcha tambaleante” y “dolor persistente”. Más tarde ese día, arribó a la unidad de urgencias del HUSI, pero allí no la atendieron ni clasificaron la gravedad de su estado de salud (*triage*), sino simplemente le dijeron que “no se trataba de una urgencia vital”.

Sus dificultades para caminar y el denso tráfico capitalino, le impidieron llegar a tiempo a la terapia física programada para el 20 de diciembre a las 2:00 p.m.; ante tal situación, fue a consulta particular con el neurólogo Luis Francisco Barón Cuervo, quien evidenció un “cuadro multifocal con signos neurológicos de alteraciones a nivel encéfalo y medulo-dorsal, que hace sospechar una enfermedad desmielinizante con antecedentes hematológicos importantes”.

El mismo día acudió al servicio de urgencias del HUSI, donde fue auscultada previa mediación de la Secretaría Distrital de Salud; ante la persistencia del dolor lumbar y la aparición de “parestias en miembros inferiores” y “disminución de la fuerza con imposibilidad de la marcha”, fue remitida al neurólogo de turno, quien detectó un tumor (meningioma) en la columna vertebral y ordenó su resección quirúrgica.

A las 12:50 p.m. del 22 de diciembre de 2010, fue sometida a los procedimientos de “exploración y descompresión de canal raquídeo y raíces espinales por laminectomía”, y “escisión de tumor en columna vertebral vía posterior o posterolateral”, a cargo de los neurocirujanos Roberto Carlos Díaz Orduz y Rafael Uribe Cárdenas. En el resumen de atención se consignó un cuadro clínico de “paraparesia progresiva”, es decir, disminución de la fuerza muscular y limitación del rango de movimiento voluntario de las extremidades inferiores, con pérdida de sensibilidad a partir de la sexta vértebra torácica (T6).

Las secuelas de la resección del “meningioma torácico” generaron la desvinculación de su cargo, la pérdida de capacidad laboral de 62,90% por dolencia de origen común (acorde al dictamen N° 5671 de 17 de agosto de 2011, del Instituto de Seguros Sociales), el deterioro de su función motriz y un “daño neurológico permanente” que la obligó a utilizar silla de ruedas por un tiempo y bastón de por vida, privándola de actividades cotidianas -

caminar, trotar, bailar, nadar, montar en bicicleta- y generando en ella profundos sentimientos de dolor, impotencia, inseguridad, miedo, angustia y desesperación.

En su sentir, el personal de las entidades convocadas incurrió en negligencia médica por: (i) someterla a riesgos injustificados en las consultas de 3 y 9 de diciembre de 2010, por no haber realizado los exámenes diagnósticos que permitían identificar la causa del dolor lumbar, ni ordenado la valoración por neurología, pese a tener “toda la tecnología disponible” en tales fechas; (ii) dejar de tomar medidas para evitar el deterioro de su salud (abandono institucional); (iii) retardar injustificadamente la práctica de los procedimientos enfilados a conjurar el daño -pruebas diagnósticas, valoración por especialista, intervención quirúrgica-, y (iv) ignorar las manifestaciones de urgencia expresadas desde la primera consulta, es decir, los signos distintivos de la afectación neurológica: marcha inestable, parestias y pérdida de fuerza en las extremidades inferiores.

Las enjuiciadas pasaron por alto la semiología propia de la enfermedad al insistir que el dolor lumbar era de origen mecánico o muscular, exponiéndola a los riesgos inherentes a la compresión de la médula espinal y la eventual metástasis del tumor. A su modo de ver, habría podido recuperarse totalmente con un diagnóstico temprano y un procedimiento oportuno -pérdida de oportunidad-.

LA RÉPLICA

1. El Hospital Universitario San Ignacio excepcionó “inexistencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil”, “apreciación del acto médico y naturaleza de las obligaciones médico-asistenciales”, “cumplimiento de los estándares del sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud” e “inexistencia de nexo causal - causa extraña - consentimiento informado”.

Apuntaló esas defensas en que la atención dispensada a la activante fue oportuna, continua y acorde a la *lex artis ad hoc*, pues en el primer examen físico efectuado en el HUSI -9 de diciembre de 2010-, no se evidenciaron afecciones neurológicas asociadas al dolor lumbar y, por el

contrario, varios signos apuntaban a un origen muscular (aumento del tono muscular en la zona afectada, columna alineada, marcha normal, dolor no irradiado y falta de irritación meníngea). De ahí que la diagnosis inicial y el tratamiento dispensado hayan sido acordes a la sintomatología identificada en aquella oportunidad.

También alegó que los días 17 y 20 de diciembre siguientes, la paciente requirió medidas diagnósticas y terapéuticas en urgencias (*triage* III), pero se ausentó sin avisar ni aguardar el servicio en la primera de esas fechas, mientras en la segunda, el médico de turno constató la aparición de señales de alerta -parestias y pérdida de fuerza en los miembros inferiores-, que motivaron la interconsulta con la especialidad de neurología.

La evolución del cuadro clínico inicial justificó la práctica de exámenes adicionales (resonancias magnéticas simples y contrastadas de cerebro, columna cervical y torácica), el 21 de diciembre de 2010, cuando se comprobó la presencia de un tumor en la columna vertebral, generador de compresión en la médula espinal.

En todo caso, la respectiva intervención quirúrgica tuvo lugar dentro de las 24 horas siguientes al hallazgo del meningioma, cuya ubicación específica, por sí sola, tornaba riesgosa la realización del procedimiento y podía acarrear complicaciones de salud en la paciente, como en efecto sucedió. Además, ese riesgo inherente no habría disminuido ni desaparecido con un diagnóstico más temprano.

2. El HUSI llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., entidad que contestó la demanda proponiendo las excepciones de “ausencia de culpa y, por consiguiente, imposibilidad de imputación de responsabilidad”, “la obligación médica es de medio y no de resultado”, “ausencia de los elementos para configurar la responsabilidad civil médica” e “indebida, desproporcionada e ilegal tasación o cálculo de los perjuicios”.

Frente al llamamiento en garantía alegó:

“inexistencia de los presupuestos materiales para que la compañía aseguradora sea obligada a indemnizar”, “prescripción de la acción derivada del contrato de seguros”, “límite de indemnización” (\$3.000’000.000 por evento o vigencia, 50% de esa cifra respecto a los daños extrapatrimoniales), y “obligación de la llamante para asumir la primera parte del daño o deducible” (12% de todo reclamo, con un mínimo de \$100’000.000).

A su juicio, el lapso bienal de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro de responsabilidad civil profesional de instituciones médicas N° 2201213001223 -ajustado bajo la modalidad de cobertura *claims made*-, despuntó con la conciliación extrajudicial (10 de marzo de 2014), y expiró el 10 de marzo de 2016, cuando aún no había sido notificado el auto admisorio de la demanda al HUSI (14 de diciembre de 2016), ni a Mapfre (19 de septiembre de 2017). De ahí que la reclamación presentada por la llamante el 23 de agosto de 2016, no podía interrumpir el evocado término prescriptivo, ya fenecido en esta última calenda.

3. EPS y Medicina Prepagada Suramericana S.A., formuló excepciones perentorias y previas. En las últimas alegó la “inexistencia del demandado” e “incapacidad del demandado para ser parte en el proceso”, cimentadas en que EPS Sura Centro Empresarial Bogotá tan solo es una sucursal o un establecimiento mercantil de su propiedad, carente de personería jurídica propia.

El juez acogió esa defensa y, por consiguiente, inadmitió el escrito introductor para que fuera dirigido contra la sociedad principal, por los actos de su sucursal (auto de 7 de febrero de 2018); empero, la subsanación fue extemporánea y, por contera, rechazada la precitada demanda enfilada contra la EPS, continuando el litigio únicamente frente al HUSI y su llamada en garantía (proveído de 23 de febrero de 2018, ratificado en sede de alzada por esta Corporación el 25 de junio siguiente).

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Están presentes los presupuestos procesales, y no se advierte vicio capaz de invalidar la actuación, por lo que procede

dirimir el mérito de la controversia, precisándose que los reparos del apelante delimitan la competencia de esta instancia, lo que deja al margen del escrutinio cualquier cuestión que no hubiere suscitado reproche, ni esté íntimamente ligada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.). Por esa razón sólo se abordará el estudio de los aspectos combatidos por el apelante.

2. En la prestación de servicios médicos, el galeno *“asume el compromiso principal de buscar la preservación o la recuperación del estado de salud del paciente, mediante el desarrollo de las diversas conductas que conforman el llamado acto médico (auscultación, diagnóstico, pronóstico y tratamiento, entre otros)”* actividad que le puede generar obligaciones de contenido resarcitorio cuando incurre en fallas ostensibles en la prestación de servicios de esa índole, por acción u omisión, ya sean producto de un equivocado diagnóstico, tratamiento, procedimiento, control y, en general, de cualquier otro error en esa ejecución profesional.

Ello explica el criterio jurisprudencial según el cual, cuando se irroga un daño en alguna(s) de las fases de la actividad médica (prevención, pronóstico, diagnóstico, intervención, tratamiento, seguimiento y control), y una vez *“demostrados los restantes elementos de la responsabilidad civil, hay lugar a su reparación a cargo del autor o, in solidum, si fueren varios los autores, pues el acto médico puede generar para el profesional que lo ejercita obligaciones de carácter indemnizatorio por perjuicios causados al paciente, como resultado de incurrir en yerros de diagnóstico y de tratamiento, ya porque actúe con negligencia o impericia en el establecimiento de las causas de la enfermedad o en la naturaleza misma de ésta, ora porque a consecuencia de aquello ordene medicamentos o procedimientos de diversa índole inadecuados que agravan su estado de enfermedad, o bien porque ese estado de agravación simplemente se presenta por exponer al paciente a un riesgo injustificado o que no corresponda a sus condiciones clínico-patológicas”*.

Además, las instituciones prestadoras de servicios de salud tienen el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los

mismos, de modo que si dicha prestación resulta *“deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis”*, tanto ellas como los profesionales a su servicio serán *“solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas”*.

También se ha dicho que el diagnóstico comporta *“una tarea compleja, en la que el médico debe afrontar distintas dificultades, como las derivadas de la diversidad o similitud de síntomas y patologías, la atipicidad e inespecificidad de las manifestaciones sintomáticas, la prohibición de someter al paciente a riesgos innecesarios, sin olvidar las políticas de gasto adoptadas por los órganos administradores del servicio”*, y para dilucidar si el médico obró con culpa o no, ha de analizarse en cada caso *“si aquel agotó los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para acertar en él”*. Consecuentemente, *“sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con una equivocada diagnosis ocasionen (...)”*.

3. El ejercicio de la medicina, ciencia dinámica y en constante progreso, le impone al galeno, desde que presta el juramento hipocrático, actuar con la diligencia debida para contribuir al bienestar de su paciente -principio de beneficencia o benevolencia-, absteniéndose de irrogarle daño, dolor o sufrimiento -principio de no maleficencia-. Claro, la práctica de esa noble profesión comporta la existencia de riesgos inherentes a la planeación y ejecución de ciertos procedimientos, *“los cuales hacen que el daño derivado del acto médico no configure ninguna modalidad de culpa”*.

La Corte Suprema de Justicia definió tales riesgos como *“las complicaciones, contingencias o peligros que se pueden presentar en la ejecución de un acto médico e íntimamente ligados con éste, sea por causa de las condiciones especiales del paciente, de la naturaleza del procedimiento, las técnicas o instrumentos utilizados en su realización, del medio o de las circunstancias externas, que eventualmente pueden generar daños somáticos o a la persona, no provenientes propiamente de la ineptitud, negligencia, descuido o de la violación de los deberes”*.

legales o reglamentarios tocantes con la lex artis”.

En ese orden de ideas, el médico solamente está llamado a reparar integralmente los perjuicios derivados de errores inexcusables, es decir, *“los groseros, los culposos, los faltos de diligencia y cuidado, y por tanto injustificados”, propósito para el cual “se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la Lex Artis, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico”.*

Así las cosas, al galeno no podrán imputársele *“aquellos daños que sean materialización de los riesgos normales o permitidos en la vida en sociedad”, ni “los que ocurren a pesar de la idoneidad y de la experiencia médica”,* máxime teniendo en cuenta que sus obligaciones, por regla general, son de medio (artículo 26 de la Ley 1164 de 2007, hoy día modificado por el canon 104 de la Ley 1438 de 2011), y la falibilidad innata a su condición humana deja latente la probabilidad de que el paciente resulte lesionado, *“muy a pesar suyo y del cuidado”* y diligencia desplegados durante su atención.

Recuérdese, cuando el compromiso del profesional de la salud consiste en *“entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente”,* le basta probar debida diligencia y cuidado para quedar eximido de responsabilidad (artículo 1604 inciso tercero del Código Civil), *“pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros”.*

4. Dora Pinilla Torres le imputó responsabilidad al personal médico del Hospital Universitario San Ignacio, porque cuando ingresó a su unidad de urgencias (9 de diciembre de 2010), no realizó los exámenes que habrían permitido identificar la causa del dolor lumbar -el tumor ubicado entre la quinta y sexta vértebras torácicas-, ni ordenó la

valoración por neurología; pospuso dos semanas la atención médica especializada y la consecuente intervención quirúrgica -del 20 al 22 de diciembre del mismo año-, sin justificación alguna; y desatendió las manifestaciones sobre los signos de alarma propios del dolor lumbar provocado por tumores espinales o vertebrales (marcha inestable, parestesias y pérdida de fuerza en las extremidades inferiores), desconociendo esa puntual sintomatología.

Resulta útil, entonces, reseñar la evolución del estado de salud de la gestora para la época de ocurrencia de los hechos (acorde a la historia clínica, las notas de referencia y contra-referencia y los demás documentos de atención médica obrantes en el plenario), abordando seguidamente lo alusivo al dolor lumbar, las señales indicativas de la aparición de tumores como su origen o causa, y el enfoque de tratamiento de los mismos, claro está, tomando en cuenta su naturaleza y características.

Como es bien sabido, la historia clínica *“tiene un significado probatorio en las causas judiciales, habida cuenta que, dadas las obligaciones que el ordenamiento impone respecto de su diligenciamiento, ella debe contener una descripción detallada de antecedentes personales y familiares del paciente, síntomas referidos por éste, resultados del examen físico, impresión diagnóstica, las derivaciones, análisis, estudios, etc. requeridos para determinar el diagnóstico definitivo, el tratamiento brindado, el seguimiento de la dolencia -progresos, retrocesos, etc.-, las intervenciones quirúrgicas, secuelas y los demás aspectos específicos para el caso”.*

4.1 La salud de la paciente y su ciclo evolutivo

a) En la mañana del 3 de diciembre de 2010, Dora Pinilla Torres acudió por consulta externa a IPS Sura Chapinero, para *“control por anemia y valoración por poliartralgias”.*

Concretamente, acusaba dolor lumbar predominantemente en el costado derecho, *“parestesias continuas en abdomen y muslos, con sensación de marcha inestable”,* durante un lapso de 2 semanas. El médico internista Javier Alonso Galvis

Chacón registró los respectivos antecedentes clínicos, así: anemia microcítica hipocrómica con leucopenia leve¹², gastritis crónica, histerectomía abdominal total por miomatosis uterina, herniorrafia umbilical¹⁴, apendicectomía, dolencias en la región cervical y dolor articular en los hombros, codos, muñecas, rodillas y tobillos de 4 años de evolución, con rigidez matinal que dura unos pocos segundos; trastorno de ansiedad y depresión en tratamiento, y síndrome de intestino irritable en manejo con dieta.

El internista llevó a cabo la exploración de rigor a través del examen físico osteoarticular, sin detectar puntos dolorosos, deformidades, sinovitis, acumulación de líquido en las articulaciones, ni “limitación en arcos de movimiento de columna cervical, dorsal ni lumbar”. Después de esa evaluación, tan solo halló un ganglión o quiste sinovial en el dorso de la mano derecha.

Al no constatar ningún signo anómalo en la columna vertebral de la paciente, distinto al dolor lumbar, Galvis Chacón diagnosticó una “dorsolumbalgia de características mecánicas”, para seguimiento y estudio por medicina general, ordenando la toma de radiografías de columna dorsolumbar y lumbosacra (fl. 100 y 101, cdno. 1).

b) A las 7:08 p.m. del 9 de diciembre de 2010, la gestora asistió a consulta de urgencia en el HUSI, “con cuadro clínico de 8 días de evolución, consistente en dolor en región lumbar bilateral, que inicia cuando estaba sentada (...) de tipo punzada, se exagera con los movimientos de flexión, extensión y rotación, no se irradia”.

En esa oportunidad, la señora Pinilla Torres fue atendida por el médico Carlos Felipe Hurtado Arias, quien agregó un antecedente clínico quirúrgico de “*resección de lipoma en miembro superior*” y luego inspeccionó las distintas zonas anatómicas, así como el sistema neurológico, la columna vertebral y las extremidades, con los siguientes resultados: “*extremidades con trofismo normal, arcos de movimientos completos*”, “*fuerza muscular simétrica, sensibilidad conservada, reflejos osteotendinosos normales, sin signos de*

liberación cortical ni de irritación meníngea”.

La exploración física evidenció “*marcha normal*”, así como “*columna vertebral normal, alineada, con aumento del tono muscular en la región lumbar bilateral, con dolor a la palpación de esta misma zona, no hay signos de radiculopatía*¹⁵ ni de *sacroileitis*¹⁶, *signos de Patrick* y *Lasegue negativos*¹⁷, *pulsos inguinales normales, sin adenopatías, pulsos periféricos distales en miembros inferiores, tibiales posteriores y pedios normales en ambos miembros inferiores*”.

Ante tal situación, el galeno determinó que la convocante padecía una “lumbalgia de origen muscular” que cursaba sin signos de alarma o “banderas rojas”, por lo que ordenó manejo con analgésicos, antiinflamatorios y terapia física”, y la toma de radiografías dorsolumbar y lumbosacra (fls. 95, 426 y 427).

c) Una semana después, el 17 de diciembre de 2010 a las 12:22 p.m., regresó por consulta externa a la IPS Sura Chapinero, con la radiografía dorsolumbar, síntomas de “dorsalgia persistente” y “parestesias”. La médica general Denise Marcela Garzón Espitia auscultó a la paciente, confirmando que no presentaba espasmos en la columna vertebral, signo de Lasegue ni parestesias; además, mantuvo el diagnóstico primigenio porque la radiografía y el examen neurológico resultaron normales, y solamente encontró dificultad en la marcha en puntas de pies (fl. 94).

Y en horas de la noche (9:06 p.m.), volvió a consulta por urgencias en el HUSI, pues durante 8 días acusó sensaciones de “adormecimiento en las piernas, dolor de espalda y dificultad para caminar, se va de lado, mareo”. Si bien la urgencia de la atención en salud fue calificada con *triage* III, el examen médico de rigor no pudo llevarse a cabo porque ya había abandonado el hospital (fl. 432).

d) Al cabo de tres días (20 de diciembre de 2010), consultó al neurólogo Luis Francisco Barón Cuervo, quien en el examen médico de la paciente, evidenció “*un cuadro multifocal con signos neurológicos de alteraciones a nivel de encéfalo y médula dorsal, que hacen sospechar la posibilidad de una enfermedad desmielinizante, con*

antecedentes hematológicos importantes”, motivo por el cual sugirió a los médicos que venían tratando a la activante, hospitalizarla *“para agilizar estudios de RM de cerebro, con contraste y/o RM de columna dorsal, así como exámenes complementarios ordenados por neurología, de LCR, cuadro hemático con VSG, estudios de ácido fólico, etc.”* (fl. 93).

Esa noche, fue hospitalizada por urgencias en el HUSI, acusando dolor lumbar durante 2 semanas, y la aparición de “parestias en miembros inferiores y disminución de la fuerza, con imposibilidad para la marcha” durante “los últimos días”. En la exploración física pertinente, la Dra. Andrea Estrada Guerrero detectó “dolor a la palpación de músculos paravertebrales en región lumbar”, “fuerza 4/5 en miembros inferiores de forma bilateral” y “Lasegue negativo bilateral”. Ante la constatación de “pérdida de fuerza en miembros inferiores” e “hiperreflexia patelar y aquiliana”, ordenó interconsulta por neurología (fls. 89, 444 y 445, 465 y 466 y 514).

e) Entre la medianoche y la mañana del 21 de diciembre de 2010, la gestora fue atendida por la neuróloga Sonia Patricia Millán Pérez, quien para determinar el origen del “síndrome medular completo”, ordenó la práctica de un hemograma y resonancias magnéticas -simples y contrastadas- de cerebro y columna vertebral, en sus regiones cervical y torácica (fls. 491 a 495).

Pese a que el hemograma y sus distintos componentes (tiempos de coagulación, glicemia, VSG y PCR) arrojaron resultados normales, la exploración física motora evidenció “espasticidad en miembros inferiores y en miembro superior derecho, paraparesia de 3/5 en miembro inferior izquierdo y 4/5 en el derecho. Reflejos: 2/4 pectorales, 3/4 en tricipital y bicipital bilateral, 4/4 rotulianos y aquilianos. Marcha espástica con ataxia sensitiva” (fls. 472 a 475).

Así pues, la Dra. Millán Pérez diagnosticó *“cuadro progresivo de alteración motora, sensitiva en las 4 extremidades y alteración de esfínteres, en el momento con sospecha de mielopatía transversa”*.

Dos horas después (9:43 a.m.), esos hallazgos fueron ratificados por el neurólogo Luis Alfonso Zarco Montero, quien también dio cuenta del deterioro en la fuerza de los extensores de los dedos (4/5), y los reflejos en los miembros superiores (3/4).

Y en las horas de la tarde, el Dr. Diego Miguel Rivera Marino identificó en la resonancia magnética de columna torácica, contrastada con gadolinio, una “masa extradural en el aspecto derecho del canal espinal, en los niveles T5 y T6, generando compresión sobre el saco dural y discreta mielopatía compresiva”, con una “dimensión longitudinal aproximada de 30 mm”. A la luz de esa evidencia, coligió que la “primera posibilidad diagnóstica” corresponde a “un tumor de la vaina nerviosa” (fls. 85, 86 y 469 a 471).

f) El manejo quirúrgico fue autorizado el mismo día por los neurocirujanos Rafael Uribe Cárdenas, Miguel Enrique Berbeo Calderón y William Ricardo Vargas Escamilla, así como por EPS Sura; los resultados de los exámenes paraclínicos previos estuvieron “dentro de límites normales” (fls. 476 y 477) y, por ende, Dora Pinilla Torres suscribió el consentimiento informado para el procedimiento anestésico, así como el permiso para las intervenciones de “exploración y descompresión de canal raquídeo” y “escisión de tumor en columna vertebral vía posterior” (fls. 518 y 519).

Entre las 12:50 y las 3:00 p.m. del 22 de diciembre de 2010, la cirugía fue practicada “sin complicaciones” por los neurocirujanos Roberto Carlos Díaz Orduz y Rafael Uribe Cárdenas, quienes resecaron una “lesión cauchosa que desplaza el saco dural hacia posterior y lateral izquierdo con infiltración de la duramadre”, amén de identificar los bordes del tumor y enviar las muestras para el respectivo análisis patológico (fls. 440, 478 y 479).

g) Dicho análisis fue emitido el 5 de enero de 2011 por la Dra. Mercedes Olaya Contreras, quien describió que los “fragmentos irregulares de tejido blanquecino friable congestivo” extraídos como muestra, corresponden a un “meningioma transicional”, cuyas células arrojaron resultado negativo en el

anticuerpo de estrógenos, y positivo en el análisis con tres proteínas de contraste (vimentina, S100 y KI 67), precisando frente a esta última, que el índice positivo abarcó “menos del 3% de la población tumoral” (fls. 78 y 529).

4.1.1 Como las imputaciones de responsabilidad solamente versan sobre hechos ocurridos en diciembre de 2010 y, en consecuencia, no conciernen a la fase posoperatoria, la Sala compendiará el estado de la *lex artis* médica vigente para esa época, en lo atinente al dolor lumbar y sus posibles causas -en especial, la tumoral-, enfoque diagnóstico, signos de alarma y, por supuesto, la naturaleza y rasgos principales de los meningiomas.

Es del caso recordar que si bien en litigios de este linaje rige el principio de libertad probatoria (art. 165 C.G.P.), “cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia (...). En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga”.

De igual modo, se debe memorar el carácter hermenéutico de la literatura médica y de los conceptos de los expertos, los cuales forman parte de las reglas de la sana crítica y sirven al juez como criterios para interpretar el significado de los medios de prueba y asignarles el valor material que merecen en su singularidad y en conjunto. Es decir, que sirven para contextualizar la situación y saber si la información contenida en los medios de conocimiento se ajusta o no a la realidad, o si se encuentra conforme al estado de la ciencia y la técnica existentes al momento de realización de las conductas a las que se les atribuye el error sanitario.

Sobre el tema, la jurisprudencia de la Corte Suprema asentó recientemente asentó:

“... la literatura médica admitida por la comunidad de expertos no es ni puede ser un remplazo de los medios de prueba, pues ni se produce, ni se aporta, ni se controvierte como se hace con las pruebas judiciales. Mucho menos podría decirse que cumple la función propia de los medios de prueba.

(...) «el conocimiento científico afianzado, como parte de las reglas de la sana crítica, tiene la misma implicación que consultar una enciclopedia, un libro de texto especializado, o un diccionario con el fin de desentrañar el significado de los conceptos generales que permiten comprender y valorar la información suministrada por los medios de prueba. De hecho, si la técnica probatoria permite y exige valorar las pruebas de acuerdo con las máximas de la experiencia común, con mucha más razón es posible analizar las probanzas según los dictados del conocimiento científico afianzado, sin el cual muchas veces no será posible saber si el órgano de prueba brinda o no una información que corresponde a la realidad». (CSJ. SC9193-2017. Rad. 11001-31-03-039-2011-00108-01)

La literatura científica, entonces, no es un sucedáneo de los medios de prueba, por lo que un proceso judicial no puede resolverse sólo con su citación, pues ello violaría el principio de necesidad de la prueba, la carga de la prueba y el derecho a la prueba y la defensa de las partes.

El conocimiento científico admitido por la comunidad de expertos (afianzado) cumple la función de contextualizar la información suministrada por los medios de prueba y permite valorar la veracidad o falsedad del contenido material de los órganos de prueba; pero jamás podría ser considerado como una suplantación de las pruebas.

Tampoco es admisible afirmar que los criterios científicos forman parte del “conocimiento privado del juez”, pues es bien sabido que en materia probatoria al funcionario judicial le está prohibido fundamentar sus decisiones a partir del conocimiento que haya tenido sobre las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos

que son materia de la controversia jurídica.

Los criterios científicos no forman parte del conocimiento privado del juez, por dos razones principales: i) porque no se trata de un saber subjetivo o intuitivo originado en las experiencias particulares del juez, sino del conocimiento producido, verificado y compartido por una comunidad de expertos y comprensible por cualquier persona de mediano entendimiento y formación, es decir intersubjetivamente elaborado y objetivamente verificado, lo que le resta cualquier carácter “particular”, subjetivo, oculto o misterioso; y ii) porque no trata sobre las circunstancias específicas de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos que originaron la controversia jurídica, sino que versa sobre cuestiones generales, impersonales y abstractas respecto de lo que normalmente ocurre en un universo de circunstancias que comparten ciertas características comunes.

Una vez admitida la validez formal de las pruebas que obran en el proceso, el funcionario judicial debe entrar a valorarlas en su materialidad, singularmente y en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, de la cual forman parte los criterios elaborados por la comunidad de expertos. Sin tales criterios, le quedará muy difícil al juez –si no imposible– saber si la información suministrada por los órganos de la prueba se ajusta o no a la verdad o a la realidad. Sin el contexto de significado que aportan los criterios de los expertos, el contenido del medio de prueba sería incontrastable».

Las anteriores explicaciones marcan la pauta para entrar a valorar los medios de conocimiento que obran en el proceso, con el fin de establecer si asiste o no razón a la parte apelante.

4.2 Noción y etiología del dolor lumbar

La columna vertebral, espina dorsal o raquis, es el eje óseo del cuerpo humano, va desde la base del cráneo hasta la pelvis y consta de cuatro regiones: cervical (7 vértebras), dorsal o torácica (12 vértebras), lumbar (5 vértebras) y sacro-coccígea (2 huesos, el sacro y el coxis o cóccix, conformados por 5 y 4 vértebras,

respectivamente, separadas en la niñez y que se fusionan en la edad adulta).

El dolor de espalda, importante problema de salud que en el mundo contemporáneo aqueja sobre todo a la población laboralmente activa, recae en la parte posterior del tronco, es decir, alguna de las tres primeras regiones -entre el occipucio y el sacro-. Entonces, dependiendo de la zona dolorida, se denominará cervicalgia, dorsalgia o lumbalgia, y si afecta regiones contiguas, podrá calificarse como cervicodorsalgia o dorsolumbalgia, según el caso.

Aquí, como viene de verse, la activante padeció molestias en la región lumbar -donde ocurre más del 70% de los dolores de espalda-y fue sometida a cirugía de extracción de un tumor situado en la región dorsal o torácica; ello explica que la denominación médica previa a la cirugía variara entre “dorsolumbalgia” y “lumbalgia”, debiéndose precisar que el enfoque de tratamiento del dolor es común a esas dos zonas de la columna vertebral.

En un gran porcentaje de casos (superior al 90%), el dolor lumbar es de tipo mecánico y, por lo tanto, su intensidad varía en función de la actividad física, porque empeora con el movimiento, cede con el reposo y no despierta al paciente cuando está dormido. Su acaecimiento denota un origen óseo, muscular o mixto, generalmente por mala postura, cansancio, sobreesfuerzo y exceso de peso.

De manera excepcional, puede provenir de una afección de las raíces nerviosas (dolor radicular), irradiarse a la cabeza y las extremidades -principalmente las inferiores-, o tener ritmo inflamatorio, cuya dinámica es inversa a la del dolor mecánico: falta de relación con el movimiento y aumento de intensidad con el reposo, a tal punto que despierta al paciente e impide conciliar el sueño. Este tipo de dolor lumbar sugiere tres posibles orígenes: el netamente inflamatorio (como la sinovitis), el infeccioso y el neoplásico o tumoral, que corresponde al caso en estudio.

El dolor lumbar de origen tumoral es infrecuente (0,7% a 1% del total de casos), pero tiene signos característicos: no muy intenso, constante, progresivo, difícil de describir y localizar -en el argot de la

medicina, sordo e insidioso-, y sin mejoría con el reposo.

Independientemente de su tipología, el dolor lumbar dura entre 2 y 4 semanas, de modo que entre el inicio y la recuperación normalmente transcurre un lapso máximo de 6 semanas. De suerte, pues, que será agudo cuando no supere dicho plazo; subagudo si persiste de 6 a 12 semanas, y crónico cuando permanece más de 12 semanas, o sucede 3 o más veces distintas en un solo año.

Acto seguido, se abordarán los elementos que permiten determinar las causas del dolor lumbar, para llevar a cabo un adecuado tratamiento del mismo.

4.2 Enfoque diagnóstico del dolor lumbar

En principio, el correcto diligenciamiento de la historia clínica o anamnesis, y una exhaustiva exploración física, bastan para determinar la causa de esa clase de dolencias. Excepcionalmente será necesario practicar pruebas diagnósticas complementarias: exámenes de laboratorio, radiología simple, tomografía computarizada, resonancia magnética, densitometría y gammagrafía ósea, dentro de las cuales el test de referencia (*gold standard*) para despejar la sospecha de origen neurológico y tumoral, es la resonancia magnética.

Por supuesto, la historia clínica ha de incluir información detallada sobre las enfermedades principales que aquejan al paciente, sus antecedentes personales -hábitos, adicciones, alergias-, sociales, laborales, familiares, patológicos y quirúrgicos, y un escrutinio en torno al dolor, su aparición, localización, duración, evolución, frecuencia y características que permitan clasificarlo.

La exploración física encaminada a confirmar o desvirtuar patologías neurológicas, tales como los tumores del sistema nervioso (cerebro y médula espinal), comprende, en primer lugar, una revisión del estado general del paciente y de sus funciones corticales, es decir, nivel de consciencia (escala de Glasgow), atención, comportamiento, memoria, lenguaje, habla, movimientos aprendidos -praxias-, cualidades aprendidas -gnosias- y funciones del lóbulo frontal, tales como iniciación, control y cambio de

actividades, praxias y emociones, capacidad ejecutiva, entre otras).

También abarca la evaluación de pares o nervios craneales, pero la fase imprescindible de toda exploración neurológica es el examen motor elemental, con énfasis osteomuscular, que mide la paresia o reducción de la fuerza y del rango de movimiento voluntario de los músculos del cuerpo, en una escala de 0 (carencia de movimiento) a 5 (fuerza normal); reflejos osteotendinosos, en una gradación de 0 (ausentes) a 4 (claramente aumentados); coordinación motriz y sensibilidad, a través de la palpación y la valoración del arco articular, mediante ejercicios de flexión, extensión, rotación y lateralización, como los de Patrick y Lasegue, entre otros.

Dicho examen resulta trascendente, en la medida que el dolor en los movimientos, la limitación del arco articular, la resistencia muscular y los reflejos exagerados (hiperreflexia), tornan fundada la sospecha neurológica y, específicamente, la aparición de un tumor en el sistema nervioso central, hipótesis que también podría presentarse en concurrencia con alguno de los denominados signos de alarma del dolor lumbar. Precisamente esa será la temática a abordar en las siguientes líneas.

4.3 Signos de alarma del dolor lumbar

A la par con el dolor de espalda, pueden presentarse -tanto de inicio como progresivamente, señales de alerta o “banderas rojas” (*red flags*) que exigen atención médica inmediata, práctica de exámenes diagnósticos complementarios y, en algunos casos, hasta una cirugía de urgencia.

Esos signos son los siguientes: edad superior a 50 años, antecedentes de neoplasia maligna, síndrome tóxico o constitucional (es decir, debilidad o astenia, anorexia y pérdida involuntaria de peso), dolor en estado de reposo, fiebre, inmunodepresión, traumatismo previo significativo, retención aguda de orina, osteoporosis, ingesta de corticoides, movilidad muy disminuida, pérdida progresiva de fuerza (por paresia o parestesias), pérdida de control de esfínteres, rigidez matutina y dolor de más de un mes de evolución.

En ese orden de ideas, cuando el dolor lumbar va aunado a la presentación de uno o varios de estos signos, y el examen motor inherente a la atención médica reporta paresia y anomalías en los reflejos o la sensibilidad, probablemente la causa de ese padecimiento será neurológica y, más específicamente, tumoral.

El sistema nervioso central (cerebro y médula espinal) está protegido por unas membranas denominadas meninges, ubicadas bajo el recubrimiento óseo -duramadre, aracnoides y piamadre-. En la más externa de ellas, la duramadre, o en sus alrededores, pueden surgir masas tumorales denominadas meningiomas.

4.4 Los meningiomas: naturaleza y características

El meningioma es una afección neoplásica o tumoral usualmente benigna (se maligniza apenas en el 10% de los casos), y de crecimiento lento, en tanto suele producir síntomas de 1 a 2 años después de su aparición, la cual ocurre en la médula espinal en un bajo porcentaje (de 7% a 12% del total).

El meningioma es uno de los tumores más frecuentes de la médula espinal (25%-45%) que genera compresión en ella; su localización principal es la región dorsal o torácica (60%-80%), y afecta a quienes tienen entre 40 y 70 años, sobre todo a las mujeres: la proporción es de 3 a 1 respecto a los hombres de ese rango de edad.

Acorde con su ubicación, es catalogable en cuatro categorías principales: intradural, cuando esté dentro del saco dural del cual forma parte la duramadre (85% a 90%); extradural, si es externo a esa estructura, pero está adherido a ella; intrarraquídeo o intramedular, cuando emerge en la médula espinal -recubierta por las meninges y por el saco dural-, y extramedular o extrarraquídeo, si está situado por fuera de la médula.

Según su histología, la Organización Mundial de la Salud clasifica los meningiomas en tres grados (I, II y III), distinguibles por su actividad mitótica o tasa de proliferación celular: benignos -bien diferenciados-, atípicos y malignos, anaplásicos o desdiferenciados.

Como ya se advirtió, la mayoría de los meningiomas son benignos y, por ende, de primer grado, pero la diversidad de patrones morfológicos o conformaciones celulares, permite clasificarlos, a su vez, en distintos grupos, siendo los de presentación más usual el meningotelial, el fibroso, el transicional o mixto (que presenta rasgos de las dos primeras clases), el psammomatoso y el microquístico.

La sintomatología es variable y depende del grado o tasa de crecimiento, la proximidad a la médula espinal o las raíces nerviosas, y la extensión de la compresión de la médula espinal. Comúnmente consiste en déficit sensorial, marcha inestable, pérdida de coordinación muscular -ataxia- y debilidad muscular -paresia y parestesias-, dolor lumbar predominantemente nocturno (que en casos graves se irradia a las extremidades) y disfunción en el control de esfínteres.

El método de estudio diagnóstico estándar que permite detectar los meningiomas espinales y, en general, cualquier tumor de la columna vertebral, es la resonancia magnética. El paso a seguir es el procedimiento quirúrgico encaminado a la descompresión de la médula espinal y la resección total de la masa (la cual resulta viable entre el 82% y el 99% de los casos), en aras de evitar secuelas neurológicas permanentes.

El grado de recurrencia o recidiva de los meningiomas varía de acuerdo a su grado (0 a 15% en el I; 50% en el II y 100% en el III), y la recuperación del paciente es satisfactoria en un 85% a 95% de los casos, incluso cuando ha tenido una afección motora importante previa a la cirugía, pero su éxito dependerá de un adecuado programa de rehabilitación; de lo contrario, el meningioma podrá reaparecer o progresar, incrementándose el riesgo -normalmente bajo, 5% a 15%- de deterioro neurológico.

Habitualmente se utilizan proteínas y sueros como marcadores de contraste para confirmar o desvirtuar la existencia de meningiomas (resultado positivo o negativo, respectivamente), como la vimentina y el S100; otros, como el KI-67, permiten detectar la tasa de crecimiento y proliferación de las células tumorales, que está directamente relacionada con el grado

histológico (I, II o III), y será alta en caso de superar el 20%.

5. El escrutinio de la historia clínica cuya indebida valoración alegó la censura, a la luz de los lineamientos recién esbozados -insístase, extractados de la literatura médica vigente para la época de los hechos-, imponen concluir que los reparos esgrimidos frente al fallo de primera instancia no tienen visos de prosperidad, por las razones que pasan a explicarse:

5.1 Los galenos que atendieron a la demandante en las consultas externas realizadas en la IPS Sura Chapinero los días 3 y 17 de diciembre de 2010 (Javier Alonso Galvis Chacón y Denise Marcela Garzón Espitia), y el médico que la asistió en la unidad de urgencias del HUSI el día 9 del mismo mes y año (Carlos Felipe Hurtado Arias), no omitieron realizar las pruebas diagnósticas exigidas por la *lex artis* en un episodio de dolor lumbar.

Al contrario, todos ellos incluyeron en la historia clínica de la paciente datos precisos y suficientes en torno a sus antecedentes y al dolor que acusaba. Y con miras a confirmar o desvirtuar la existencia de las sensaciones de “marcha inestable” y “parestias” que ella exteriorizó como motivo de consulta, llevaron a cabo una exploración de su estado general y de su función motora, haciendo hincapié en el sistema osteomuscular.

En efecto:

El 3 de diciembre, el Dr. Galvis Chacón no detectó puntos dolorosos, deformidades, sinovitis, acumulación de líquido en las articulaciones, y tampoco halló “limitación en arcos de movimiento de columna cervical, dorsal ni lumbar”. Tal información permite inferir que llevó a cabo maniobras de palpación y ejercicios de flexión, extensión, rotación y lateralización, tendientes a medir la fuerza, los reflejos, la sensibilidad y el rango de movilidad muscular, hallando únicamente un ganglión en el dorso de la mano derecha.

Seis días después, el Dr. Hurtado Arias practicó otro examen motor a la convocante, concluyendo que ella tenía sus “**extremidades con trofismo normal, arcos de movimientos completos**” y,

además, “**fuerza muscular simétrica, sensibilidad conservada, reflejos osteotendinosos normales, sin signos de liberación cortical ni de irritación meníngea**”.

De hecho, tal examen fue más exhaustivo que el anterior, pues en la historia clínica consta que Dora Pinilla Torres presentó en esa oportunidad “**marcha normal**”, como también, “**columna vertebral normal, alineada, con aumento del tono muscular en la región lumbar bilateral, con dolor a la palpación de esta misma zona**, no hay signos de radiculopatía ni de sacroileitis, **signos de Patrick y Lasegue negativos**, pulsos inguinales normales, sin adenopatías, pulsos periféricos distales en miembros inferiores, tibiales posteriores y pedios normales en ambos miembros inferiores”.

Y al cabo de una semana, la Dra. Garzón Espitia ratificó que la gestora **no presentaba signo de Lasegue ni parestias y solamente presentaba dificultad en la marcha en puntas de pies** (Subrayas y negrillas ajenas al texto original).

Entonces, contrario a lo sugerido por la inconforme, ninguna de las exploraciones surtidas con anterioridad a la valoración particular del Dr. Luis Francisco Barón Cuervo, evidenció la aparición de algún signo inequívoco de alarma del dolor lumbar, o de un síntoma de presentación de los meningiomas, como lo son la “marcha inestable” y las “parestias” por ella invocadas.

Tal cosa no sucedió: la sospecha de origen neurológico -tumor del sistema nervioso central- está asociada a la aparición de un dolor lumbar de ritmo inflamatorio, el cual, itérese, no tiene relación alguna con el movimiento e, incluso, sube de intensidad con el reposo y altera el sueño. Como el quebranto padecido por la demandante entre el 3 y el 17 de diciembre de 2010 **umentaba con el movimiento**, y esa característica es inherente al **dolor de tipo mecánico**, los tres médicos coincidieron en ese diagnóstico inicial, precisando que su causa era muscular.

5.2 La práctica de exámenes complementarios como la resonancia magnética -repítase, prueba estándar idónea para despejar la sospecha de

afectación neurológica y, particularmente, de tumores del sistema nervioso central-, únicamente está recomendada en caso de que se presenten uno o varios signos de alarma del dolor lumbar, o síntomas de la manifestación tumoral (meningioma). Así lo asentó tanto la doctrina médica vigente para la época de los hechos, ampliamente referenciada con anterioridad, como el perito Juan Fernando Ramón Cuéllar, médico cirujano y especialista en neurocirugía, en el dictamen visible de folios 1001 a 1004.

De acuerdo con el acervo demostrativo (en especial, la historia clínica y la experticia en comento), la paciente sólo exteriorizó varias de esas señales el día 20 de diciembre de 2010, cuando fue auscultada tanto por el médico particular Luis Francisco Barón Cuervo, como por los profesionales del HUSI Andrea Estrada Guerrero y Sonia Patricia Millán Pérez.

En la historia clínica consta que la Dra. Estrada Guerrero, médico general, constató **pérdida de fuerza en ambos miembros inferiores (4/5)** e **“hiperreflexia”** en la rótula y el tendón de Aquiles. A su turno, la neuróloga Millán Pérez evidenció en el examen motor: **contracción de los miembros inferiores y el miembro superior derecho (espasticidad); disminución de fuerza en los miembros inferiores (3/5 izquierdo y 4/5 derecho); reflejos claramente aumentados (3/4 en tricípital y bicipital bilateral, 4/4 rotulianos y aquilianos); pérdida de coordinación muscular y marcha inestable o “espástica”,** diagnosticando un “cuadro progresivo de alteración motora, sensitiva en las 4 extremidades y **alteración de esfínteres”**.

Además, en esa calenda (20 de diciembre de 2010), concurrió otro signo de alarma: **dolor durante más de un mes**, pues en la consulta del 3 de diciembre anterior, ella afirmó haber padecido por 2 semanas el dolor, con sensaciones de “marcha inestable” y “parestias” -desvirtuadas en los exámenes motores realizados por los Dres. Galvis Chacón y Hurtado Arias, los días 3 y 9 de diciembre-.

Siendo ello así, caen al vacío las imputaciones consistentes en el “error de diagnóstico inicial”; el desconocimiento de los signos de alarma y la sintomatología característica del dolor lumbar y de los

meningiomas espinales; la falta de realización de exámenes diagnósticos durante las primeras consultas a las cuales acudió la paciente, y el retraso injustificado en la práctica de dichos exámenes y en la intervención quirúrgica.

La prueba acopiada no evidencia un error inexcusable del personal médico del HUSI en el abordaje del dolor lumbar padecido por la señora Pinilla Torres, ni una infracción del “criterio de la normalidad” estatuido por la *lex artis*, ni una omisión en la práctica de las ayudas diagnósticas recomendadas para detectar la causa del cuadro sintomático; por contera, ninguna tardanza hubo en el diagnóstico de la patología padecida por la convocante.

Además, el recuento de la atención dispensada a la paciente en el HUSI entre el 9 y el 22 de diciembre de 2010, emerge que los profesionales vinculados a esa entidad acataron lo dispuesto en los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981, a cuyo tenor, “el médico dedicará a su paciente el tiempo necesario para hacer una evaluación adecuada de su salud e indicar los exámenes indispensables para precisar el diagnóstico y prescribir la terapéutica correspondiente”, claro está, sin exponer “a su paciente a riesgos injustificados”.

5.3 Finalmente, la activante alegó, con apoyo en la declaración del médico particular que la atendió el 20 de diciembre de 2010 (Dr. Barón Cuervo), que podría haber recuperado su salud con un diagnóstico pronto -valoración por neurología y resonancia magnética- y una rápida intervención quirúrgica (el 9 de diciembre de 2010), evitando de esa manera la aparición de síntomas y reduciendo la gravedad de los riesgos y secuelas inherentes a la cirugía.

Tales aseveraciones no encuentran ningún apoyo en la historia clínica, ni en lo expuesto por la literatura galénica, pues el meningioma extirpado, al ser benigno y de primer grado, se hallaba en un estadio inicial, de baja proliferación celular y escasa agresividad. Ello es lo que emerge del análisis patológico y la medición con la proteína KI-67: **“positivo en menos del 3% de la población tumoral”**.

Además, entre los riesgos informados a la paciente y asumidos por ella al otorgar el

consentimiento escrito, están los de **“deterioro neurológico transitorio o permanente”**, **“reintervención”** y **“dolor postoperatorio”** (fl. 518), los cuales se materializaron, según emerge de las consultas, exámenes y hospitalizaciones llevados a cabo en el HUSI los días 31 de enero, 14 de febrero; 5, 9 a 11 y 25 de abril, 9 de mayo, 10 y 11 de julio de 2011 (fls. 538, 539, 545, 558, 559, 572, 575, 578, 593, 596, 601, 603, 610 y 623), y posteriormente, con otros profesionales de la salud, tales como la Clínica Palermo, los doctores Miguel Ángel Zorro Chacón, Luis Francisco Barón Cuervo y Pedro José Penagos González (fls. 104 a 171).

Si se tiene en cuenta que un año y medio después de los hechos materia del litigio, es decir, el 13 de julio de 2012, la paciente acusó dolor en la región dorsal irradiado a la pierna derecha, sugestivo de **“sacroileitis bilateral”** y **“dolor por desbalance de columna por déficit secular”** (fl. 624), es factible que su deterioro neurológico obedezca a un evento acaecido en la etapa posoperatoria, muy a pesar del bajo índice de ocurrencia de ese riesgo (5% a 15%).

6. Ninguno de los medios de prueba cuya indebida valoración pregonó la apelante - quien, dicho sea de paso, no formuló ningún reproche frente al dictamen acopiado en este juicio-, reporta una conducta en las etapas de evaluación y diagnóstico que, a simple vista, pueda catalogarse como contraria a los estándares aplicables a la precisa condición en que se hallaba la señora Pinilla Torres.

Tampoco está demostrado que el proceder de los galenos del HUSI que asistieron a la demandante, hubiese incrementado de manera determinante el riesgo de deterioro neurológico, y mucho menos, que la alegada falta de diligencia y cuidado en la materialización de las conductas que antecedieron a la intervención quirúrgica efectuada el 22 de diciembre de 2010, hubiera generado los perjuicios exorados. En ese orden de ideas, las aspiraciones indemnizatorias no podían prosperar.

Y es que, por regla general, a la parte actora le corresponde acreditar los elementos estructurales para que surja la obligación de indemnizar, es decir, demostrar en juicio la presencia de un

daño, un hecho lesivo y la relación de causalidad entre éstos, pues así lo dispone la legislación procesal al señalar que **“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”** (artículo 167 del C.G.P.).

7. Ante el fracaso de los reparos izados al fallo opugnado, éste será ratificado, por los motivos antes esbozados, con la condigna condena en costas a la recurrente (art. 365 *ibídem*).

