

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ,
D.C.SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JULIAN SOSA ROMERO

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

I.- OBJETO

Se resuelve el recurso de reposición interpuesto por el extremo demandante, contra el auto del 23 de abril de 2021, el cual declaró desierto el recurso de apelación por no haber sido sustentado oportunamente.

II. ANTECEDENTES

1°. El aquí actor mediante apoderada judicial interpuso recurso de apelación contra la providencia que profirió el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, el 29 de julio de 2020, donde expuso los reparos frente a la mencionada sentencia.

2. Recibió el expediente en esta instancia, con auto del 23 de marzo de 2021, se admitió el recurso de apelación y se dispuso

conceder a las partes el término previsto por el artículo 14 de decreto 806 de 2020¹, para que sustentara el recurso, no obstante, al no haber cumplido la parte apelante dicha carga procesal, con auto del 23 de abril hogaño, fue declarado desierto.

La apoderada judicial inconforme con dicha determinación interpuso recurso de reposición aduciendo que presentó la correspondiente sustentación con fecha 24 de noviembre de 2020 y 2 de febrero de 2021, en forma virtual ante el juzgado de primera instancia.

III. CONSIDERACIONES

El recurso de reposición procede “(...) contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (...) Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los tres (3) días siguientes al de la notificación del auto”, esto en concordancia con el artículo 138 del estatuto procesal.

La parte apelante inconforme con el auto que declaró desierto el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia radicó recurso de reposición aduciendo que con fecha 24 de noviembre de 2020 y 2 de febrero de 2021, radicó virtualmente en el

¹ Decreto 806 de 2020, artículo 14 “ (...) Ejecutoriada el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes (...)”

Juzgado 32 Civil del Circuito, la sustentación del recurso de apelación.

La forma y trámite de los recursos que procede frente a las decisiones proferidas por el Juez de primera y segunda instancia se encuentra reglado, y específicamente el artículo 322 en su inciso segundo del numeral 3, es perentorio al señalar que “Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere proferida en ella, o dentro de los tres días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia , deberá precisar, de manera breve los reparos concretos que le hacen a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”.

De esta manera, lo primero que se le exige al recurrente es que debe expresar en forma breve los reparos concretos que le hacen a la providencia recurrida, no obstante, la misma norma en su inciso cuarto del mencionado numeral señala: “Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El Juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sustentado” (Lo subrayado fuera del texto).

De otra parte, la Corte Suprema de Justicia en sentencia 10405-2017, magistrado ponente Luis Armando Tolosa Villabona, refirió “Al

respecto esta Sala ha sostenido que «el legislador previó como sanción la declaratoria de desierto del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia cuando: (i) no se precisan, de manera breve, los reparos concretos que se le hacen a la decisión, al momento de presentar la impugnación en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia y (ii) cuando no se presente la sustentación de los mencionados reparos ante el superior» CSJ STC11058-2016, 11 ago. 2016, rad. 02143-00". En este asunto, la apoderada judicial de la parte actora, si bien presentó sus reparos de forma breve ante la sentencia proferida el 29 de julio de 2020, en el Juzgado 32 Civil del Circuito de la ciudad, no obstante, no asumió la carga que le impuso el legislador de presentar sustentación del recurso de alzada ante el juez de segundo.

En estos términos, la decisión a través del cual fue declarado desierto el recurso de apelación tiene fundamento en la mencionada norma, por no haber asumido la carga de sustentar en segunda instancia los reparos efectuados ante el juez de primera instancia, en los términos previstos por la mencionada norma, por lo tanto, no es suficiente que haya presentado en forma oportuna los reparos realizados directamente ante el A-quo por el recurrente, para relevarse de la carga que prevé la ley.

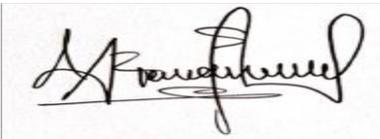
A la postre, el auto del 23 de abril de 2021, que declaró desierto el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte aquí demandante se encuentra ajustado a derecho, en el entendido que no fue sustentado el recurso de forma oportuna, como lo prevé el artículo 14 inc. 3 del decreto 806 de 2021.

DECISIÓN.

Por lo expuesto, el suscrito Magistrado Sustanciador,
RESUELVE:

CONFIRMAR el proveído de fecha 23 de abril de 2021, dadas las consideraciones antes embozadas en la parte motiva de ésta providencia.

NOTIFÍQUESE,



JULIAN SOSA ROMERO

Magistrado

(32201900423 01)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

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

Rdo. 035201700295 01

Se admite el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado 35 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA
CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

10df6e9b223ad61371615bb863d036f662186e0134fb133ce739e1ab022f4100

Documento generado en 12/05/2021 09:00:24 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

Exp.: 035201700295 01

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D. C.
SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS**

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

REFERENCIA: Ordinario.
DEMANDANTE: José Alfonso Daza Barrera y otra.
DEMANDADO: Alpha Seguridad Privada Ltda., y otros.
RADICACIÓN: 11001310303620100004702.

**CONTROL DE LEGALIDAD, AJUSTA PROCEDIMIENTO
Y CONVOCA AUDIENCIA**

ANTECEDENTES

1. El expediente del asunto de la referencia ingresa al presente despacho, siguiente en turno de sustanciación, luego que el proyecto de sentencia que presentó a la Sala el h. magistrado Jorge Eliécer Moya Vargas fuera derrotado.
2. Al revisar las diligencias, se advierte que, el expediente llegó a la secretaría de la Sala Civil el 25 de febrero de 2020 y que, a favor de la parte demandante, el recurso de apelación de la sentencia proferida se concedió en el efecto suspensivo mediante auto del seis de marzo del mismo año.
3. Igualmente, consta que mediante auto del 24 de agosto de 2020 se resolvió:
 - 3.1. Adicionar la citada providencia de marzo en el sentido de conceder, con el mismo efecto, los recursos de apelación que oportunamente también presentaron la demandada Alpha Seguridad Privada Limitada y la llamada en garantía Seguros del Estado S.A.
 - 3.2. Con fundamento en el art. 14 del D.L. 806/2020 expedido en el marco de la emergencia Económica, Social y Ecológica, correr traslado a los apelantes por el término de cinco (5) días para que presentaran sustentación de los recursos y, así, proferir sentencia escrita y no en audiencia.
4. Por último, se aprecia que los recurrentes cumplieron con la carga que les fue impuesta y que el nueve de diciembre de 2020 se dispuso ampliar el término de la segunda instancia por seis (6) meses más tal y como habilita el art. 121 CGP.

CONSIDERACIONES

5. Las circunstancias previamente destacadas son importantes, por cuanto, en ejercicio del control de legalidad previsto en el art. 132 CGP, exigen que el despacho, de un lado, evidencie el término judicial con que se cuenta para proferir la sentencia de segunda instancia y, de otro, determine si en el caso concreto era procedente ajustar el trámite del recurso de apelación de lo prescrito en el CGP a lo dispuesto en el D.L. 806/2020.

Control de legalidad a la contabilización del término judicial previsto en el art. 121 CGP para decidir la segunda instancia

6. En condiciones normales el término para agotar la segunda instancia previsto en el art. 121 CGP, hubiese vencido el 25 de febrero de los corrientes de haberse dispuesto prórroga. Sin embargo:

6.1. Como hecho notorio se tiene que con ocasión de la emergencia sanitaria nacional causada por la enfermedad COVID-19, el Consejo Superior de la Judicatura suspendió los términos judiciales de los procesos ordinarios a partir del 16 marzo¹ y hasta el primero de julio de 2020². No obstante, cabe tener en cuenta que la tramitación y decisión de los recursos de apelación contra sentencias, se exceptuó de la aludida suspensión conforme la instrucción impartida en el art. 7.2 del acuerdo n.º PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020.

6.2. En el art. 2º del D.L. 564/2020 se dispuso suspender “los términos de duración del proceso del artículo 121 del Código General del Proceso desde el 16 de marzo de 2020, y se reanudarán un mes después, contado a partir del día siguiente al del levantamiento de la suspensión que disponga el Consejo Superior de la Judicatura.”

6.3. Quiere decir lo anterior que en el asunto de la referencia el término judicial de duración del proceso en segunda instancia permaneció suspendido entre el 16 de marzo y el 22 de junio de 2020 y, por tanto:

6.3.1. Hasta antes de la suspensión no alcanzó a cumplirse un mes del término, lo que, en principio, hubiese sucedido el 25 de marzo de 2020.

6.3.2. El término de un mes se completó hasta el 25 de junio de 2020 de manera que los primeros seis meses iniciales vencieron en diciembre del mismo año, empero, considerando la prórroga decretada correspondiente a seis meses

¹ Acuerdo PCSJA20-11517 del Consejo Superior de la Judicatura.

² Acuerdo PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura.

adicionales conocida de autos (supra n.º 4), en definitiva, se cuenta hasta el 25 de junio de 2021 para resolver la segunda instancia.

Control de legalidad al ajuste del trámite del recurso de apelación de lo normado en el CGP a lo prescrito en el D.L. 806/2020

7. En el asunto de la referencia el magistrado sustanciador anterior consideró procedente ajustar el trámite del recurso de apelación de lo reglado en el art. 327 CGP a lo dispuesto en el art. 14 D.L. 806/2020, lo que, en términos prácticos, permitiría que, en el contexto de la emergencia sanitaria, transitoriamente, la sustanciación de los recursos de alzada y la expedición de la sentencia no se realicen oralmente en audiencia, sino por escrito, previo de los traslados correspondientes.

8. Tal actuación, para agosto de 2020 cuando se adoptó (supra n.º 3.2), podía no generar mayor controversia por cuanto el citado decreto legislativo apenas se había expedido dos meses atrás y fue puesto en práctica por jueces y magistrados en el entendido que en su art. 16 dispuso que entraba en vigencia a partir de su expedición y se trataba de una normatividad especial adoptada para hacer frente a una coyuntura, para garantizar la prestación del servicio de administración de justicia a través de la implementación de las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como con la flexibilización de ciertas formalidades exigidas para algunas actuaciones judiciales.

9. Con todo, lo cierto es que la aplicación automática del tránsito de legislación devino una posición controvertida al interior de la Sala Civil de este Tribunal³, así como por usuarios de la administración de justicia quienes, alegando haber interpuesto las apelaciones en vigencia del CGP, se opusieron a un abrupto cambio en el procedimiento del recurso.

10. La aludida controversia provocó la instauración de acciones de tutela y, en consecuencia, la expedición de una considerable jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia concediendo amparos por vulneración del derecho al debido proceso en aquellos casos en que el trámite del recurso de apelación se ajustó sin considerar cómo se aplican en el tiempo las reglas procesales⁴. El Alto Tribunal sostuvo:

³ Por ejemplo, entre otras, TSDJB Civil, 31 de julio de 2020, C. Márquez, rad.2018-34506-02, aclaración de voto: "...si la alzada que nos ocupa se planteó cuando no había entrado en vigencia el Decreto 806 de 2020, lo propio era tramitarla bajo los lineamientos del Estatuto Adjetivo Civil y no al amparo de la previsión contemplada en aquel acto legislativo, en virtud del fenómeno de ultractividad (...)."

⁴ CSJ Civil, tres de septiembre de 2020, L. Tolosa, rad.2020-02048-00 (STC6687-2020); igualmente, 30 de septiembre de 2020, Á. García, rad.2020-02534-00 (STC7977-2020), 30 de septiembre de 2020, L. Tolosa, rad.2020-02536-00 (STC7939-2020), primero de

“(…) si bien el Gobierno Nacional el pasado 4 de junio de 2020 profirió del **Decreto 806 de 2020** por medio del cual «*se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*», con el que, **en su canon 14 modificó el procedimiento para adelantar las apelaciones de las sentencias en materia civil y familia (art. 327 CGP)**, lo cierto es que **nada dijo sobre la transición entre una y otra legislación**, por lo que, se itera, dicho procedimiento debe seguir impartándose bajo la norma vigente para cuando se interpuso la apelación, esto es, el Código General del Proceso.

Así las cosas, el despacho atacado erró al correr el traslado para sustentar el recurso de alzada bajo los parámetros del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, pues, como quedó dicho, no atendió el tránsito de legislación entre el canon 327 del Código General del Proceso y dicho precepto, toda vez que, **en materia de recursos, debe observarse el momento de la formulación para así aplicar el trámite procesal pertinente.**⁵

“(…) el referido decreto si bien previó una vigencia inmediata, nada estableció sobre la transición entre una y otra reglamentación especialmente en relación con los recursos en curso, que acorde con la normatividad adjetiva debían agotarse acorde con la regulación existente al momento de su interposición.

Así **se desprende de forma inequívoca del contenido del canon 40 de la Ley 153 de 1887**, modificado por el artículo 624 de la Ley 1564 de 2012 (...)

Tal precepto contempla el principio de **retrospectividad como regla general** y, **de forma excepcional**, el de **ultraactividad** en materia de recursos que fueron desatendidos por el interpelado.⁶ (Itálica en el original, resaltados y subrayados del despacho)

11. En este orden de ideas, sin duda, según la jurisprudencia en cita, so pena de vulnerar el derecho fundamental al debido proceso, los recursos de apelación interpuestos antes del cuatro de junio de 2020 se deben culminar como lo dispone el art. 327 CGP. Lo anterior, con fundamento en la prevalencia del mandato especial contenido en el art. 40 de la L. 153/1883 ante la ausencia de régimen de transición procesal en el D.L. 806/2020 y, sin que esto, lesione o afecte la teleología de este último en el marco de la actual emergencia sanitaria (supra n.º 8), por cuanto, “ello en manera alguna se opone a la práctica de las audiencias orales virtuales.”⁷

12. Por tanto, puesto que en el caso concreto las apelaciones se interpusieron, se concedieron y se admitieron antes de la expedición del D.L. 806/2020, corresponde a este despacho, a pesar de las sustentaciones escritas ya presentadas, como medida de saneamiento, ajustar el trámite a lo reglado en el num. 3º del art. 322 y en el art. 327 del CGP en lo que concierne al recurso de apelación en contra de sentencia.

octubre de 2020, O. Tejeiro, rad.2020-02511-00 (STC8059-2020), seis de octubre de 2020, O. Tejeiro, rad.2020-02448-00 (STC8180-2020), ocho de octubre de 2020, L. Tolosa, rad.2020-02601-00 (STC8258-2020), 22 de octubre de 2020, L. Tolosa, rad.2020-02722-00 (STC8900-2020), cuatro de noviembre de 2020, Á. García, rad.2020-02906-00 (STC9592-2020).

⁵ CSJ Civil, 23 de septiembre de 2020, A. Quiroz, rad.2020-02391-00 (STC7665-2020)

⁶ CSJ Civil, 23 de septiembre de 2020, F. Ternera, rad.2020-02416-00 (STC7658-2020)

⁷ CSJ Civil, tres de septiembre de 2020, L. Tolosa, rad.2020-02048-00 (STC6687-2020)

Medidas a adoptar

13. En razón de lo antedicho, se dispondrá dejar constancia que el término para proferir sentencia de segunda instancia tiene el 25 de junio de 2021 como fecha límite. Asimismo, se dispondrá dejar sin efectos el ordinal segundo del auto por medio del cual se ajustó el procedimiento del CGP al D.L. 806/2020 y, por tanto, se fijará fecha para realizar de manera virtual **audiencia de alegaciones y fallo** conminando a las partes frente a su deber de asistir a la diligencia y formular en ella sus alegaciones.

En mérito de lo expuesto, el suscrito magistrado,

RESUELVE

PRIMERO: DEJAR CONSTANCIA que el término para proferir sentencia de segunda instancia tiene el 25 de junio de 2021 como fecha límite, con base en lo expuesto en la presente providencia.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTO el ordinal segundo de la parte resolutive del auto expedido el 24 de agosto de 2020, con base en lo expuesto en la presente providencia.

TERCERO: Fijar el dos de junio de dos mil veintiuno (2021) a las diez (10:00) a.m. para realizar la audiencia de **sustentación, alegaciones y fallo** de que trata el num. 3º del art. 322 y el art. 327 del CGP. La diligencia se realizará de manera virtual mediante la plataforma digital Lifesize requiriendo el apoyo técnico del CENDOJ. Por tanto, la Secretaría deberá coordinar con las partes e intervinientes lo pertinente para acceder oportunamente a la audiencia virtual.

CUARTO: COMUNICAR a las partes e intervinientes el presente auto a través de sus correos electrónicos dejando constancia de la entrega del correspondiente mensaje de datos y **ADVIRTIÉNDOLES** sobre su deber de **asistir a la diligencia** y formular en ella **las sustentaciones y/o alegaciones**.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA
Magistrado
(Firmado electrónicamente)

Firmado Por:

OSCAR HUMBERTO RAMIREZ CARDONA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 002 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA
D.C.,**

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

Código de verificación: **86d0de8dbfcb74f3c72df09a2105eb6efe4a3819a6223e0a56b78b3ec9e507c2**

Documento generado en 12/05/2021 03:17:10 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

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

Proceso:	Ejecutivo singular
Demandante:	Argenta estructuradores S.A.
Demandado:	Rícarma S.A.S. y otro
Radicación:	110013103 037 2019 00220 01.
Procedencia:	Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto:	Apelación Sentencia

El apoderado de la parte ejecutante allegó a esta Corporación copia del contrato de transacción celebrado entre Argenta Estructuradores S.A.S. y el demandado Julián Andrés Figueroa Rueda, apelante; así como memorial remitido al Juzgado 37 Civil del Circuito el 11 de mayo de 2021 mediante el cual solicita la terminación del proceso ejecutivo del epígrafe.

En el clausulado de transacción determinaron: a) Julián Andrés Figueroa Rueda pagaría a la firma del contrato \$50.000.000 mediante cheque de gerencia; b) el citado ciudadano pagaría \$7.500.000 el día siguiente hábil a que el Juzgado 37 Civil del Circuito “emita la correspondiente decisión de terminación” y, cumplidas estas dos condiciones, es decir, la terminación del proceso más el pago de los \$7.500.000 “Julián Figueroa presentará solicitud de deestimiento (sic) del recurso de apelación (...)”

Es del caso memorar que “(...) En varias ocasiones la Corte ha sentado la doctrina de que son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: PRIMERO, la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; SEGUNDO, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme; TERCERO, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas (Cas. civil diciembre 12 de 1938, XLVII, 479-480; cas. junio 6 de 1939, XLVIII, 268)”.

Teniendo en cuenta estos elementos se ha definido con mayor exactitud la transacción expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

Revisados los documentos allegados, se observa que las partes llegaron a un punto de consenso; no obstante, el desistimiento del recurso de apelación que en esta Colegiatura se tramita quedó supeditado a condiciones previas y al desistimiento por parte del apelante; lo que no ha ocurrido. Ha de entenderse que simplemente se allegó a título informativo, pues sobre sus efectos se sometió a decisión del *a quo*.

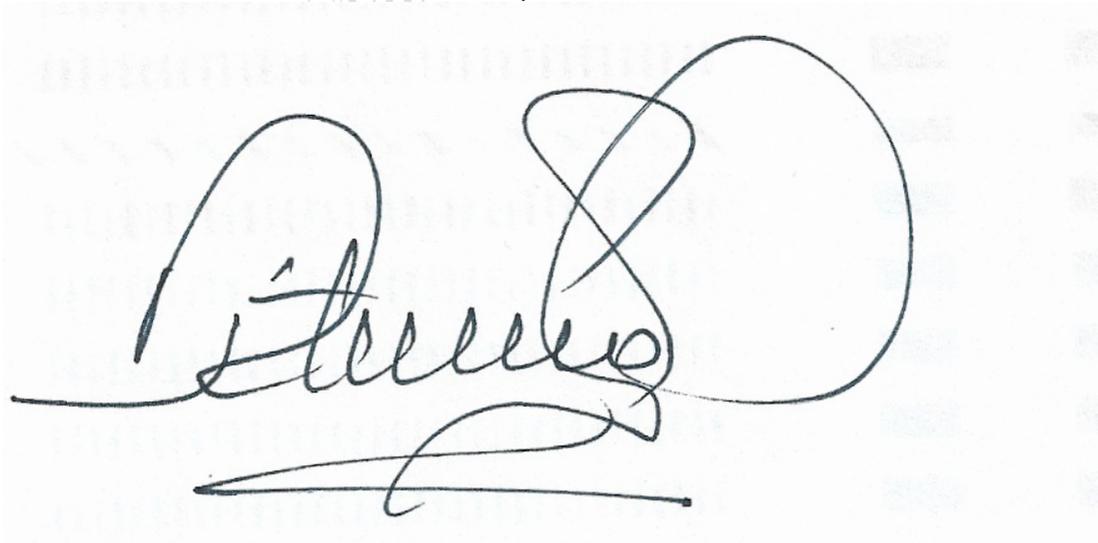
Por ende, se debe proseguir con el trámite de esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **RESUELVE:**

1. Téngase en cuenta la información suministrada.
2. Prosígase con el trámite de esta segunda instancia. Secretaría controle términos.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

A large, stylized handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', is centered on the page. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA
Magistrada Sala Civil Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

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

Código de verificación: **3c1e7ead89173f177f2e39173e1da8958366750ab1ebb2a1434da4315f41ccae**

Documento generado en 12/05/2021 10:13:12 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

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

Proceso: Ejecutivo con garantía real.
Demandante: José del Carmen Orjuela Chaparro y otro
Demandante: Derly Maritza Rodríguez Montes
Radicación: 110013103044201900099 02
Procedencia: Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá

En la liquidación concentrada de costas inclúyase la suma de \$2'000.000,00 como agencias en derecho de esta instancia.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', written over a light blue grid background.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

(2)

Firmado Por:

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

Magistrada Sala Civil Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

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

Código de verificación: **9ed65a1d8eaa242e1c10917392adfad844c369abf32e68cf207f243b4596afef**

Documento generado en 12/05/2021 10:49:15 AM

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

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

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión de la fecha.

Proceso: Ejecutivo con garantía real.
Demandante: José del Carmen Orjuela Chaparro y otro
Demandante: Derly Maritza Rodríguez Montes
Radicación: 110013103044201900099 02
Procedencia: Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación promovido por la parte demandada contra la sentencia emitida el 10 de diciembre de 2019, por el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Los señores José del Carmen Orjuela Chaparro y Germán Eduardo García Gómez promovieron proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real en contra de Derly Maritza Rodríguez Montes. Reformada la demanda se pidió mandamiento de pago¹ así, a favor del señor Orjuela Chaparro y a cargo de la demandada:

1.1. \$25.000.000 por capital representado en el pagaré No. 01, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total. Más los intereses de plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

¹ Folio 122, cuaderno digital “10DemandaAnexos”

1.2. \$95.000.000 por concepto de capital representado en el pagaré No. 03, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total y los réditos de plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

1.3. A favor de Germán Eduardo García Gómez contra Derly Maritza Rodríguez Montes por las siguientes sumas de dinero:

1.3.1. \$25.000.000 por concepto de capital representado en el pagaré No. 02, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total. Más intereses de plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

1.3.2. \$125.000.000 por concepto de capital representado en el pagaré No. 04, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total, junto con los intereses de plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

1.4. Como petición especial solicitó embargo y posterior secuestro de los bienes dados en garantía, identificados con folios de matrícula #50N-20180898 y 50N-20180900 (carrera 27 A #136-26 apartamento 501 y garaje 2 Edificio Roalcaba).

2. El *petitum* se erigió en los supuestos fácticos que enseguida se sintetizan:

2.1. La señora Derly Maritza Rodríguez Montes suscribió a favor de José del Carmen Orjuela Chaparro los pagarés No. 01 y 03, por \$25.000.000 y \$95.000.000 respectivamente, los cuales deberían ser cancelados el 7 de septiembre de 2018. Así mismo, se pactó el pago de intereses de plazo a la tasa del 1.8% mensual, pero no se cumplió con la obligación del capital ni de los réditos.

2.2. La demandada suscribió a favor de Germán Eduardo García Gómez los pagarés No. 02 y 04, por \$25.000.000 y \$125.000.000 respectivamente, los cuales deberían ser cancelados el 7 de septiembre de 2018; así mismo, se pactó el pago de intereses de plazo a la tasa del 1.8%

mensual, pero no se cumplió con la obligación del capital ni de los réditos.

2.3. La señora Rodríguez constituyó garantía sobre los inmuebles identificados con folios de matrícula No. 50N-20180989 y 50N-20180900.

2.4. A la fecha la demandada no ha cumplido con lo pactado, pese a múltiples requerimientos.

3. El Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá D.C. libró orden de pago por la vía ejecutiva para la efectividad de la garantía real en auto del 4 de marzo de 2019², y se reformó mediante providencia del 20 de marzo del mismo año. Igualmente, decretó el embargo de los predios gravados con la hipoteca y dispuso notificar al tercero acreedor hipotecario, Luis Enrique Muñoz Carrero.

4. Notificada la ejecutada por conducta concluyente³ se pronunció⁴, aceptando como ciertos algunos hechos, indicando que eran parcialmente ciertos otros y negó el último. Igualmente, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“falta de exigibilidad de los títulos valores; abuso del derecho; cobro de lo no debido; temeridad; mala fe; abuso del derecho; enriquecimiento sin justa causa”*⁵.

5. El tercero acreedor hipotecario, Luis Enrique Muñoz Carrero, acumuló demanda ejecutiva para la efectividad de la garantía hipotecaria contra Derly Maritza Rodríguez Montes⁶ y, mediante auto del 10 de mayo de 2019⁷ se expidió el auto de apremio a favor de aquel y a cargo de esta por:

5.1. \$25.000.000 por concepto de capital contenido en el pagaré soporte de la ejecución, junto con los intereses de mora a la tasa máxima desde que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se efectúe el pago.

5.2. \$25.000.0000 por concepto de capital contenido en el pagaré soporte de la ejecución, junto con los intereses de mora a la tasa máxima desde que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se efectúe el pago.

² Folio 100 cuaderno digital “10demandaanexos”

³ Folio 126 ibidem.

⁴ Folio 156 ibidem.

⁵ Folios 157 a 161 cuaderno digital “10demandaanexos”

⁶ Folios 52 a 60 cuaderno digital “01demandaacumulada”

⁷ Folio 77 ibidem.

6. La demandada fue notificada por estado, contestó la demanda y formuló las excepciones de “cobro de lo no debido, temeridad, mala fe, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, usura, pago parcial de intereses”⁸.

7. Enseguida se surtieron las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 de la Ley 1564 de 2012, culminando el trámite con la sentencia en la que se resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas, y ordenó seguir adelante la ejecución tanto en la demanda principal como en la acumulada, disponiendo la venta en subasta de los bienes dados en garantía, para con su producto pagar las obligaciones, liquidar los créditos y las costas.

LA SENTENCIA APELADA

Luego de reseñar las actuaciones surtidas, el *a quo* pasó a examinar las excepciones formuladas por la ejecutada, para lo cual indicó que los actores están legitimados para iniciar el proceso, pues allegaron tanto los títulos valores como el instrumento público mediante el cual se constituyó la garantía.

Recordó que frente a la demanda principal, se argumentó que los pagarés tenían espacios en blanco, en cuanto a la fecha de vencimiento de la obligación, por ello, cada uno tiene la respectiva carta de instrucciones. En este último documento se estableció que la deudora facultaba a los acreedores para llenar los espacios en blanco, dando la potestad para diligenciarlo en cualquier momento. En esas condiciones, les bastaba a los acreedores diligenciar el espacio de la fecha de vencimiento y, exigir el pago después de dicha data. Luego, no es de recibo la excepción de abuso del derecho y que se diligenció el pagaré de “*forma sorpresiva*” cobrándole \$270.000.000; además, que la exigibilidad de la obligación era dable, debido a lo determinado en la escritura pública 2158, en la que se fijó como plazo para solucionar las obligaciones 12 meses, sin que se hubiere prorrogado en tanto, los acreedores nada informaron sobre la extensión del plazo; sin que el cumplimiento estuviera supeditado a alguna condición distinta a la pactada en la literalidad del instrumento.

⁸ Folios 91 a 95 ibidem.

Agregó, que al leer detenidamente la sección segunda de la denominada *“hipoteca abierta sin límite de cuantía”* en la cláusula cuarta se estableció que la misma se constituía en favor de los acreedores respaldando cualquier obligación que la hipotecante contrajera con aquellos, y en el ordinal siguiente se manifestó que *“todas aquellas obligaciones contraídas por la hipotecante mediante esta escritura deberán ser canceladas en su totalidad junto con los intereses y demás obligaciones en un plazo de doce meses (...)”*, sin que dentro del contenido se evidencie contrato de mutuo alguno, o condicionara la existencia de las obligaciones acaecidas con la suscripción de la escritura pública.

El citado instrumento público no tiene el contrato de mutuo, lo que se creó para las partes fue la creación de unos títulos valores y la hipoteca de manera abierta, que respaldara por cualquier obligación contraída por la deudora en favor de los acreedores.

Indicó que cada pagaré contempla la fecha de exigibilidad con base en la carta de instrucciones que ella suscribió frente a cada una de las obligaciones, pero aún, si se aceptara que la exigibilidad de los pagarés dependía de la escritura pública, también habría que decir, que en el caso específico estaba vencida la fecha ya había corrido el término del año inicialmente previsto para el pago de la totalidad de las obligaciones como se había acordado; plazo que no fue prorrogado, pues allí quedó establecido que la prórroga solo podía darse por voluntad de los acreedores, sin que tal circunstancia se hubiera dado, en tanto que fueron ellos mismos los que decidieron exigir el cobro de los dineros adeudados; así lo explicaron en los interrogatorios de parte, donde dijeron que la deudora había solicitado ampliación del plazo y había sido negado; además, en el suyo la deudora manifestó que no se había llegado a un acuerdo sobre la ampliación del plazo.

En lo atinente a las defensas de *cobro de lo no debido; temeridad; mala fe; abuso del derecho; enriquecimiento sin justa causa*, basadas en que el desembolso del crédito fue incompleto; sin que se hubiera indicado en qué consistía, cuál era el fundamento fáctico y solo hasta el interrogatorio de parte fue cuando pregonó que no había recibido la totalidad de \$90.000.000 por cuanto está fue depositada en la cuenta de ahorros No. 299-569-531-95 a nombre de Luis Fernando Montoya Moreno, manifestación que fue corroborada por el testigo.

Consideró la juez que no podía prosperar tal defensa porque i) la demandada no reclamó por este faltante a los demandantes, o por lo menos no lo acreditó, ni tampoco lo reseñó siquiera en la contestación; ii) pagó intereses sobre la totalidad del capital, sobre los \$270.000.000, las reglas de la experiencia muestran que no se pagan intereses sobre dineros no entregados; iii) a folio 236 obra un documento reconocido por la demandada que da cuenta que recibió la suma total, los \$270.000.000, y sobre los gastos allí relacionados, los reconoció y los aceptó al momento de rendir el interrogatorio de parte; iv) en la comunicación que obra a folio 237 del expediente, remitida por la misma ejecutada, en la que solicita ampliación del plazo el 15 de agosto de 2018, señala categóricamente *“reunir \$270.000.000 no es tarea fácil”*; es decir, reafirma que sí recibió la citada suma.

Así, el préstamo si fue otorgado en total por \$270.000.000, y cualquier disputa en cuanto a que fue *“indebidamente desembolsado”* en dicho de la ejecutada, así como del testigo que corroboró, y el embargo de la cuenta en la cual se desembolsó el dinero, son asuntos que atañen únicamente a los acuerdos entre la demandada y el testigo; es que el desembolso de los dineros no se puso en duda, no se negó la consignación y, consta ello en el expediente.

Advirtió que no puede hablarse de ejercicio abusivo del demandante, ni posición dominante de este, toda vez que el contrato fue celebrado por las partes, convenido por estas pues dicha figura es para la protección de los consumidores dentro del marco del derecho del consumo, sin que este sea el caso. Además, la necesidad de un dinero tampoco implica adhesión absoluta.

Enseguida se ocupó de la demanda acumulada, respecto de la cual la demandada pregonó el pago de \$10.000.000 y el demandante aceptó haber recibido; no obstante, dicho dinero no puede ser aplicado en capital en su totalidad, en razón a que conforme a la prueba documental (folio 43) así como lo expuesto por el señor Muñoz Carrero, estos fueron por concepto de intereses, aun cuando no se indicó si se había hecho una liquidación de intereses, por lo que se tiene en cuenta lo dispuesto en el pagaré, es decir, primero se pagarían de manera anticipada los intereses de plazo que se generaran para cada capital, \$500.000 es decir, que mensualmente debía pagar \$1.000.000 de los dos pagarés que suma \$50.000.000. Así las cosas,

significa que entre el 12 de octubre de 2017 fecha en que se crearon los títulos y el 12 de abril del 2018 data de vencimiento, se debieron cancelar por intereses la suma de \$6.000.000, ello no ocurrió; empero, el 12 de marzo de 2018 se hizo el pago de \$10.000.000, de esa manera, queda un excedente de \$4.000.000 los cuales serán imputados al momento de la liquidación del crédito en los términos del artículo 1653 del Código Civil.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada apeló exclusivamente la sentencia en cuanto a la resolución del petitum de la demanda principal, fundando su disenso en lo siguiente:

Que el *a quo* “*deslindó la autonomía de la voluntad pactada en el contrato de hipoteca entre los contratantes para constituir en mora al deudor y darle paso a la exigibilidad de la obligación*”.

Indebida valoración probatoria la cual llevaba a probar el verdadero negocio jurídico, toda vez que no se desembolsó la totalidad del préstamo, y, por ende, hubo mal estudio de la excepción de cobro de lo no debido.

CONSIDERACIONES

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.
2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por la apelante en la primera instancia, que fueron sustentados ante esta Colegiatura, atendiendo la pretensión impugnativa de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.
3. Sea del caso recordar que la acción incoada ante la jurisdicción es la ejecutiva, cuya naturaleza tiene como característica esencial la certeza y determinación del derecho sustancial que se pretende con la demanda, seguridad esta que otorga el título del cual emana la acción, el cual debe ser claro, expreso y exigible,

características que reúne una obligación cuando es palmar y evidente su existencia, su objeto y su actualidad a favor de una persona y con cargo a otra, de manera plena y auténtica.

Memórese que, la obligación es **exigible** cuando puede cobrarse, solicitarse o demandar su cumplimiento del deudor; la exigibilidad, dice Hernando Morales Molina (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial) “*consiste en que no haya condición suspensiva ni plazos pendientes que hagan eventuales o suspendan sus efectos, pues en tal caso sería prematuro solicitar su cumplimiento*”. En otras palabras “*La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición, o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada*”⁹

4. Para definir la segunda instancia, debe iniciar la Sala por recordar que la hipoteca nace por acuerdo de voluntades plasmado en un negocio jurídico que asume la modalidad de contrato; perfeccionada, otorga al titular del crédito con hipoteca los atributos propios del derecho real, esto es, disponibilidad, persecución y preferencia, así es concebido en el artículo 2432 del Código Civil: “*La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor*”. Ello significa que la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados (inmuebles), enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación principal. Dicho en otros términos, es un contrato que puede ser definido, como aquél por virtud del cual determinados bienes (inmuebles) quedan constituidos en garantía del cumplimiento de una obligación, para que, en el caso de que ésta no se realice, sean destinados a satisfacer con su importe el monto de la deuda cuyo pago se encuentra afecto por voluntad de su titular. Siendo el contrato de hipoteca accesorio, para que sea procedente el pronunciamiento acerca de éste debe existir uno principal, ya que en nuestro ordenamiento positivo se sabe que lo accesorio corre la suerte de lo principal, pues aquél no es un contrato autónomo. Tema sobre el que la jurisprudencia se ha pronunciado así: “*Como lo ha señalado esta Corporación, la hipoteca no es otra cosa que ‘una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien al pago de una obligación sin que haya desposesión actual del constituyente y que le permite al acreedor hipotecario, vencido el plazo, embargar y hacer rematar ese bien, sea quien fuere la persona que estuviere en*

⁹ Sent., S. de N. G., 31 agosto 1942, LIV, 383, en Código Civil, Jorge Ortega Torres, Editorial Temis, 1982

posesión de él, para hacerse pagar de preferencia a todos los demás acreedores con títulos quirografarios[4]¹⁰.

Ahora bien, debido a su característica de ser accesorio, la hipoteca es figura que no puede ser concebida con existencia jurídica propia e independiente, si se tiene en cuenta que esta sólo concurre en función garantizadora de una obligación y como tal, inevitablemente está ligada a la obligación cuyo cumplimiento respalda. De allí que el artículo 2410 del Código Civil, aplicable a la hipoteca, preceptúe que *“ésta supone siempre una obligación principal a que accede”*.

Es decir, que sin obligación no existe hipoteca. Característica que ni siquiera se mitiga en el supuesto de la hipoteca abierta que, como se sabe, tiene por mira garantizar obligaciones futuras, toda vez que su efectividad, al igual que cualquier hipoteca, queda sometida a que existan esas obligaciones. Razón por la cual el artículo 2438 *ibídem* indica que una hipoteca de esta clase se pueda otorgar *“antes o después de los contratos a que acceda”*, pero condicionada a la existencia de la obligación al punto que bien puede el otorgante de la garantía hipotecaria exigir del beneficiario de la garantía y futuro acreedor, la cancelación del gravamen hipotecario abierto si es que no existen obligaciones, vale decir, cuando no existe un acreedor, bien porque no obstante haber constituido la hipoteca ya no le interesa utilizar los créditos o bien porque hizo uso de ellos y los solucionó.

Es por esas razones, que en tratándose de la acción ejecutiva hipotecaria y en eventos en los que, como aquí, la obligación principal a la que accede la hipoteca no está contenida en el mismo instrumento, el artículo 468 del Código de Procedimiento Civil que hoy nos rige exige *“a la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda...”*; es decir, atendido el carácter accesorio de la hipoteca es menester aportar junto con la demanda la prueba de la hipoteca y, además, la prueba de la obligación a la que accede.

Así, planteado el escenario legal aplicable se revela con claridad que la hipoteca requiere, con miras a hacerle cumplir su función garantizadora, la existencia previa, presente o futura de una obligación. Son indiscutiblemente conexos la hipoteca y la obligación.

¹⁰ Corte Constitucional, Sala Plena, 12 de junio de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, Sentencia C- 454 de 2002.

No puede pasarse por alto que, la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública¹¹, la cual deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos¹², requisitos que ha recalcado la jurisprudencia:

“Al respecto es oportuno destacar que, frente a lo puntualmente consagrado en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil, es claro que el perfeccionamiento de la hipoteca ocurre a partir de la fecha de su inscripción en el registro de instrumentos públicos. En efecto, mientras que la primera de aquellas disposiciones exige que tal gravamen debe otorgarse por escritura pública, la segunda regla prescribe que “La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción” (Subraya la Corte).

De ahí que deba deducirse, como lo ha puntualizado esta Corporación, que “...este contrato accesorio, que origina el derecho real persecutorio y preferente, es contrato legalmente sometido a dos solemnidades igualmente indispensables para su existencia: el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el libro de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito este último al que corresponde, además, el significado y función de la tradición del derecho real de hipoteca. Así está dispuesto en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil...”. (LVIII, pág. 76).”¹³

Por ser un derecho real, la hipoteca confiere a su titular los atributos de persecución y de preferencia. En virtud del primero, el titular puede perseguir la cosa hipotecada, en manos de quien se encuentre. Así lo establece el inciso primero del artículo 2452 del Código Civil: *“La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”.*

El atributo de preferencia *“consiste en que el producto de la venta del inmueble hipotecado, lograda mediante el ejercicio de la acción de persecución, se destina al pago del crédito hipotecario, preferentemente al de cualquier otro crédito”.* (Gómez Estrada, César. De los principales contratos civiles, Pág. 466). Esto, sin perjuicio de la existencia de los créditos privilegiados de primera clase, de que trata el artículo 2495 del Código Civil.

Importa especialmente destacar, en este análisis, el atributo de persecución. El titular de la hipoteca puede perseguir la finca hipotecada, *“sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”.* De un modo

¹¹ Artículo 2434 del Código Civil.

¹² Artículo 2435 del Código Civil.

¹³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 29 de abril de 2002, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Ref. Expediente No. 6258

semejante, el dueño que ejerce la acción reivindicatoria o de dominio demanda al poseedor, sea quien fuere, en virtud del atributo de persecución, inherente al derecho real de dominio: si el acreedor hipotecario quiere ejercer solamente la acción real originada en la hipoteca, sólo tiene que demandar a quien posea el bien hipotecado, a su actual propietario (artículo 2452 Código Civil).

En este evento nuevamente, los derechos que pudiere tener quien empeñó sus bienes para que un tercero se viera respaldado o afianzado en una obligación que no atañe al hipotecante, se instalan en la esfera de las relaciones ajustadas entre éstos, sin que puedan en manera alguna afectar el legítimo derecho del acreedor hipotecario a quien le es inoponible la gratuidad que pudiere estar inmersa en la actuación del propietario real pues aquel, ostenta desde la constitución del gravamen, la facultad persecutoria del bien, establecida en el artículo 2452 del Código Civil.

En el contrato de hipoteca intervienen generalmente tres personas: el hipotecante o constituyente, el deudor y el acreedor hipotecario; las dos primeras calidades pueden estar en cabeza de una misma persona como cuando el propietario del bien se obliga personalmente y constituye hipoteca por esa deuda suya, caso en el cual él se encuentra en calidad de hipotecante debido a que está constituyendo el gravamen y a la vez es el deudor, porque de manera personal y directa adquirió la obligación o recibió el préstamo; aquí entonces es claro que interviene como parte en el contrato de hipoteca y como obligado en el contrato o título a que accede (artículos 2439, inciso 2, y 2454 inciso 1, Código Civil). Pero también el hipotecante y el deudor de la prestación pueden ser personas distintas, y es el caso en que el dueño del bien lo grava para la seguridad de una obligación ajena (artículo 2439 -2 *ejusdem*); en este evento el hipotecante sólo actúa como garante, pero no tiene la calidad de deudor, esta calidad está en cabeza de la persona que ha aceptado la deuda o recibido el préstamo. El acreedor hipotecario siempre será el acreedor de la obligación y el dueño del derecho real sobre el bien hipotecado, esto es, la persona que realizó el desembolso de una cantidad líquida de dinero a favor de quien está en la obligación de pagar: dar, hacer, o no hacer.

Conforme a la ley sustancial, el acreedor hipotecario, cuando la obligación se hace exigible, tiene varias opciones para efectivizarla, a saber; i) la de carácter

personal o ejecutivo singular que brota del derecho del crédito, que deberá dirigir sólo contra el obligado en el título quirografario si este está o no dentro de la misma escritura pública de hipoteca y si el deudor es distinto del hipotecante, con fundamento en el artículo 2449 del Código Civil modificado por el artículo 28 de la ley 95 de 1890, al cual se refiere el CAPITULO V, del Título Único, sección segunda, proceso ejecutivo, de la ley 1564 de 2012; ii) de la estirpe real o acción hipotecaria, derivada del derecho de hipoteca que debe promover contra la persona que aparezca como titular del derecho de dominio del inmueble gravado con la hipoteca, también con apoyo en la disposición atrás citada, sección, título y capítulos del régimen procesal mencionado; y, iii) la acción que se conoce como mixta, en donde puede involucrar como demandado al obligado o deudor en el título quirografario y al propietario del inmueble hipotecado, o si estos son una misma persona, contra ella, apoyado en las mismas normas y persiguiendo los bienes gravados y otros no dados en prenda o hipoteca, o si considera que el bien dado en garantía no es suficiente para garantizar el pago de la obligación.

De otro lado, se tiene que el artículo 2433 de Código Civil, dispone que: *“La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”*.

Esto significa que uno o todos los bienes dados en garantía responden por la totalidad de la obligación garantizada, por lo que, es a elección del acreedor, perseguir uno, varios o todos los bienes dados en hipoteca y, obviamente la acción debe dirigirse contra el propietario o los propietarios inscritos de dichos bienes gravados.

Igualmente el artículo 1583 del ordenamiento sustancial que se viene citando, en su numeral 1º señala: *“La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada. El codeudor que ha pagado su parte de la deuda no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca; ni aún en parte, mientras no se extinga el total de la deuda, y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aún en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores.”*, significando que por esta norma tampoco es divisible la hipoteca.

5. Las obligaciones demandadas se encuentran claramente contenidas en los pagarés exhibidos por los demandantes, cuya autenticidad se presume (artículo

793 del Código de Comercio) y que además no fueron repudiados por la demandada; junto con el contrato de hipoteca de la que se arrimó primera copia de la escritura pública en la que se constituyó.

6. Para el caso de la demanda principal, a la que se circunscribe el objeto de reparo, en criterio de la demandada las obligaciones inmersas en los pagarés base de la acción no son exigibles, por el contrario, y atendiendo a lo expuesto en la hipoteca, debió constituirse en mora previo a la presentación de la demanda.

Según las nociones sobre el contrato de hipoteca que *ut supra* se consignaron, no puede confundir éste contrato accesorio, con la obligación principal que respalda.

En la escritura 2158 del 8 de agosto de 2017 otorgada en la Notaría 6ª de esta ciudad, al constituirse la hipoteca, en la cláusula 4ª se anotó:

“La Hipoteca que la exponente HIPOTECANTE constituye a favor de LOS ACREEDORES por medio de este instrumento, tiene el carácter de ABIERTA SIN LIMITE DE CUANTIA DE PRIMER GRADO, y garantiza o respalda cualesquiera obligación que por cualquier causa contraiga LA HIPOTECANTE a favor de LOS ACREEDORES, a partir del otorgamiento de esta escritura, además de las que tenga contraídas con anterioridad a ella, aunque sus vencimientos sean posteriores al de este término, siendo entendido que garantizará o respaldará tanto los dineros entregados por concepto de capital, como también los intereses pactados, equivalente al uno punto ocho por ciento (1,8%) mensual, durante los doce (12) meses siguientes, contados a partir de la firma de esta escritura, y en caso de prórroga tácita o escrita, automáticamente sin necesidad de notificación o requerimiento, ...” y pagar intereses de mora “por el incumplimiento de las obligaciones aceptadas en esta escritura y las que consten en los diferentes títulos valores o documentos que para el efecto suscriba la HIPOTECANTE a favor de sus ACREEDORES”.

En la cláusula quinta se consignó *“las obligaciones contraídas por la hipotecante mediante esta escritura, deberán ser canceladas en su totalidad, junto con los intereses y demás obligaciones, en un plazo de doce (12) meses contados a partir de la firma de la presente escritura, prorrogables a voluntad de los acreedores.”*

Así mismo, en la cláusula sexta pactaron *“En todos los casos en que los acreedores necesiten hacer efectivas las obligaciones garantizadas con la hipoteca que mediante el presente instrumento se constituye, bastará al efecto presentar en legal forma los respectivos títulos valores o documentos en que consten las deudas*

*junto con una copia de la presente escritura debidamente registrada*¹⁴.

Y en la cláusula 10^a los acreedores fueron facultados para dar por vencido el plazo de cualquiera de las obligaciones garantizadas y exiir el pago inmediato, entre otros eventos:

“1.) En caso de que LA HIPOTECANTE deje de pagar dentro del tiempo acordado cualquier obligación aquí descrita, o que consten en documentos, pagarés, letras de cambio, etc., a favor de LOS ACREEDORES.”

Refulge de tales estipulaciones contractuales que el contrato accesorio avala cualquier obligación que hubiese ya contraído o las que adquiriera con posterioridad a ese acto la señora Rodríguez Montes con los señores Orjuela Chaparro y García Gómez, no sólo las indicadas en dicho acto, sino las que se hicieren constar en otros documentos. Y es que según la cláusula 3^a del acto de compraventa que primeramente se hizo constar en el citado instrumento, parte del precio lo pagaba la compradora con un crédito que los aquí demandantes le concedieron por \$50'000.000,00; préstamo que no fue el único amparado, sino cualquier otra obligación que asumiera la hipotecante.

Conforme lo pactado por las partes en el citado instrumento público, se evidencia que la relación jurídica efectivamente estaba sometida a un plazo de doce meses contados a partir del 8 de agosto de 2017, lo que significa que vencía el 8 de agosto de 2018. Por ende, el plazo citado estaba ampliamente superado al momento de la presentación de la demanda 4 de febrero de 2019¹⁵.

Es de agregar que, por otro lado, el acreedor se encontraba autorizado para exigir el cumplimiento de la prestación debida, pues el derecho reclamado surgió del vencimiento de plazo pactado.

Se suma a lo anterior, el hecho indiscutido que la demandada Rodríguez Montes otorgó sendos títulos valores, en la especie pagarés, con los que se comprometió a pagar las sumas de dinero que allí claramente se indicaron, dejando sólo en blanco la fecha de vencimiento, autorizando expresamente para que fuera llenado *“2) La fecha de vencimiento será aquella en que se llenen los espacios en blanco”*

¹⁴ Folio 59 a 61 cuaderno digital “10demanda anexos”

¹⁵ Folio 91 Acta de reparto

Por ello, indubitable es que pactada la solución de la obligación a una fecha cierta, que fue superada en el tiempo, la obligación es exigible, sin que fuera necesario requerimiento previo; además, insatisfecha la obligación empezaron a generarse réditos por la mora, también sin necesidad de reconvención para su pago.

El argumento del censor no es admisible, pues incurre en error al confundir la exigibilidad con la mora, figuras jurídicas disímiles; y también al soslayar que el contrato de hipoteca es accesorio, cuando las obligaciones cuyo recaudo se persiguen tienen fuente en los pagarés que la deudora extendió comprometiéndose a pagar incondicionalmente las sumas de dinero allí determinadas (artículo 709 del Código de Comercio); títulos valores caracterizados por su autonomía y literalidad y que para el caso constituyen la obligación principal.

Aunado a lo anterior, la prórroga debía ser expresa a voluntad de los acreedores, situación que no ocurrió.

A su vez, y conforme a lo determinado en los pagarés base de la ejecución y en atención a la autonomía que a estos recubre al tenor del artículo 619 del Código de Comercio, la exigibilidad de los montos descritos en cada uno de ellos se fijó para el 7 de septiembre de 2018; data diligenciada atendiendo las instrucciones dejadas por la obligada cambiaria, en las que se dispuso que el acreedor tenía facultad *“para llenar los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento”*; además que ese fue el único espacio que se dejó incompleto al momento de otorgarse los pagarés.

En conclusión, el reparo formulado no tiene vocación de prosperidad.

6. En lo que atañe al reparo de indebida valoración probatoria referente a la excepción de cobro de lo no debido, planteado de manera retórica, abstracta e imprecisa, lo que ameritaría no hacer pronunciamiento alguno, sin embargo, dando prelación al derecho sustancial se analizará.

Encuentra la Sala que al plenario se aportó lo siguiente:

Pagaré No. 01 - CA20336424 otorgado por la demandada en que se comprometió a pagar \$25.000.000, suscrito el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018¹⁶.

Carta de instrucciones para llenar *“los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento del pagaré No. 01-CA20336424”*¹⁷ de fecha 8 de agosto de 2017.

Pagaré No. 02 - CA20336435 por \$25.000.000, con fecha de suscripción el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018, otorgado por la ejecutada¹⁸.

Pagaré No. 03 - CA20336429 por \$95.000.000, extendido el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018, otorgado por la señora Derly Rodríguez¹⁹.

Carta de instrucciones para llenar *“los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento del pagaré No. 03-CA20336429 por valor de \$95.000.000”*.

Pagaré No. 04-CA20521785 que contiene una obligación por \$125.000.000, suscrito el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018, otorgado por la ejecutada Derly Maritza Rodríguez Montes²⁰.

Carta de instrucciones para llenar *“los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento de los pagarés No. 002-CA20336435 por \$25.000.000 y 004-CA20521785 por valor de \$125.000.000”*²¹.

Igualmente, fue aportada la primera copia de la escritura pública No. 2158 del 8 de agosto de 2017, a través de la cual la demandada adquirió por compra los inmuebles respecto de los cuales enseguida constituyó hipoteca a favor Germán Eduardo García Gómez y José del Carmen Orjuela Chaparro²².

Así mismo, se adosaron los certificados de tradición de los predios donde aparece acreditado que la ejecutada a la fecha de presentación de la demanda ostentaba la titularidad del dominio de los inmuebles gravados con la hipoteca²³, los que en esta causa fueron embargados y tal cautela registrada.

¹⁶ Folio 17 ibidem

¹⁷ Folio 21 ibidem

¹⁸ Folio 25 ibidem.

¹⁹ Folio 29 ibidem.

²⁰ Folio 37 ibidem.

²¹ Folio 41 ibidem.

²² Folio 47 a 88 ibidem.

²³ Folio 5 a 16 ibidem.

Se arrimó, documento denominado “Liquidación” del 22 de agosto de 2017, aceptado por la demandada, en la que la deudora especificó que “recibí a satisfacción \$270.000.000”²⁴.

Misiva suscrita por la demandada dirigida a los acreedores principales del 15 de agosto de 2018, en el que la ejecutada manifiesta, entre otros aspectos, “solicito tener en cuenta que reunir doscientos setenta millones M.Cte., no es tarea fácil”²⁵.

7. Analizados los medios probatorios recaudados, uno a uno y en conjunto, bien pronto se concluye el fracaso de la censura pues los reproches formulados por la recurrente carecen de asidero jurídico y fáctico, y de contera, se abre paso la confirmación de la sentencia censurada.

7.1. En efecto, las pruebas documentales dan cuenta que la ejecutada recibió un gran total de \$270.000.000 en distintos tiempos. Si bien es cierto que el señor Fernando Montoya Moreno (testigo) manifestó que efectivamente él había recibido los \$90.000.000 que echa de menos la demandada, no es menos cierto que ella misma reconoce en dos documentos distintos, ante los acreedores, que sí recibió la suma antes descrita.

Aquellos reconocimientos son de una parte, el documento denominado “Liquidación” del 22 de agosto de 2017, en el que especificó “recibí a satisfacción \$270.000.000”²⁶; y de otro la misiva suscrita por la demandada dirigida a los acreedores principales del 15 de agosto de 2018, en el que aquella manifestó, entre otros aspectos, “solicito tener en cuenta que reunir doscientos setenta millones M.Cte., no es tarea fácil”²⁷.

Adicionalmente, como lo recalcó el *a quo*, no consignó en la contestación de la demanda que la deudora le hubiera hecho reclamo alguno al acreedor por el desembolso errado de los \$90.000.000, es más, ni fue clara al momento de formular la excepción únicamente se centró en argumentar “ya que a la fecha los aquí demandantes no han desembolsado la totalidad del dinero pactado por instalamentos”²⁸ sin aclarar a quién, monto y fecha de la supuesta entrega equivocada, tan solo hasta la recepción del testimonio se esclareció el argumento de aquella excepción.

²⁴ Folio 380 ibidem.

²⁵ Folio 382 ibidem.

²⁶ Folio 380 ibidem.

²⁷ Folio 382 ibidem.

²⁸ Folios 159 ibidem.

Ahora bien, conforme a la certificación expedida por Bancolombia el 11 de marzo de 2016, el señor Luis Fernando Montoya Moreno era el titular de la cuenta de ahorros 299-569531-95 a la cual los acreedores le consignaron \$90.000.000. Circunstancia de la cual no puede ahora valerse para argüir que no le fue entregada completa la suma que aquí se cobra, si en consideración se tiene la relación sentimental y comercial entre la demandada y el testigo como se desprende de la misiva del 3 de septiembre de 2018 dirigida a los aquí demandantes por la señora Derly en la que anotó: *“según las conversaciones sostenidas entre ustedes y mi esposo Fernando Montoya”* que pone en evidencia la relación familiar entre los citados, quienes además aparecen como socios accionistas únicos de Monro APB SAS (según acta agregada a la escritura de hipoteca).

A su turno, también se encuentran los mensajes electrónicos cruzados entre las partes de los que se entiende que la demandada aceptó haber recibido \$51.000.000, y en otra oportunidad manifestó que recibió \$36.000.000 (folios 250-256).

Asimismo, obra copia de la consignación hecha por \$3.000.000 a la cuenta de ahorros 299-569531-95, que era el dinero faltante según la conversación sostenida con la ejecutada el 23 de agosto de 2017.

Ello, analizado en conjunto permite inferir que los \$90.000.000 echados de menos por la ejecutada sí le fueron consignados, a la cuenta que ella debió autorizar en el momento, y mal hace en desconocer su propia voluntad para valerse de forma posterior y aducir una consignación arbitraria, inexplicable y sin motivo alguno.

Conforme a lo anterior, se tiene que las alegaciones de la parte demandada no logran quebrar la decisión en los puntos que fueron atacados. Por tanto, se confirmará en su totalidad la sentencia censurada y se condenará en costas a la parte apelante.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2019, por el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada aquí apelante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103044201900099 02

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada

110013103044201900099 02

JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

110013103044201900099 02

(2)

Firmado Por:

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA
Magistrada Sala Civil Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

JULIAN SOSA ROMERO
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-BOGOTÁ, D.C.

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **b1496ace9f6f08d83bd288ea0dc3ab0724f3f439b727f20a23ae36c51f19c1d9**

Documento generado en 12/05/2021 11:20:54 AM

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

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

*REF: EJECUTIVO POR HONORARIOS de RAFAEL
ENRIQUE ROBLES MUNAR contra ARK COM LTDA. ARQUITECTURA Y
CONSTRUCCIÓN. Exp. 1999-00743-08.*

*Procede el Magistrado Sustanciador a resolver el
recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra del auto de fecha
14 de julio de 2020 proferido en el Juzgado Primero Civil del Circuito de
Ejecución de Sentencias de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

1.- Previa solicitud de la parte demandada, el despacho mencionado dispuso terminar el proceso por desistimiento tácito, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2º, literal b) del artículo 317 del Código General del Proceso, en consecuencia, ordenó levantar las medidas cautelares, el desglose de los documentos base de la acción y el posterior archivo del proceso (fl. 115, c. 12).

2.- Inconforme con la determinación, el ejecutante interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, sostuvo, en síntesis, que la inactividad en el litigio se debió a una circunstancia de “fuerza mayor”, ya que “no puede hacer absolutamente nada diferente a ESPERAR” que el proceso ejecutivo laboral en el cual se solicitó el embargo de remanentes culmine, porque la cuantía de la obligación que allá se persigue es mínima en relación con el valor del bien inmueble cautelado.

En ese sentido resaltó que la medida cautelar ordenada por la especialidad laboral tiene como único fin deshonorar la deuda por honorarios que acá se ejecuta, habida cuenta que el representante legal de la demandada, Edgar Pedraza Zoque “es experto timador y finge procesos laborales para burlar los embargos civiles”.

Añadió que “el juzgado no puede limitarse ... a contar los términos para proceder a terminar los procesos” sin observar si hubo incuria de su parte y que el desistimiento tácito se aplica cuando la actividad requerida del ejecutante es indispensable, situación que no puede aplicarse a su caso, toda vez que ya existe sentencia y liquidación de crédito (fls. 120 a 128, ib).

3.- En auto de fecha 7 de octubre de 2020, el juzgado mantuvo su decisión y concedió el recurso de alzada (fl. 135, ej).

4.- Por auto del 9 de abril de 2021 este despacho decretó de oficio una prueba encaminada a indagar del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de la ciudad, la fecha en que en el proceso ejecutivo No. 2009-00844-00 se tomó nota del embargo de remanentes comunicado por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá.

II. CONSIDERACIONES

1.- Consagra el artículo 317 del Código General del Proceso la figura del **DESISTIMIENTO TÁCITO** que se aplica a los eventos y en la forma allí señalada, en específico estipula dos hipótesis en las que opera, la que se aplicó en el sub-examine, a la letra dice:

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

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

2.- En este caso, escrutado el expediente se observa que el 3 de abril de 2014 (fl. 4 c. 12, exp. digitalizado), se profirió auto que ordenó proseguir la ejecución que por concepto de honorarios inició el abogado Rafael Enrique Robles Munar y luego de varias vicisitudes para lograr materializar las medidas cautelares, la última actuación que registra el expediente se produjo el **5 de marzo del 2018**, oportunidad en la que el ejecutante retiró el oficio dirigido a otra autoridad judicial para el embargo de remanentes (fl. 107, ib).

A su vez, se tiene que mediante memorial presentado el **13 de marzo de 2020** la ejecutada solicitó la aplicación del artículo 317 del Código General del Proceso, al paso que el proveído que dispuso la terminación del ejecutivo es de fecha **14 de julio de 2020** con lo que se evidencia que transcurrió el término para la aplicación del literal b) del numeral 2º del artículo 317 del C.G del P.

3.- Ahora bien, frente a los reparos expuestos por el ejecutante ha de verse que los mismos no tienen vocación de prosperidad dado que, contrario a lo que aseveró la censura, lo único que resultaba relevante

determinar, era si el proceso permaneció inalterado en la Secretaría del despacho de primera instancia por un término superior a 2 años, lo que en efecto aconteció.

En ese sentido, se comparte el argumento conforme el cual la inactividad en el litigio se ocasiona por lo ocurrido en el proceso ejecutivo laboral, pues además de ser un tema ajeno al caso que nos ocupa, este Tribunal no tiene la facultad para averiguar si la cautela que en dicho juicio se decretó se trata de un “autoembargo” como reiteradamente lo expone el censor o se hizo para burlar la acreencia que aquí se reclama, tampoco para evaluar la conducta del representante legal de la persona jurídica ejecutada.

Es más, como se probó con la información suministrada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad, el oficio que comunicó el embargo de remanentes arribó a ese estrado el mismo el día 5 de marzo de 2018, sin que en dicha actuación el ejecutante apremiara para que se emitiera alguna respuesta, lo anterior sin perjuicio de que conforme el artículo 466 del C.G.P., el embargo se considerará consumado el día y la hora en que se reciba la orden.

Y no se comparte la afirmación del recurrente en punto a que no tenía otra opción para actuar en esta ejecución sino esperar el levantamiento de la medida cautelar ordenada por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, habida cuenta que, por vía de ejemplo, en ese lapso de dos años pudo haber ocurrido la presentación de la liquidación del crédito como se lo permitía el artículo 446 del Código General del Proceso, sin embargo en el asunto examinado no se constata actuación al respecto.

4.- En el tema referido, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de unificación, recientemente señaló que:

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

“(...) En el supuesto de que el expediente «permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación (...) en primera o única instancia», tendrá dicha connotación aquella «actuación» que cumpla en el «proceso la función de impulsarlo», teniendo en cuenta la etapa en la que se encuentre y el acto que resulte necesario para proseguirlo”.

“Así, el impulsor de un declarativo cuyo expediente ha estado en la «secretaría del juzgado» por un (1) año sin emplazar a uno de los

herederos del extremo demandado, podrá afectar el conteo de la anualidad con el «emplazamiento» exigido para integrar el contradictorio”.

“Si se trata de un coercitivo con «sentencia o auto que ordena seguir adelante la ejecución», la «actuación» que valdrá será entonces, la relacionada con las fases siguientes a dicha etapa, como las «liquidaciones de costas y de crédito», sus actualizaciones y aquellas encaminadas a satisfacer la obligación cobrada” (resalta el Tribunal).

5.- Finalmente, no es de recibo el reparo invocado conforme al cual ninguna actuación de su parte era indispensable para continuar con la ejecución, ya que, en rigor, la hipótesis normativa acá aplicada, esto es, el literal b) del numeral 2º del artículo 317 del C.G del P. es objetiva y prevé que el desistimiento tácito procederá “cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, **en cualquiera de sus etapas** permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación”.

6.- Por lo anteriormente expuesto, se confirmará el auto censurado. Sin condena en costas al no estar causadas.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. - Sala Civil,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR el auto de fecha 14 de julio de 2020 proferido en el Juzgado Primero de Ejecución Civil del Circuito de Bogotá, que decretó el desistimiento tácito del proceso.

2.- Sin costas.

3.- DEVUÉLVASE el expediente al juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia**Rama Judicial****TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.****SALA CIVIL****MAGISTRADO PONENTE: JULIÁN SOSA ROMERO**

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

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la misma fecha.

OBJETO

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación que formuló el extremo demandante contra la sentencia de 30 de noviembre de 2020, emitida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. María del Pilar, Ángela María y Miguel Ramiro Gerlein Echeverri, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda ordinaria de responsabilidad civil contractual en contra de Axxa Colpatria Seguros de Vida S.A., para que previos los trámites propios de este tipo de asunto, se declare el incumplimiento de los contratos de seguros establecidos en las pólizas números 7658720 y 7412200 y, en consecuencia, que se ordene el pago de las siguientes sumas de dinero: (i) \$17.500.000 en favor de Ángela María Gerlein correspondientes al 50% de la póliza 7658720 y \$17.500.000 por el mismo concepto para María del Pilar Gerlein; (ii) \$33.000.000 en favor de Ángela María Gerlein correspondientes al 33% de la póliza número 7412200,

\$33.000.000 para María del Pilar Gerlein por concepto del 33% de la referida póliza y \$34.000.000 para Miguel Ramiro Gerlein por el 34% de esa póliza.

2. Como sustento de sus pretensiones sostuvieron que el 13 de marzo de 2014 le fue otorgado a Cecilia Isabel Gerlein Echeverry (q.e.p.d.) el certificado individual de la póliza No. 7412200 por parte de la empresa demandada y correspondiente a la “*póliza de seguro banca seguro grupo con plan familia No. 11000*”, contrato que incluía un amparo básico por muerte correspondiente a \$100.000.000. Convenio en el que Cecilia Isabel quedó como asegurada y ellos fueron designados como beneficiarios.

2.1. Afirmaron que Cecilia Isabel Gerlein Echeverry (q.e.p.d.) adquirió una póliza adicional a la anteriormente referida la cual le fue entregada el 13 de octubre de 2015 con el certificado número 7658720 incluyendo un amparo básico por muerte por \$35.000.000 como valor asegurado, convenio en el que se designó como beneficiarias a Ángela y María del Pilar Gerlein, cada una con un derecho del 50% sobre el referido valor.

2.2. Aseguraron que el 1° de abril de 2016 falleció Cecilia Isabel Gerlein Echeverry (q.e.p.d.), hecho que acaeció naturalmente; sin embargo, las causas del deceso son desconocidas comoquiera que los “*documentos clínicos se perdieron*”.

2.3. Aseveraron que al momento del enunciado hecho las “*dos pólizas de seguro de vida se encontraban vigentes y con su respectivo pago realizado, pues las dos tenían renovación automática anual*”, motivo por el que presentaron la respectiva reclamación ante la demandada, solicitud que fue despachada desfavorablemente el 10 de junio de 2016, bajo el argumento de “*reticencia del asegurado*” desconociendo que la asegurada realizó la siguiente declaración “*mi estado de salud es normal, no padezco, ni he padecido enfermedades congénitas o que incidan sobre los sistemas orgánicos del cuerpo humano, en la actualidad no sufro de enfermedades, afecciones o adiciones que repercutan directamente sobre mi estado de salud y que fumo menos*”

de diez (10) cigarrillos al día, no tengo pendientes tratamientos o intervenciones quirúrgicas, no padezco de lesiones o secuelas de origen traumáticos o patológicos que afecten mi estado de salud y además no tengo obesidad”.

2.4. Manifestaron que en la respuesta de la aseguradora señaló que *“existen antecedentes clínicos y es un infarto agudo de miocardio que como se puede observar se sufrió en el año de 1993, pues en la historia clínica del año 2008, como antecedente se señala ‘infarto agudo de miocardio hace 15 años’ y con base en este antecedente se niega el pago”* empero al momento de adquirir los seguros la asegurada *“se encontraba con un estado de salud satisfactorio, no estaba en ningún tratamiento médico ni tenía ninguno pendiente, su estado de salud era normal”.*

2.5. Esbozaron que la convocada a juicio *“en ningún momento cumplió con sus obligaciones pues como lo ha señalado la Honorable Corte Constitucional en su sentencia T 222 de 2014, ‘la aseguradora está en la obligación de pedir exámenes médicos previos a la celebración del contrato de seguro, pues de otra manera no podrá alegar preexistencia alguna en un futuro’ examen médico que jamás fue pedido, ordenado o realizado por parte de la aseguradora; y por esta razón no se podía negar el pago del valor de la póliza alegando una preexistencia”.*

2.6. Relataron que el 21 de abril de 2017 presentaron demanda de responsabilidad civil contractual contra la empresa aquí convocada pretendiendo el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las pólizas de seguros números 7658720 y 7412200, juicio que le correspondió al Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá y que fue admitido el 9 de mayo de 2017; sin embargo, ante la excepción previa propuesta por la demandada el libelo se inadmitió por no haberse agotado la conciliación como requisito de procedibilidad. Demanda que fue rechazada el 18 de octubre de 2017 ante la no subsanación.

2.7. Refirieron que el 27 de noviembre de 2017 promovieron demanda ante la Superintendencia Financiera de Colombia en pro de obtener el pago de las sumas aseguradas, la que fue admitida el 26 de diciembre de 2017 y notificada a la convocada el 12 de enero de 2018. Trámite en el que el 22 de mayo de 2018 se emitió sentencia anticipada que declaró probada la excepción de prescripción de la acción de

protección al consumidor y en la que se ordenó remitir las diligencias a los juzgados civiles del circuito *“al entender que su competencia jurisdiccional en materia de protección al consumidor ya había terminado y que el proceso debía ser adelantado ante la jurisdicción ordinaria”*¹.

3. El Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, mediante proveído de 20 de septiembre de 2018, admitió el libelo, ordenándose notificar al extremo convocado²

4. La demandada manifestó su oposición a las pretensiones enfiladas en su contra y propuso, de una parte, la excepción previa de *“ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales”* y, de otro lado las de fondo que denominó *“nulidad relativa de los contratos de seguro por reticencia; límites asegurados; prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro; pago y/o compensación y la genérica”*³.

5. El 5 de junio de 2019 el *a quo* declaró *“no probados los hechos que sustentan la excepción previa formulada de ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales con respecto a la falta de identificación plena de la persona jurídica demandada; y saneados los defectos relacionados con la falta de domicilio de la parte demandante”*. Para ello, estimó que *“para la plena identificación de la persona jurídica demandada, basta observar el certificado de existencia y representación legal de la misma obrante entre folios 5 y 10 del cuaderno principal, para concluir que allí se encuentran todos los datos correspondientes y consecuentemente, se deberá tener como información suficiente para su plena identificación”*.

Y, resaltó que *“con respecto al domicilio de la parte demandante, como bien se puede observar, al surtirse el traslado de la excepción previa, el apoderado de la parte demandante confirmó que el domicilio de sus representados es idéntico al de su residencia, con lo cual, se encuentra subsanado lo relacionado con el lugar de domicilio del extremo demandante para los fines normados en el artículo 82-2 del Código General del Proceso”*⁴.

¹ Fls. 45-61 archivo pdf 01 cuaderno01folio1a77

² Fl. 65

³ Fls. 78-88

⁴ Fl. 6 cuaderno excepción previa

6. El 30 de noviembre de 2020, el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, dictó la sentencia objeto de censura, determinación en la que declaró probada la excepción de prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro al tenor del artículo 1081 del Código de Comercio y denegó la totalidad de las pretensiones. Para tal proceder estimó que *“el despacho inicialmente se concretara a estudiar una de las excepciones que tiene que ver con la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, para eso básicamente habrá de tener en cuenta el juzgado que según esta consagración de tipo normativo del artículo 1081 dice que ‘la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria; la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (...)”*.

Relevó que *“ahora bien, concretándonos a la prescripción ha dicho también la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 3 de mayo del 2000, expediente 5366, respecto de la ocurrencia de los presupuestos fácticos traídos por el artículo 1081 que dice que entonces ‘que el término prescriptivo se cuenta desde que se tenga conocimiento de las circunstancias por parte del interesado’, aquí los interesados pues son los beneficiarios y que es una circunstancia de tipo subjetivo es decir con conocimiento, cuál es ese conocimiento entonces del hecho de la ocurrencia del siniestro, como día de partida sobre el cual habrá de contarse entonces dicho término prescriptivo de los dos años, pues es la ocurrencia del fallecimiento de la asegurada, señora Cecilia Gerlein, que dice acá la encuadernación tuvo lugar el 1° de abril de 2016, luego entonces este término ocurriría el 1° de abril del año 2018, miremos lo ocurrido porque la demandante dice que ella sí interrumpió civilmente este término prescriptivo dice con la presentación de la demanda y más que con esta demanda con otras actuaciones”*.

Resaltó que *“sin embargo, el despacho lo que habrá de tener cuenta aquí primordialmente es que no es cualquier interrupción, tiene que ser una interrupción válida, en la encuadernación si se tiene noticia que la parte demandante oportunamente instauró la reclamación pero que la reclamación no fue aceptada por la aseguradora sino que por el contrario que mediante comunicación que obra acá el 10 de junio del año 2016 negó el reconocimiento y objetó dicha reclamación, por lo tanto entonces no se puede tener en cuenta de que esta reclamación interrumpió entonces el término prescriptivo porque Axxa Colpatria no reconoció, no accedió al*

derecho para los reclamantes, ahora bien si entonces se tienen en cuenta otras actuaciones ya sean judiciales como el caso de la actuación ante la Superintendencia Financiera, Delegatura para Funciones Jurisdiccionales, lo que aquí se tiene es que el 22 de mayo del año 2018 esta Delegatura declaró probada la prescripción de la acción de protección al consumidor, especialmente que tiene un término de un año también, contado a partir de la ocurrencia del siniestro, en este caso entonces pues esta actuación tenía como única finalidad acudir ante dicha jurisdicción especial y por ninguna parte hace lugar entonces ni puede tenerse en cuenta para que surta como prueba de haberse interrumpido la prescripción porque precisamente aquí lo que se declara es la prescripción de la protección al consumidor y lo remite a los juzgados de circuito que bien pudo haber agotado o no, para este caso entonces la parte demandante argumenta que inicialmente acudió ante la justicia ordinaria pero que el Juzgado 44 Civil del Circuito a pesar de que hizo algunos pronunciamientos finalmente tuvo como decisión judicial rechazar la demanda, por el no cumplimiento del requisito de procedibilidad”.

Agregó que “y dice que el 18 de octubre de 2017 se rechazó la demanda, entonces si esa demanda fue rechazada se debió acudir ante el centro de conciliación y el rechazo de esa demanda entonces no nos va a servir para tenerse en cuenta acá como una interrupción en este caso civil de las acciones derivadas del contrato de seguro, lo que sí podría tener en cuenta entonces es la actuación ya correcta que instauró ante este estrado judicial y en donde con fecha 10 septiembre del año 2018 tuvo lugar la diligencia de conciliación en este caso según se certifica acá y la demanda en efecto se presentó ante este estrado judicial y se repartió el 12 de septiembre de 2018, más sin embargo entonces si contamos a partir del 1° de abril del año 2016 como ocurrencia del siniestro los dos años a que alude este término prescriptivo especial del artículo 1081, tendríamos entonces que la barrera o límite para actuaciones sería el 1° de abril de 2018; sin embargo, entonces la misma conciliación data de 10 de septiembre del año 2018 y por lo tanto ya habría ocurrido entonces este término prescriptivo”.

Subrayó que “y mucho menos cuando la demanda se logró presentar apenas el día 12 de septiembre de 2018, dos días después de la no conciliación pero de todas maneras ya había transcurrido el término de los dos años a que alude el artículo 1081 del Código de Comercio y según entonces estas notas jurisprudenciales traídas acá de la Corte Suprema de Justicia en donde este término se cuenta es a partir de ese evento o circunstancia de índole subjetivo, subjetivo entonces que es el conocimiento que los demandantes tuvieron de la muerte de su señora hermana ocurrida el 1° de abril del año 2016, entonces si contamos dos años

a partir de allí, fenecería y ocurriría ese evento prescriptivo el 1° de abril del año 2018”.

Concluyó que “por lo tanto, ya radical y contundentemente se puede decir que la interrupción civil no tuvo lugar, no tuvo ocurrencia por la presentación de la conciliación ni tampoco de la presentación efectiva de la demanda que correspondió a este estrado judicial, porque las anteriores actuaciones como la surtida ante el [Juzgado] 44 Civil del Circuito no es un evento valido de interrupción porque esa demanda finalmente fue rechazada y tampoco se puede tener en cuenta la actuación surtida ante la Superintendencia Financiera porque esa actuación terminó y se fulminó esa instancia mediante declarar probada una excepción de prescripción de esa acción especial y por lo tanto dejó en libertad a la parte en este caso reclamante para acudir ante la jurisdicción civil y eso ocurrió ya tardíamente una vez acontecido el término prescriptivo, ya acontecido entonces la primera consecuencia probatoria que tiene un soporte de una premisa fáctica jurídica, entonces el descubrimiento que hace el despacho y a la conclusión a la que arriba es que en este caso ocurrió la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y por lo tanto esa es la primera consecuencia a la que arriba”.

Y finalmente expuso que “el artículo 282 del Código General del Proceso, inciso 3°, nos dice: ‘si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes’, entonces en este caso esta prescripción no se puede declarar de oficio sino mediante solicitud de parte y con lo expresado en el artículo 282 del Código General del Proceso el despacho se abstiene de continuar con este análisis probatorio respecto a la otra excepción medular propuesta como es la nulidad relativa del contrato de seguro porque al declararse configurada y probada esta excepción de prescripción aquí invocada entonces da al traste con todas las pretensiones de la demanda, por lo tanto entonces habrá de declararse probada la excepción de prescripción formulada por la parte demandada y negar todas las pretensiones de la demanda, condenar en costas a la parte demandante, por lo tanto entonces el juzgado no va a hacer mayores análisis probatorios porque no es necesario”⁵.

7. Inconformes con la decisión que se acaba de referir, los demandantes la recurrieron en apelación, para tal fin expusieron que en el presente asunto no se encontraba configurada la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro comoquiera que la misma fue interrumpida el 21 de abril de 2017, por la presentación de la

⁵ Audiencia 1:11:57-1:48:48

demanda ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, trámite en el que fue notificada la sociedad demandada el 8 de agosto de 2017; asimismo se interrumpió con la demanda que promovieron en la Superintendencia Financiera de Colombia el 27 de noviembre de 2017 y de la cual tuvo conocimiento Axxa Colpatria Seguros de Vida S.A. el 12 de enero de 2018. Así las cosas, sin importar cual de las dos demandas se tenga en cuenta, lo cierto es que dicho fenómeno fue interrumpido.

Y, agregaron que el artículo 95 del Código General del Proceso prevé los casos en los que es ineficaz la interrupción de la prescripción y ninguna de las circunstancias fácticas esbozadas por el *a quo* se enmarca en las allí descritas amén que según la doctrina debe tenerse en cuenta que “*la prescripción, una vez interrumpida, volverá a contarse por el término inicial*”⁶.

8. En la sustentación que de dichos reparos hicieran ante esta Corporación se insistió en los argumentos expuestos al juez de primera instancia⁷.

CONSIDERACIONES

1. Advertida, como está, la concurrencia de los presupuestos procesales y sin observarse causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, procede la Sala de Decisión, con los límites establecidos por el artículo 328 del estatuto procesal civil, a pronunciarse sobre los reparos planteados por los inconformes, tendientes a establecer que en el presente caso, en suma, no se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, pues la misma fue interrumpida civilmente y, en consecuencia, se debe acceder a sus pretensiones. Adviértase que la competencia del superior, de conformidad con el reseñado canon, se encuentra limitada a los

⁶1:50:02-1:55:36

⁷ Escrito sustentación apelación

argumentos que son expuestos a través del recurso vertical, sin perjuicio de las decisiones que deban adoptarse oficiosamente.

2. De conformidad con el artículo 1036 del Código de Comercio el contrato de seguro se caracteriza por ser consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Su peculiaridad es que, una de las partes, el asegurador, se compromete con el tomador a resarcirle un daño o a pagarle una suma de dinero cuando se verifica la ocurrencia del evento o siniestro previsto en el convenio, lo cual se hace a cambio del pago de un precio, comúnmente denominado prima.

2.1. Las partes del contrato, según establece el canon 1037 de la reseñada obra son, el asegurador, que es quien percibe la prima y se obliga a pagar la indemnización en caso de siniestro y que debe ser una persona jurídica legalmente autorizada, ello por cuanto la labor aseguradora se encuentra sometida a vigilancia y control por parte del Estado. En el otro extremo de la relación contractual se encuentra el tomador, sujeto que contrata con el “asegurador”. Adicionalmente, aun cuando no son partes del contrato de seguro, propiamente dicho, concurren en su ejecución el asegurado que es aquel que tiene el derecho a la prestación debida por el asegurador, frente a quien se concede el amparo, el titular del interés asegurable; el beneficiario que es quien tiene derecho a recibir la prestación asegurada, que puede ser el mismo asegurado o tomador o una tercera persona.

2.2. Entre las distintas clases de seguros existentes están el denominado seguro de vida o de personas que se caracteriza por amparar, según su nombre lo indica la “vida” del asegurado, su interés asegurable, tal como lo predica el precepto 1137 *ejusdem* es en su propia vida, en la de las personas a quienes les pueda reclamar alimentos, y en la de aquellas por cuya muerte o incapacidad reciba un perjuicio económico.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sobre el seguro de vida ha sostenido que:

“en el seguro de personas, que por supuesto comprende el de vida, (...), se garantiza el pago de un capital previamente acordado entre las partes, que será su límite, cuando se produzca el hecho que afecta la supervivencia o salud del asegurado; el interés asegurable, según el artículo 1137 del Código de Comercio, lo tiene la persona en su propia vida, en la de las personas a quienes les pueda reclamar alimentos, y en la de aquellas por cuya muerte o incapacidad reciba un perjuicio económico, aunque este perjuicio no sea factible de evaluar de manera cierta, es decir, el objeto de ese interés es la existencia física misma. En el seguro de vida, el riesgo que asume el asegurador es la muerte del asegurado, en el que, se reitera, a diferencia del de daños, que tiene naturaleza indemnizatoria, las partes pueden libremente pactar la suma asegurada, que propiamente no responde al concepto de indemnización, sino al de prestación a cargo del asegurador por la ocurrencia del hecho que según la póliza da origen a la obligación de pagar la cantidad estipulada. Por lo tanto, con la sola ocurrencia del siniestro, debidamente acreditada, por regla general nace la obligación del asegurador de pagar el valor del seguro en la cantidad estipulada en el contrato”⁸.

3. El canon 1081 del estatuto mercantil gobierna lo concerniente con la prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguros, entendiéndose dicho fenómeno jurídico como el modo de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso (artículo 2512 Código Civil). Prescripción que en los asuntos como el sometido a estudio puede ser ordinaria o extraordinaria, la primera será de dos (2) años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción y, la segunda, de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

⁸ CSJ SC, 29 abr. 2005, rad. 0037, citada en CSJ SC11204-2015, rad. 2008-00165-01

Frente al tema, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido que:

“en torno al alcance que la jurisprudencia ha dado a las expresiones ‘tener conocimiento del hecho que da base a la acción’ y ‘desde el momento en que nace el respectivo derecho’, empleadas por la citada norma para las dos formas prescriptivas, reiteró la Corte en sentencia de casación civil de 12 de febrero de 2007:⁹

“(…) comportan ‘una misma idea’¹⁰, esto es, que para el caso allí tratado no podían tener otra significación distinta que el conocimiento (real o presunto) de la ocurrencia del siniestro, o simplemente del acaecimiento de éste, según el caso, pues como se aseveró en tal oportunidad ‘El legislador utilizó dos locuciones distintas para expresar una misma idea’. En la misma providencia esta Sala concluyó que el conocimiento real o presunto del siniestro era “el punto de partida para contabilizar el término de prescripción ordinario”, pues, como la Corte dijo en otra oportunidad¹¹, no basta el acaecimiento del hecho que da base a la acción, sino que por imperativo legal ‘se exige además que el titular del interés haya tenido conocimiento del mismo efectivamente, o a lo menos, debido conocer este hecho, momento a partir del cual ese término fatal que puede culminar con la extinción de la acción ‘empezará a correr’ y no antes, ni después’. En suma, la regla legal aplicable en casos como el presente, dista radicalmente del planteamiento del casacionista, pues el conocimiento real o presunto del siniestro por parte del interesado en demandar, es el hito temporal que debe ser considerado para que se inicie el conteo de la prescripción ordinaria”¹². (CSJ SC130-2018 Feb. 12 de 2018, rad. 2002-01133-01).

4. Puestas así las cosas, aplicando las nociones referidas anteriormente, analizando cada uno y, en conjunto, los elementos probatorios recaudados y confrontados los reparos efectuados por los apelantes con la sentencia de primera instancia, encuentra la Sala que, en el presente asunto, se configuró la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, razón por la que el fallo de primer grado será confirmado, según pasa a exponerse.

⁹ Exp. No. 68001-31-03-001-1999-00749-01; reiterada en la citada SC 04-04-2013.

¹⁰ La Corte citó en dicha oportunidad la sentencia de 7 de julio de 1977, G.J. CLV, p. 139.

¹¹ Sent. Cas. Civ. de 18 de mayo de 1994, Exp. No. 4106, G.J. t. CCXXVIII, p. 1232.

¹² En el mismo sentido la sentencia de 19 de febrero de 2003, Exp. No. 6571, en que la Corte sostuvo: “la prescripción ordinaria corre respecto de todas las acciones surgidas del contrato de seguro o de las normas que los disciplinan, cobrando materialidad en relación con la persona capaz que conoció o debió conocer el hecho determinante de la acción”.

4.1. En atención a la naturaleza del seguro que cubría a la señora Cecilia Isabel Gerlein Echeverry (q.e.p.d.) se tiene que el siniestro tuvo ocurrencia el día en que acaeció su deceso, esto es el 1° de abril de 2016, según da cuenta el registro civil de defunción obrante a folio 27 del cuaderno 1, luego a partir de ese preciso momento comienza frente a los beneficiarios del seguro la contabilización del término prescriptivo ordinario, pues es indudable que con ocasión a tal suceso los interesados tuvieron conocimiento del hecho base, esto es, el acaecimiento del siniestro –realización del riesgo asegurado-, ello de acuerdo con el artículo 1072 Código de Comercio.

4.2. Los recurrentes, como argumento de su disenso con el pronunciamiento de primera instancia adujeron que no se daban los presupuestos para que el *a quo* declarara la prosperidad de la excepción de prescripción. Tal circunstancia por cuanto, en su criterio, lograron interrumpirla civilmente, de una parte, con la presentación de la demanda ante la Superintendencia Financiera de Colombia y, de otro lado, con la instauración del proceso de responsabilidad civil contractual que iniciaron ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá. Todo de conformidad con los artículos 2539 del Código Civil y 94 y 95 del Código General del Proceso.

4.3. En las pruebas documentales obrantes en el plenario se encuentra la sentencia anticipada emitida el 22 de mayo de 2018 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, determinación en la que se precisó que los aquí demandantes acudieron ante esa instancia el 27 de noviembre de 2017 bajo el amparo de la acción de protección al consumidor contra Axxa Colpatria Seguros de Vida S.A., pronunciamiento en el que se declaró probada la excepción de prescripción de la acción.

4.3.1. Al respecto cumple señalar que la actuación referida anteriormente, en contradicción a lo planteado por los demandantes, no tuvo la virtualidad de interrumpir la prescripción, tal como ellos lo

reclaman, pues el proceso de protección al consumidor que se adelanta ante la Superintendencia Financiera de Colombia en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, según lo previene el artículo 116 de la Constitución Política y de conformidad con lo previsto en el canon 57 de la Ley 1480 de 2011, es un trámite que está dirigido a poner en igualdad de condiciones a los consumidores frente a las entidades reguladas, juicio que se caracteriza por ser independiente a los que se adelantan ante la jurisdicción ordinaria y que se sigue bajo los lineamientos de la reseñada ley, por tanto, no es factible deducir que ante la presentación de la demanda de protección al consumidor se hubiere interrumpido la prescripción, ya que tal juicio, se insiste, es totalmente autónomo a la acción declarativa de responsabilidad contractual.

4.4. Por otro lado, el extremo activo sostiene que el fenómeno de la prescripción se interrumpió ante la presentación de la demanda que promovieron en el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito, circunstancia que, en principio, se enmarcaría dentro de los supuestos fácticos previstos en el inciso 1° del artículo 94 del Código General del Proceso que a la letra reza *“la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento de pago se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado”*; sin embargo, ha de tenerse en cuenta que dicho juicio tampoco tuvo la capacidad de interrumpir la prescripción, pues el mismo finalmente fue terminado ante el rechazo de la demanda, ya que no se cumplieron con los requisitos para su tramitación, motivo por el que ese proceso no puede tenerse en cuenta para los fines que regula el referido canon, pues el mismo es totalmente diferente al que ahora se tramita, es decir, se tramitó por una cuerda procesal disímil a la presente.

4.4.1. Nótese que, si bien la situación de que un proceso que ya se hubiere admitido y que posteriormente es rechazado por falta de requisitos de la demanda, no esté incluida en las eventualidades enlistadas en el artículo 95 del estatuto procesal civil como aquellas que

resultan ineficaces para interrumpir la prescripción, lo cierto es que dicho escenario no tiene cabida en el presente asunto, dado que el proceso, desde el punto de vista formal, al ser “*rechazado*” por la enunciada razón, es como si no se hubiera presentado, pues ni siquiera será tenido en cuenta como ingreso al juzgado, según lo prevé el inciso 7° del artículo 90 del Código General del Proceso.

4.4.2. En suma, no cualquier trámite judicial tiene la virtualidad de interrumpir la prescripción, sino que es necesario que la actividad desplegada por los interesados sea idónea para hacer valer el derecho que les asiste, ello en pro de proteger principios superiores como el de la seguridad jurídica y el de eficacia de la justicia, idoneidad que no es predicable frente al proceso ejercido por los ahora apelantes.

4.5. Así las cosas, en contraposición a la postura de los apelantes surge evidente que los decursos que promovieron tanto ante la Superintendencia Financiera de Colombia como ante el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, no interrumpieron civilmente la prescripción tal como lo exigen los artículos 2539 del Código Civil y 94 del Código de Comercio, razón por la que resultaba procedente declarar la prosperidad de la excepción enarbolada por el extremo pasivo.

4.5.1. Lo anterior, por cuanto una vez presentado o acaecido el siniestro, 1° de abril de 2016, los demandantes contaban con dos (2) años para presentar la demanda, lo cual en efecto no ocurrió, pues esta fue radicada hasta el 12 de septiembre de 2018, cuando ya, en efecto, se había configurado la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

5. Ante ese panorama, a modo de desenlace se concluye que al no haberse acreditado fehacientemente la existencia de un hecho que interrumpiera el termino extintivo de las acciones derivadas del contrato de seguro que soporta la presente acción, se avenía inexorable su

declaración como lo determinó el juzgador de instancia, lo que impone la confirmación de la decisión apelada.

6. Por tanto, por los argumentos anteriormente expuestos, se impondrá la ratificación del fallo emitido en primera instancia, correspondiendo la imposición de costas a los apelantes ante el decaimiento de la alzada.

DECISIÓN:

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2020, por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a los demandantes ante la improsperidad de su recurso.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente providencia, por secretaría, ingrésense nuevamente las presentes diligencias al despacho para señalar agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE

JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

(006201800535 01)

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

(006201800535 01)

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Magistrada

(006201800535 01)

Firmado Por:

JULIAN SOSA ROMERO

MAGISTRADO

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

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

MAGISTRADA

Magistrada Sala Civil Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **8a308ad595398cf2053f4c74caa0886116bfe5ee23fb867524c63fa0e151d51d**

Documento generado en 12/05/2021 03:42:06 PM

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

MAGISTRADO PONENTE: JULIÁN SOSA ROMERO

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

Ingresado el proceso al despacho, **SE DISPONE:**

1. ADMÍTASE, en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación formulado por el extremo demandado y al cual se adhirió el demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, el 6 de abril de 2021, dentro del proceso de la referencia, demanda verbal de responsabilidad civil extracontractual formulada por Fredy Wilson Párraga Rodríguez contra Sonia Julieth Velásquez Pabón.

Tramítese conforme lo dispone el artículo 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 en concordancia con el canon 327 del Código General del Proceso; por ende, las partes deben asumir la carga de la sustentación del recurso de apelación y réplica de cada contraparte, en los términos del precepto 14 ya citado.

2. Por la Secretaría de esta Sala, **REQUIÉRESE** al Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, a fin de que en el término máximo de tres (03) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, remita con destino a este despacho, las siguientes piezas procesales: (i) los folios 1, 3, 64, 76, 79, 83, 85, 102, 103, 104, 119,

121, 122, 123, 127, 128, 129, 134, 221, 259 y 260 del archivo: “cuaderno 1 principal”, por cuanto aquellas piezas procesales no se encuentran en el legajo digital, siendo necesarias para la consecución del expediente. **Ofíciase.**

Notifíquese

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

JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

(42201900656 01)

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

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

*REF: RECURSO DE REVISIÓN de MARÍA BELÉN
LADINO DE GAMBA y otros contra MARTHA LEDIA GAMBA LADINO y
otros. Exp. 2019-01669-00.*

*Por secretaría requiérase al JUZGADO SEXTO
CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ para que remita, a la mayor brevedad, el
expediente del proceso de pertenencia No. 11001310300620150066700, como
se ordenara en el auto del 23 de abril del año en curso.*

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

MAGISTRADO PONENTE: JULIÁN SOSA ROMERO

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

Requíerese, por intermedio de la secretaría de la Sala, a la Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Arquitectura, para que en el término de tres (3) días, so pena de las sanciones previstas en el inciso 2° del artículo 230 del Código General del Proceso, informe el trámite dado al Oficio C-177 librado por la secretaría el 19 de abril de 2021, en cumplimiento de lo ordenado en auto del 16 de abril de los corrientes. **Ofíciase.**

Notifíquese y Cúmplase,

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

JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

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

**REF: RENDICIÓN PROVOCADA DE CUENTAS de
FIDEICOMISO SANTAMARÍA DEL RETIRO contra PURA VIDA
FUNDACIÓN. Exp. 2020-00085-01.**

*Procede el Magistrado Sustanciador a resolver el
recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de
fecha 13 de octubre de dos mil veinte (2020), pronunciado en el Juzgado 39
Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual se rechazó la demanda.*

I. ANTECEDENTES

*1.- El cinco (5) de febrero de dos mil veinte (2020)
(fl. 250, c.1 físico) se presentó demanda, mediante la cual la vocera y
administradora del patrimonio autónomo demandante solicitó que se
declarara la obligación de Pura Vida Fundación de rendir cuentas en los
términos contenidos en el Código de Comercio y el convenio celebrado el 28
de enero de 2016, así mismo, se condenara al pago de \$477'606.867,00 más
los intereses moratorios generados, con ocasión de las diferencias derivadas
entre las partes.*

*2.- Radicado el escrito petitorio, el Juzgado 39
Civil del Circuito de Bogotá a quien por reparto le correspondió conocer del
asunto, mediante providencia de fecha 13 de marzo de 2020 inadmitió el
libelo introductor, ordenándole al extremo actor allegar “conciliación
extrajudicial en derecho, pues la medida cautelar no sirve para soslayar este
requisito”.*

*3.- La parte convocante pretendió cumplir con la
subsanción requerida, al informar que al incoar la acción se solicitó una
medida cautelar innominada, situación que excluye la exigencia de la
conciliación como requisito para acudir a la jurisdicción, sin que su
procedencia deba ser objeto de análisis para admitir la demanda; sin
embargo el juez a quo en decisión del 13 de octubre de 2020 rechazó la
demanda con fundamento en que no se dio cumplimiento a lo ordenado en la
inadmisión, toda vez que la medida cautelar deviene improcedente.*

*4.- Inconforme con aquella determinación la parte
interesada presentó recurso de apelación, para lo cual adujo que la solicitud*

de medida cautelar, con independencia de su procedencia, exime al interesado de agotar la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, sin dar los fundamentos de su posición.

5.- *En proveído del 16 de febrero hogaño el juez a quo concedió la alzada.*

II. CONSIDERACIONES

1.- *La demanda es el más importante acto de postulación y, por lo tanto, ha de sujetarse a una serie de requisitos formales sin los cuales no puede ser admitida a trámite. Debe colmar las exigencias de forma que lejos de traducir un criterio meramente formalista, garantizan eficazmente el derecho de contradicción, por razón que a través de ella expone el demandante la problemática jurídica que lo movió a concurrir a la administración de justicia; además, se debe precisar cuál es la medida de la tutela jurídica que reclama y por la que llama a responder al demandado, delimitando el litigio sobre el cual el Estado tiene el deber de dispensar justicia no más que en lo que allí se pretende, salvo especiales eventos.*

2.- *Así las cosas, dada la trascendencia que involucra el escrito introductor de la acción, como pauta obligada que debe seguir el juez para determinar la viabilidad de la petición que se le pone en conocimiento, el legislador le impuso la tarea de verificar que ésta reúna las formalidades a que aluden los artículos 82, 83, 84, y 88 del Código General del Proceso, para determinar su admisibilidad o inadmisibilidad, al punto que sólo cuando el fallador encuentre cumplidas tales exigencias puede dar trámite a la demanda.*

De allí que el artículo 90 ibídem disponga que el juez al recibirla la estudiará para determinar si reúne los requisitos formales y de no ser así la inadmitirá, señalando los defectos de que adolezca para que se subsane en el término de cinco días, so pena de rechazo.

En este punto se advierte que el inciso final de la preceptiva en cita señala que: “La apelación del auto que rechaza la demanda comprende la de aquel que negó su admisión, y se concederá en el efecto suspensivo”, de modo que la competencia funcional de esta Corporación no se ve limitada al auto que rechazó la demanda, sino que cobija aquel por medio del cual se inadmitió la misma.

3.- *De igual forma, no hay duda que cuando el juez de instancia inadmite la demanda y en el término legal no se subsanan los defectos puestos de manifiesto o habiéndose corregido éste considera que la misma no se encuentra acorde con lo solicitado, la etapa subsiguiente es el rechazo, por así determinarlo el precitado artículo; empero, ha de tenerse presente que ésta decisión - el rechazo - será legal o ajustado a derecho*

siempre y cuando se encuentre fundado en las causales taxativamente señaladas por el legislador en esa misma disposición, pues no le es permitido al fallador crear **motu proprio**, nuevos motivos de inadmisión.

O sea, que si la providencia está apoyada en motivos distintos de los específicamente enlistados por el artículo ya enunciado y el rechazo tuvo su fundamento en ella, no hay duda que tales actos procesales carecen de legalidad, por cuanto, se reitera, las causales de inadmisión deben ser o estar relacionadas con las precisas enunciadas por la norma en mención, ya que el legislador no autorizó ninguna otra.

4.- Sea lo primero señalar que no le asiste razón a la parte apelante cuando afirma que no había lugar a disponer el rechazo del libelo por la falta de acreditación del requisito de la conciliación extrajudicial, ante la improcedencia de la medida cautelar solicitada.

En efecto, acertó el juez de la primera instancia al disponer el rechazo del libelo con base en la referida causal, pues en realidad, como se constata con la lectura de la demanda subsanada, la convocante invocó como pretensiones, la obligación de su convocado a rendir cuentas del contrato de cuentas en participación, habida cuenta que a su consideración, los valores relacionados en los comprobantes de pago eran inferiores a la expectativa ganancial surgida del convenio.

Para excluir la necesidad de la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, el demandante acudió al literal c) del precepto 590 de la Codificación Procesal vigente, para lo cual pregonó ordenar al convocado, prestar caución, bancaria o efectiva por el valor estimado en el juramento estimatorio, en razón a su firme convicción de que ese valor correspondía al faltante de la contabilidad por la ocupación de las habitaciones objeto del contrato.

A ese tipo de cautelas, se les rotuló bajo el nombre de innominadas, dado su carácter novedoso e indeterminado, lo que impone al juez del asunto un estudio riguroso sobre **la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la cautela deprecada**, analizándose, por supuesto, su alcance en torno al derecho objeto del litigio¹.

Así mismo, al analizarse la exequibilidad de la norma, se indicó que “Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para ‘prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de

¹ CSJ. STC de 11 de febrero de 2013, exp. 11001 22 03 000 2012 02009 01, STC16248-2016 de 10 de noviembre de 2016, exp. 68001-22-13-000-2016-00415-02 y STC1302-2019 de 8 de febrero de 2019, exp. 11001-22-10-000-2018-00699-01

difícil reparación al derecho de la otra' (...)”², para más adelante precisar que “el juez apreciará la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho”.

5. Bajo esa égida se requiere entonces de unos requisitos, a saber: 1) la legitimación, 2) la existencia de una amenaza o vulneración actual del derecho en discusión, -refiriéndose a un peligro de daño-, 3) la apariencia de buen derecho, -implica demostrar siquiera sumariamente que las probabilidades de éxito de lo pretendido superan las de su eventual fracaso- y, por último, 4) la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida.

5.1.- Al verificar cada uno de esos conceptos, no existe duda de la legitimación que le asiste al convocante, en razón a que el origen de la acción lo constituye un acuerdo privado del cual eventualmente pueda surgir la obligación de rendir cuentas y consecuencia de ello, una orden frente a ese tema.

5.2.- Referente a la existencia de una amenaza o vulneración actual del derecho en discusión, debe destacarse que jurisprudencialmente se ha decantado que el proceso de rendición de cuentas posee dos fases, la primera de ellas, se contrae a una declarativa, si existe o no la obligación legal de rendirlas y, la segunda, en caso de la existencia de la misma, determinar si hay lugar o no a generar un rubro por la desobediencia contable. Frente a ello, la justificación del demandante se hizo consistir en la conducta displicente, temeraria y de mala fe del convocado, relegando dicha exigencia a la simple afirmación del extremo actor.

5.3.- Ahora, en lo que atañe a la apariencia del buen derecho, y según el extracto contable arrimado por el actor, se evidencia que la expectativa de los rubros se hizo consistir en la **posible ocupación de la totalidad** de las habitaciones ubicadas en el inmueble de la calle 127D # 47-58 de Bogotá, en las cuales se alojarían adultos mayores con trastornos neurocognitivos y de comportamiento. Sin embargo, esa circunstancia aparentemente fue desvirtuada por la propia demandante, en razón de los informes rendidos por sus propios auditores, las residencias no fueron llenadas en su totalidad, razón por la cual, la proporción de utilidad que se generaba, era directamente proporcional al nivel de ocupación de aquellas.

En efecto, téngase en cuenta que para el mes de mayo de 2019, de las 20 habitaciones referidas en el informe del auditor Gustavo A. Rodríguez Duarte, 11 de ellas se encontraban ocupadas y las restantes, sin uso; circunstancia que fue similar para abril y marzo de esa anualidad. Así mismo, del informe brindado por Gina Ferrucho se evidencia que para agosto de 2017, fecha en que se relevó del cargo, existía una carga menor a la esperada, situación que claramente resulta contraria a las aseveraciones del actor y a la documental allegada para este primer avance.

² Sentencia C-835 de 2013

De tal manera que aplicados tales preceptos al caso estudiado, se establece que la medida deprecada no puede salir avante, ello ante la circunstancia que de los hechos planteados en el libelo no se vislumbra una amenaza o vulneración a la actividad que actualmente ejerce la demandante, ni tampoco resulta razonable ni proporcional para la protección del presunto derecho objeto del litigio que se pretende debatir y en lo que atañe a la primera etapa de la contención, mencionada líneas atrás. Esto es, no están puestos en el asunto los elementos de juicio suficientes para dar viabilidad al tipo de medida cautelar deprecada.

6.- Por lo expuesto en la consideración que precede, se mantendrá incólume el auto cuestionado, sin condena en costas por no aparecer causadas.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Magistrado Sustanciador del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR el auto de fecha 13 de octubre de dos mil veinte (2020) pronunciado en el Juzgado 39 Civil del Circuito de Bogotá, contenido del rechazó de la demanda.

2.- Sin condena en costas.

3.- Devuélvase el expediente al Juzgado de origen para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

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

**REF: RECURSO EXTRAORDINARIO DE
ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL DE SAMPOL COLOMBIA S.A.S contra
CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S. Exp. 2021-00921-00.**

*1.- Por reunirse los requisitos formales, en aplicación de lo dispuesto por la Ley 1563 de 2012, artículos 40 a 42 y 46, se **ADMITE** el recurso de anulación interpuesto por el apoderado judicial de la convocada CONSTRUCCIONES COLOMBIANAS OHL S.A.S contra el laudo arbitral calendaro 16 de diciembre de 2020, y cuya aclaración se resolvió en proveído del 15 de enero de 2021, proferido por el Tribunal de Arbitramento convocado por SAMPOL COLOMBIA S.A.S. en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.*

2.- Téngase en cuenta para todos los efectos legales, el recurso se admite por las causales 7ª, 8ª y 9ª del artículo 41 ejusdem que estipulan:

“7. Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo.”,

“8. Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral”.

“9. Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”.

3.- En firme el presente proveído, ingrésese el expediente a despacho para proferir dentro de los tres meses siguientes, la correspondiente sentencia.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

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

Radicado 11001 3199 002 2016 00067 02.
Proceso: Verbal.
Recurso: Apelación de Sentencia.
Demandante: La Mesa de Los Señores SDRL Sucursal Colombia.
Demandado: Eric René Lassure y otros.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala de 21 de abril de 2021 Acta No. 15]

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2019 por la Superintendencia de Sociedades.

ANTECEDENTES

1. La Mesa de los Señores SDRL Sucursal Colombia, actuando por conducto de apoderado judicial, promovió demanda¹ contra Eric Rene Lassure, Dominique Dorison y Georges Albendin, orientada a que se acojan las siguientes pretensiones principales: **[i]** declarar que los demandados son responsables de los perjuicios causados a la parte actora, con ocasión de la aparente conducta dolosa y/o culposa en que incurrieron entre el 2 de abril de 2009 y el 22 de diciembre de 2014, en su calidad de gerentes, representantes legales y apoderados de la sociedad demandante; **[ii]** declarar la nulidad absoluta de la integridad de los actos suscritos por los demandados, en los que se

¹ Cfr. folios 1 y siguientes del cuaderno 1

hubieren contrariado los deberes de los administradores consagrados en el numeral 7° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, como también la nulidad de las actas Nos. 1 y 9 de 2014 y **[iii]** oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que, de resultar necesario, inicie la respectiva acción penal en contra de los demandados. Así mismo, oficiar a la Superintendencia de Industria y Comercio a fin de que se promueva la acción correspondiente por presunta competencia desleal.

Y como pretensiones subsidiarias pidió que: **[i]** respecto de las condenas que se impongan a los demandados se ordene el pago de los intereses moratorios respectivos; **[ii]** se les revoque la calidad de comerciantes y se les prohíba el ejercicio de dicha actividad y **[iii]** se les ordene entregar los estados financieros definitivos de los años 2009 al 2014.

2. La situación fáctica descrita en la demanda admite el siguiente compendio:

2.1. El 9 de marzo de 2009, la asamblea general ordinaria de la casa matriz La Table Des Seigneurs SARL decidió otorgarle poder al señor Eric Lassure, cogente y accionista, para que procediera a la constitución y apertura de La Mesa De Los Señores Sucursal Colombia, designándolo como representante legal de la misma.

2.2. El 9 de octubre de 2012 Eric Lassure confirió poder general a Georges Albeldin -también accionista de la casa matriz-, en virtud del cual este prestó sus servicios como apoderado general “con alcances y funciones de gerente y representante legal”² de La Mesa De Los Señores Sucursal Colombia, cargo que aceptó el 1° de abril de 2014, “sin que haya documento oficial de su nombramiento como tal”³, pero existen actuaciones anteriores que muestran su desempeño en dicho nombramiento como, por ejemplo, la carta que este envió al Banco de Bogotá el 9 de mayo de 2013.

2.3. Los demandados, además de ostentar la calidad de gerentes y representantes legales de La Mesa De Los Señores Sucursal Colombia, son socios de la casa matriz La Table Des Seigneurs SARL, con 1661 cuotas sociales de 3880, es decir, el 42.8% del 100% de las acciones. Estos realizaron diferentes actividades relacionadas con la

² Cfr. folio 6 *ibidem*

³ Cfr. folio 7 *ib.*

gerencia, administración y dirección de la sucursal, que requerían de la autorización de la casa matriz. Sin embargo, procedieron *motu proprio* a firmar actas de asambleas que no fueron convocadas en Francia, en las que aprobaron el aumento de capital, efectuaron nombramientos, certificaron remuneraciones y otorgaron poderes generales.

2.4. Los señores Lassure, Dorinson y Albendin no actuaron con la diligencia requerida, irrogando perjuicios económicos a la sucursal, a la casa matriz y a los socios, tras asignarse remuneraciones y otros beneficios, como también pagar honorarios, rodamientos, asesorías en ventas o comisiones, todo ello sin el aval de la casa matriz. De esta manera, la demandante observó en la contabilidad de la empresa pagos por dichos conceptos en los años 2012, 2013 y 2014 por \$264'622.066 y \$194'811.359 a favor de Lassure y Albendin, respectivamente, conforme al análisis que efectuó la firma de auditoría Ernst & Young. Además, el señor Lassure autorizó un pago anual "*de su seguro de vida y aparentemente el de su hijo*"⁴. Todas esas conductas transgreden lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, y el artículo 1° del Decreto 1925 de 2009, dado el manifiesto conflicto de intereses.

2.5. El 20 de septiembre de 2013 los demandados constituyeron la sociedad La Parte De Los Ángeles SAS, cuyo domicilio corresponde al local comercial en donde se venden los vinos que distribuye la demandante, lo cual podría suscitar competencia entre ambas sociedades y, además, afectó los intereses de la parte actora, pues los gastos de aquella sociedad eran asumidos con el flujo de caja de La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia. Al momento de la presentación de la demanda dicha sociedad le adeuda a la parte actora la suma de \$52'420.529. Del mismo modo, se evidenció un claro abuso en materia tributaria en relación con el IVA, pues La Parte De Los Ángeles SAS facturaba algunos bienes y servicios que supuestamente no se podían cargar a través de la sucursal, causando de este modo un detrimento patrimonial por las ventas no registradas.

2.6. Al parecer, el demandado Lassure está constituyendo una nueva empresa competidora de la demandante, y en su publicidad hace uso de productos como el

⁴ Cfr. folio 13 ib.

Eternelle Favorite, que es un vino registrado en Colombia bajo la licencia de La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia.

2.7. En virtud de las irregularidades advertidas, la demandante decidió revocar el nombramiento de Eric Lassure; el acto de revocatoria se inscribió el 18 de diciembre de 2014 en la Cámara de Comercio de Bogotá, a la par con el nombramiento de la señora Gaëlle Millet como nueva representante legal; Lassure formuló recursos de reposición y apelación, actuación procesal que generó confusión respecto de cuál de ellos tenía el deber de firmar los estados financieros del año 2014, situación que la Superintendencia de Sociedades aclaró al resolver una solicitud que presentó la parte actora, advirtiéndole que tal responsabilidad le corresponde a Eric Lassure; sin embargo, este no presentó los estados financieros de la empresa al 31 de diciembre de 2015, por lo que la nueva representante legal debió esforzarse para realizar los respectivos ajustes, encontrando que faltaban muchos soportes, lo que condujo a la revisora fiscal a dejar salvedad en los estados financieros, los cuales, además, carecen de firma del representante legal.

2.8. Luego de la revocatoria del cargo de representante legal, Eric Lassure *“pretendió iniciar un proceso laboral ante el Ministerio de Trabajo, alegando despido sin justa causa, el no pago de prestaciones sociales, no pago de salario e indemnización moratoria, a través de una audiencia a la cual fue citada la señora G[aëlle] M[illet], audiencia que se llevó a cabo pero que no prosperó”*⁵.

2.9. Por expresa autorización de la casa matriz, la nueva representante legal de la sucursal le solicitó a la firma Ernst & Young Audit S.A.S. la realización de una auditoría contable parcial -entre el periodo comprendido del 1º de enero de 2013 al 30 de junio de 2014, pues se hizo solo una selección de cuentas debido al costo tan elevado de tal gestión-, compañía que presentó el informe correspondiente, tras analizar una muestra de 291 transacciones con hallazgos por un total de \$1.432'311.957.

2.10. Por otra parte, en el dictamen de 27 de marzo de 2015 emitido por la revisora fiscal se encontró cartera castigada por la suma de \$125'052.000, generada por

⁵ Cfr. folio 12 ib.

la ausencia de cobro jurídico; también se hallaron múltiples inconsistencias en la contabilidad que ocasionaron gran repercusión en la situación financiera de la empresa demandante a finales del año 2014, en razón de lo cual la revisora advirtió la necesidad de realizar varios ajustes, los cuales ascendieron a la suma de \$1.464'877.006. Dicha cifra comprende, por ejemplo, un rubro de \$93'853.031 contabilizados como activo de la empresa en "*otras cuentas por cobrar*" que, en realidad, corresponden en su mayoría a gastos de representación, lo cual constituye un gravísimo hecho que refleja la intención de manipular los registros contables; además, existen faltantes de inventario que no se encuentran soportados, por la suma de \$302'432.708, del que dispusieron sin justificación o explicación alguna los representantes legales o gerentes.

2.11. Se observaron varios rubros en los estados financieros que no cuentan con suficientes soportes, tales como los de propiedad planta y equipo -por \$29'077.266- e intangibles -por \$29'077.266-. Además, en los años 2011, 2012, 2013 y 2014 se reflejan gastos diferidos que de acuerdo con las normas contables no eran diferibles.

2.12. El 25 de junio de 2013 el demandado Eric Lassure envió una carta de instrucciones a la entidad Helm Bank, en la cual señaló que la sucursal debía pagarle a la casa matriz en Francia el valor de una importación, en virtud de lo cual autorizó un giro por la suma de USD 4.124, e indicó el número de una cuenta para que se consignara ese dinero en aquél país; no obstante, el giro se hizo en realidad a la cuenta personal de Lassure [aunque el documento especifica que el destinatario es La Table Des Seigneurs SARL].

2.13. Los demandados Lassure y Albendin dejaron, al parecer, cheques firmados en blanco en repetidas ocasiones, sin custodia alguna, poniendo en riesgo inminente las finanzas de la sucursal. Además, autorizaron el pago de gastos personales que no tienen relación alguna con el objeto de la sociedad, como, por ejemplo, el colegio, las terapias y la póliza de seguro del hijo del primero de estos, como también el arriendo de un apartamento, celebraciones y fiestas, nada de lo cual autorizó la casa matriz.

2.14. Por otro lado, algunos de los empleados de la sucursal no tenían una situación laboral ajustada a la ley, lo que generó quejas y costos para subsanar las

inconsistencias. Adicionalmente, se encontraron varios contratos de prestación de servicios, en los que no se solicitó el RUT, ni la constancia de pago de prestaciones sociales.

2.15. Con el visto bueno de los demandados Lassure y Albendin, se celebraron, al parecer, varios contratos de mutuo con interés, sin las formalidades legales de rigor, y algunos de ellos no cuentan con los debidos soportes pues, por ejemplo, el que figura a nombre del señor Arcesio Perdomo, por \$38'000.000, carece de los extractos bancarios que demuestren la entrada de la totalidad de los fondos a las cuentas empresariales de la sucursal; lo mismo acontece con un supuesto préstamo por la suma de \$20'000.000, instrumentado en un pagaré que nunca ha hecho parte de la documentación de la empresa, suscrito por Eric Lassure, en calidad de representante legal y codeudor. Las obligaciones en mención dieron lugar a la iniciación de dos procesos ejecutivos en los que se decretaron medidas cautelares en contra de La Mesa de Los Señores SDRL Sucursal Colombia.

2.16. Entre los hallazgos también se encuentran contratos, cuentas y consignaciones sin soportes, así como giros desde Francia a personas naturales. En reiteradas ocasiones la nueva representante legal ha intentado comunicarse con los antiguos contadores, revisores fiscales y gerentes, sin recibir respuestas ni explicaciones contundentes.

2.17. La señora Gaëlle Millet, la revisora fiscal y el contador de la compañía realizaron un estudio de la contabilidad y de la situación financiera de la sucursal, luego de lo cual advirtieron que las cifras presentadas en los estados financieros del año 2013, contabilizados como saldos iniciales para el año 2014, no corresponden a la realidad y existe dinero que se gastó sin soporte alguno. Las cifras reales muestran que la sociedad se encontraba en causal de liquidación, y se cree que también en causal de disolución desde años anteriores, lo que evidencia que los demandados contrariaron los deberes de buena fe, lealtad y diligencia de un buen hombre de negocios.

3. El demandado Eric René Lassure contestó la demanda por intermedio de apoderado judicial y propuso las excepciones de mérito que denominó *“Falta de*

[L]egitimación en la causa y por ende [a]usencia de legitimación por activa”, “Responsabilidad de los demandados en su calidad de accionistas de LA MESA DE LOS SEÑORES SDRL SUCURSAL COLOMBIA” y “BUENA FE DEL DEMANDADO [Art. 83 CP] respecto de la conducta de los demandados”⁶.

A su turno, el demandado Dominique Dorinson propuso los medios de defensa denominados “Carencia de acción, de causa y de derecho”, “Falta de legitimación material en la causa por pasiva”, “Inexistencia de responsabilidad del demandado, culpa de la actual representante legal” y “Buena fe del demandado”⁷.

Por su parte, el demandado Georges Albendin alegó las excepciones de fondo que denominó “Carencia de acción, de causa y de derecho”, “Falta de legitimación material en la causa por pasiva”, “Inexistencia de responsabilidad del demandado, culpa de la actual administración” y “Buena fe del demandado”⁸.

La sociedad La Parte De Los Ángeles S.A.S. En Liquidación, vinculada en el curso de la audiencia preliminar celebrada el 8 de mayo de 2017⁹, como litisconsorte necesario de los demandados, contestó el libelo y propuso la excepción de mérito denominada “Prescripción de la acción de nulidad”.

4. El 21 de septiembre de 2017 la Superintendente Delegada Para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades dictó sentencia anticipada tras advertir la falta de legitimación en la causa por activa, como quiera que las sucursales de una sociedad extranjera son una mera extensión patrimonial de esta última, en virtud de lo cual no cuentan con personería jurídica para disponer de derechos en el marco de un proceso judicial¹⁰.

5. Apelada esa decisión por el demandante, este Tribunal la revocó, luego de exponer los fundamentos legales que demuestran que la sociedad demandante cuenta

⁶ Cfr. folios 1 y siguientes del cuaderno 4

⁷ Cfr. folios 718 y siguientes del cuaderno 4

⁸ Cfr. folios 777 y siguientes ibidem; folios 949 y siguientes del cuaderno 5

⁹ Cfr. medios magnéticos, Carpeta “FL. 1249”.

¹⁰ Cfr. medios magnéticos, Carpeta “FL. 1344”.

con personería jurídica y tiene capacidad para ser parte en este proceso, por lo que le ordenó al *a quo* continuar con el trámite de rigor¹¹.

6. En cumplimiento a lo ordenado, la Superintendencia agotó las etapas procesales pertinentes. En la audiencia celebrada el 23 de julio de 2019 escuchó las alegaciones de los abogados de las partes y precisó que dictaría el fallo por escrito, sin anunciar su sentido, teniendo en consideración que debía analizar los argumentos expuestos en los alegatos de conclusión¹².

LA SENTENCIA APELADA

La autoridad de primer grado determinó que los demandados Eric René Lassure y Georges Albendin ostentaron la calidad de administradores de la demandante; el primero de ellos tuvo a su cargo la gestión administrativa de La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia entre los años 2009 y 2014, en tanto que el segundo desarrolló su labor de administrador en virtud del poder general que le confirió Lassure el 9 de octubre de 2012, para que representara a la sucursal, mandato que se denomina *factor*, en los términos del artículo 1332 del Código de Comercio¹³.

Respecto del demandado Dominique Dorinson expresó que no se demostró su calidad de administrador, pues la prueba pericial practicada dictaminó que la firma que aparece en el acta No. 9 es de autoría anónima, en razón de lo cual la aceptación del cargo que se aduce en la demanda no tendría validez, dado que la actuación que dio lugar a dicho manuscrito sería inexistente, amén que la fecha de creación es anterior a la aparente designación que se invoca.

Seguidamente, se refirió al régimen de responsabilidad de los administradores y observó que Lassure y Albendin incurrieron en infracciones al deber de cuidado, tras incumplir las obligaciones legales contables [pues la información financiera del año 2013 y periodos anteriores, reflejada en los estados financieros suministrados por la sucursal, no mostraba la realidad económica y financiera al cierre del respectivo ejercicio] y no

¹¹ Cfr. medios magnéticos, Carpeta "folio 1432"

¹² Cfr. medios magnéticos, Carpeta "folio 1913"

¹³ Cfr. folios 1914 y siguientes del cuaderno 8 Parte II

velar por el cumplimiento de las normas laborales en relación con la contratación de empleados.

Así mismo, encontró probadas las infracciones al deber de lealtad, por apropiación indebida de recursos. Precisó que el demandado Eric Lassure incurrió, además, en la celebración de operaciones que evidencian un conflicto de interés, al transferir US\$4.125.83 a una cuenta corriente que se encontraba a su nombre.

Destacó que no quedó demostrada la estructuración de los demás actos enunciados en la demanda como constitutivos de infracciones al régimen de responsabilidad de los administradores [capitalización de la sucursal, existencia de cheques en blanco, contratos de mutuo, gastos adicionales para el posicionamiento de productos, actos de competencia y creación de una nueva empresa].

Además, la Superintendencia se abstuvo de resolver sobre la nulidad absoluta de varias de las decisiones aprobadas por La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia, contenidas en las actas Nos. 1 y 9 de 2014, toda vez que la sucursal no contaba con autonomía ni independencia jurídica distinta de la de su matriz para actuar y, por ende, tales actos jurídicos no pueden ser evaluados a la luz de la normatividad colombiana, amén que en el dictamen pericial realizado sobre las firmas de los señores Eric Lassure y Dominique Dorinson, consignadas en el acta de la reunión realizada el 31 de mayo de 2014, se determinó que tales rúbricas eran de autoría anónima.

En relación con la pretensión de declarar a los demandados inhábiles para ejercer el comercio, señaló que, aunque Lassure y Albendin infringieron los deberes descritos en el numeral 2º y la regla del numeral 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995, no se advierte un motivo contundente que amerite imponer tan drástica sanción. Y en punto de los perjuicios reclamados dijo que no existe una relación de causalidad entre algunas de las conductas censuradas y los daños alegados por la demandante, en razón de lo cual solo resulta procedente ordenar el pago de los perjuicios derivados de las infracciones advertidas en el fallo.

Con fundamento en todo lo anterior, la funcionaria de primera instancia declaró que Eric Lassure y George Albendin incumplieron los deberes de lealtad y cuidado que

les correspondía como administradores de La Mesa De Los Señores SDRL Sucursal Colombia. En consecuencia, condenó al demandado Lassure a pagarle a la parte actora las sumas de \$207'716.128 y US\$4.125.83. El señor Albendin fue condenado a pagarle a la demandante \$69'809.470, valores que habrán de indexarse. Adicionalmente, les ordenó presentar la información financiera y contable debidamente soportada, correspondiente a los cierres de ejercicio de los años 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013. Además, ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación.

LOS RECURSOS DE APELACIÓN

En desacuerdo, los apoderados judiciales de ambas partes recurrieron el fallo de primera instancia¹⁴.

El abogado del extremo actor alegó que: *[i]* la sentencia es irrisoria, incongruente y contradictoria porque reconoció que los demandados Lassure y Albendin faltaron a los deberes inherentes al cargo de administradores, empero, no les ordenó pagar la integridad de los perjuicios probados en el proceso; *[ii]* ninguno de los demandados desvirtuó la presunción de culpa prevista en el artículo 200 del estatuto mercantil, deficiencia que imponía condenar a todos y cada uno de los integrantes del extremo pasivo a pagar en forma solidaria e ilimitada los daños irrogados a la sociedad demandante; *[iii]* no se indicó la sanción que procedería en el evento de no presentarse la información financiera correspondiente y *[iv]* se ordenó oficiar a la Fiscalía, sin indicar el punible en el que incurrieron los demandados.

En la sustentación presentada en esta instancia expresó que:

- La autoridad tenía que condenar solidaria e ilimitadamente a los demandados Eric René Lassure, Georges Albendin y Dominique Dorison, como también a la sociedad La Parte De Los Ángeles S.A.S., reconocida como litisconsorte necesario de estos, a pagar los perjuicios probados en el proceso, teniendo en consideración que no se desvirtuó la presunción de culpa que prevé el artículo 200 del Código de Comercio. En lugar de eso, de manera desacertada e ilegal decidió escindir la responsabilidad.

¹⁴ Cfr. folios 1932 y ss, cdno. 8 Parte II

- En el fallo se exoneró de responsabilidad al demandado Dorison [el único medianamente solvente] sin observar que no existe un dictamen grafológico que concluya que la firma en el documento de aceptación del cargo no era uniprocedente. Además, en materia comercial la consensualidad es la regla general, por lo que no se requiere que los administradores acepten por escrito el cargo.

- La Superintendencia dejó de lado que el demandado Dorison no tachó de falso el documento de aceptación del cargo, ni denunció la supuesta imposición de su firma.

- Los administradores deben actuar como un buen hombre de negocios, según lo reglado en el citado artículo 200, en armonía con los lineamientos expuestos en la sentencia C-123 de 2006. Por otra parte, la norma en mención prevé el único evento en el que los administradores se eximen de responsabilidad, aspecto que, por demás, no alegó el señor Dorinson.

- La *a quo* condenó únicamente a los demandados insolventes, a pagar unas sumas pírricas, pretermitiendo las pruebas que demuestran que el monto de los perjuicios asciende a la suma de \$3.149'026.720, como se especificó en el informe de auditoría de la firma Ernst & Young -el que no se controvirtió debidamente-, y en el anexo único aportado con el libelo. Para tasar el daño en su real magnitud bien pudo acudir a la excepcional condena en abstracto, como lo prevé el artículo 283 del Código General del Proceso, y disponer el trámite del respectivo incidente, con base en la información contable que le ordenó reconstruir a los demandados.

- La sentencia nada dijo respecto de la sanción a imponer en el evento de que los demandados no presenten los estados financieros.

- La autoridad ordenó compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, lo que indica que, en principio, advirtió la comisión de delitos y, sin embargo, no se consideró esa circunstancia al momento de valorar las pretensiones y la solicitud de condenas, amén de no indicarse la conducta punible advertida, a pesar de resultar evidente la estructuración del delito de administración desleal tipificado en el artículo 250 B del estatuto penal.

El apoderado del demandado Georges Albendin apeló el fallo con base en los siguientes argumentos: **[i]** La Superintendencia dictó sentencia por fuera de la audiencia de instrucción y juzgamiento, sin anunciar el sentido del fallo, como lo ordena el numeral 5° del artículo 373 del C. G. del P.; **[ii]** La autoridad interpretó y aplicó de manera equivocada los artículos 263 del Código de Comercio y 22 de la Ley 222 de 1995, al otorgarle al señor Albendin la calidad de administrador de la sucursal, con base en un poder, cargo que, de todos modos, este no ejerció porque Eric Lassure siempre estuvo al frente de sus funciones como representante legal; **[iii]** La carta enviada al Banco de Bogotá no implica, *per sé*, que este ejerciera funciones de administrador, pues con esa misiva no se le irrogó perjuicio alguno a la sociedad; **[iv]** su representado no firmó estados financieros, ni delegó responsabilidad alguna respecto de la contabilidad de la sucursal; **[v]** la funcionaria de primera instancia determinó que el poder que Eric Lassure le otorgo al señor Albendin le confirió la calidad de administrador porque tiene el carácter de *factor*, planteamiento que dejó de lado que entratándose de sucursales de sociedades extranjeras es menester que *“la personalidad de sus representantes conste en el documento de su [f]undación o en acto de la [s]ociedad fundadora”*. La teoría del *factor*, en gracia de discusión, podría tener acogida si el poder lo hubiere otorgado la asamblea de accionistas de la casa matriz, lo cual no aconteció en este caso; **[vi]** el concepto de la revisora fiscal no tiene fuerza probatoria alguna porque su nombramiento se efectuó en la reunión asamblearia que consta en el acta No. 9, la cual fue tachada de falsa y cuyas firmas no provienen de la autoría de Eric Lassure y Dominique Dorinson, tal y como lo determinó la experticia rendida por el perito grafólogo José del Carmen Romero Tinjacá, lo que implica que las decisiones que allí se adoptaron no tienen validez; **[vii]** no había lugar a concederle mérito probatorio al informe de la firma Ernst & Young Audit S.A.S., pues allí se indicó que no constituía una prueba pericial para establecer los perjuicios, sino que se trataba de un análisis orientado a mejorar la eficacia y eficiencia de la infraestructura de cumplimiento; **[viii]** la Superintendencia negó el testimonio de la señora Liudmila Riaño González, quien fue la responsable del informe de hallazgos, con fundamento en que se trata de una prueba documental y no pericial; **[ix]** la autoridad pasó por alto el hecho de que el señor Albendin no era el encargado del cobro de la cartera, pues esa labor la desempeñaba Gaëlle Millet, como quedó demostrado con los correos electrónicos allegados con la contestación de la demanda; **[x]** no existe

prueba de la causación de las sumas de dinero que en el fallo se le ordenó reembolsar y, por el contrario, constituyen una cuenta por pagarle a él; **[xi]** no quedó probado que la sociedad demandante sufriera perjuicios derivados de sus actuaciones y **[xii]** es imposible que cumpla lo ordenado por el *a quo* en relación con los estados financieros, porque nunca estuvo a cargo de esa labor. Además, su calidad de accionista de la sociedad comenzó en el mes de noviembre de 2011.

En la sustentación que presentó en esta instancia manifestó que surgió un hecho sobreviniente que impone dictar sentencia inhibitoria, toda vez que el 5 de diciembre de 2019 el Tribunal de Comercio de Versalles “*declaró cerradas, por motivo de activo insuficiente, las operaciones de la liquidación judicial de la SARL LA TABLE DES SEIGNEURS*”, en razón de lo cual al no existir la casa matriz de la sucursal colombiana, la demandada carece de personería jurídica y, por consiguiente, de capacidad para ser parte.

Insistió en que el informe de la firma Ernst & Young Audit S.A.S. no constituye una prueba para establecer los perjuicios, toda vez que no cumple las exigencias previstas en los artículos 189 y 227 del C. G. del P., al no habersele comunicado a la parte demandada acerca de su práctica ni permitírsele interrogar bajo juramento a quien lo rindió.

De todas maneras, ese informe no alude a la existencia de pagos ilegales, sino a la falta de soportes. Debe observarse que ni la ley ni los estatutos prohíben realizar pagos a terceros, incluyendo a los socios, quienes usualmente prestan algunos servicios a la sociedad, de los cuales devengan contraprestaciones.

El apoderado judicial del demandado Eric René Lassure fundamentó su recurso en que: **[i]** la autoridad dejó de lado que su representado sí se encontraba autorizado para recibir una remuneración o salario por su labor como gerente a través, en principio, del pago de sus gastos en Colombia, pues su misión era generar mercado y prestigio de los vinos franceses, cometido que implicaba pagar hospedaje, transporte, alimentación, gastos de su familia, entre otros, resultando desacertado que en el fallo se adujera una apropiación indebida de recursos; **[ii]** el informe en el que se basó el Despacho para

aducir el incumplimiento de disposiciones contables no cumple con las exigencias de un dictamen pericial; **[iii]** el señor Lassure fue separado de su cargo de gerente en forma abrupta e infamante, lo que le impidió entregar informes contables o de cualquier otra índole relacionada con su gestión; **[iv]** en la sentencia se le confirió poco valor a “*la falsedad descubierta de un documento de trascendental importancia, como el acta de reunión de 31 de mayo de 2014, falsedad que demuestra la mala fe de la demandante que se apoderó de la [s]ucursal de la manera como dan cuenta las pruebas, y luego desaparecieron documentos y aparecieron otros, como el falso ya mencionado*”¹⁵; **[v]** en el fallo se aplicó de forma equivocada el contenido del artículo 167 del C. G. del P., para dar por probado que la situación laboral de varios empleados de la sucursal vulneraba las normas legales, pues la parte actora no demostró esa situación.

En esta instancia no presentó la sustentación del recurso de apelación, por lo que se declaró desierto mediante proveído de 4 de mayo pasado.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran reunidos a cabalidad y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. Cumple precisar, de manera liminar, que no hay lugar a proferir fallo inhibitorio como lo alegó el apoderado judicial del demandado Georges Albendin en la sustentación del recurso de apelación, pues la decisión que adoptó el Tribunal de Versalles el 5 de diciembre de 2019, en cuanto “*DECLAR[Ó] cerradas, por motivo de activo insuficiente, las operaciones de la liquidación judicial de la SARL LA TABLE DES SEIGNEURS*”¹⁶, no constituye una circunstancia que impida decidir de fondo este asunto en segunda instancia, como quiera que la sucursal demandante es independiente y autónoma en el presente trámite respecto de la persona jurídica extranjera matriz, dado que cuenta con personería jurídica y, por ende, tiene capacidad para ser parte, tal y como lo dejó establecido esta Sala al analizar los alcances de los artículos 263, 469, 471, 472 numeral 5º y 484 del estatuto mercantil, en armonía con los artículos 53 y 58

¹⁵ Cfr. folio 1955, cuaderno 8 parte II

¹⁶ Cfr. cuaderno del Tribunal, páginas 19 y siguientes del archivo PDF.

del CGP, fundamentos legales que llevaron a revocar la sentencia anticipada que dictó la Superintendencia de Sociedades el 17 de septiembre de 2017¹⁷.

3. Por otra parte, se observa que el apoderado judicial del demandado Eric Lassure no sustentó la apelación, a pesar de que en auto de 1º de febrero del año en curso el Despacho corrió traslado por el término de cinco [5] días para que los impugnantes procedieran de conformidad, al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020. Así las cosas, en este fallo no se hará pronunciamiento respecto de su impugnación.

En tal orden de ideas, el Tribunal circunscribirá la resolución de la instancia a los precisos argumentos expuestos en los recursos de apelación que formularon los apoderados judiciales de la sociedad demandante y del demandado Georges Aldendin.

4. Despejado lo anterior, memórese que el artículo 200 del Código de Comercio -subrogado por el artículo 24 de la Ley 222 de 1995- regula lo atinente a la responsabilidad de los administradores, previendo que estos responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros. En el inciso tercero estatuye que, en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

Sobre el particular, en la sentencia C-123 de 2006 expresó la Corte Constitucional lo siguiente:

“[...] en materia de sociedades, dada la importante labor que desempeñan sus administradores, en razón a la gran responsabilidad que asumen y la repercusión que sus actuaciones pueden tener en el desarrollo social, ha sido la ley la que les ha impuesto de manera general a éstos, ejercer sus funciones con sujeción a los principios de lealtad y buena fe, así como actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, en interés de la sociedad y teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En tal medida, la actuación de los administradores debe ir más allá de la diligencia común y corriente, pues su gestión profesional de carácter comercial debe orientarse al cumplimiento de las metas propuestas por la sociedad.”

Cabe recordar, que la Ley 222 de 1995, impuso a los administradores un grado de diligencia y prudencia superiores a la mediana que hasta entonces tenían, la de un buen padre de familia, pues ahora deberán actuar con la diligencia propia de un buen hombre de negocios, es decir, con la que pondría un comerciante normal en sus propios asuntos, lo que supone una mayor exigencia en la administración de los asuntos propios de la sociedad”.

¹⁷ Cfr. expediente digital, medios magnéticos, carpeta “FL. 1432”, minuto 25 en delante de la grabación.

Según lo dispuesto en el artículo 22 de la citada Ley 222 de 1995, se consideran como administradores el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones.

Y en su artículo 23, dicha ley señala de modo taxativo los deberes de los administradores, en tanto que en el canon 25 prevé que la acción social de responsabilidad contra los administradores corresponde a la compañía, previa decisión de la asamblea general o de la junta de socios. El inciso tercero de esa norma le confiere dicha prerrogativa también a cualquier administrador, al revisor fiscal o a cualquiera de los socios, en el evento de que, una vez adoptada la decisión por la asamblea o junta de socios, no se inicie la acción dentro de los tres meses siguientes.

5. Revisadas las pruebas documentales que obran en el expediente se observa que en la escritura pública No. 0437 de 31 de marzo de 2009 consta que el señor Eric Lassure fue designado por la asamblea general de la casa matriz para abrir una sucursal en Colombia, con el mismo objeto social de la compañía Francesa La Table Des Seigneurs SARL, y para ejercer la representación legal de dicha sucursal¹⁸.

Entonces, no admite discusión alguna que el demandado Lassure ostentó la calidad de administrador de la demandante hasta el momento en el que se le revocó su nombramiento, acto inscrito el 22 de diciembre de 2014 en la Cámara de Comercio de Bogotá [fl. 60, C.1].

Del mismo modo, el demandado Georges Albendin fungió como administrador de la sociedad La Mesa de los Señores SDRL Sucursal Colombia, pues, aunque durante todo el trámite del proceso negó dicha calidad, lo cierto es que los elementos probatorios muestran su condición de gerente de la sucursal. Ciertamente, haciendo uso de la prerrogativa que en tal sentido le confería el artículo 12 de los estatutos de la matriz¹⁹, mediante la escritura pública No. 2.249 de 9 de octubre de 2012, inscrita en el registro mercantil, Eric Lassure le otorgó poder para que representara a la sucursal en

¹⁸ Cfr. C1, folios 142 y siguientes.

¹⁹ Cfr. C1, folios 156 y siguientes.

distintos actos, tal y como lo hizo en varias ocasiones, como, por ejemplo, en la carta que el 9 de mayo de 2013 le dirigió al Banco de Bogotá en calidad de representante legal de La Mesa de Los Señores [fl. 149 C. 1], y en el “*Memorando de información*” visible a folio 150 del mismo cuaderno, documento que firmó como representante legal administrativo y financiero.

Y en el interrogatorio de parte que rindió en el curso de la audiencia celebrada el 23 de agosto de 2018 expresó que, de haber suscrito algunos documentos como gerente de la sucursal, lo hizo en virtud de la ausencia de Eric Lassure, “*pues las cosas tenían que seguir*” [véase desde la hora y cuatro minutos de la grabación]²⁰.

Es más, en el acta de la asamblea general ordinaria de La Table Des Seigneurs SARL realizada el 5 de enero de 2015 en Francia, y cuya traducción oficial obra en el plenario, consta que éste pidió la palabra para justificar el desempeño en su gestión. Destaca la Sala que en esa reunión asamblearia se ratificó la decisión del retiro de las delegaciones de poderes que Eric Lassure le había conferido y se corroboró la destitución de este último como gerente; así mismo, la Junta decidió encargar una auditoría por parte de una empresa de prestigio internacional y confirmar el nombramiento de Gaëlle Millet de Petit como representante legal, a quien le otorgó poder especial para iniciar el proceso de responsabilidad social [fls. 102 y ss, C1].

Así las cosas, teniendo en consideración que la sucursal es considerada un establecimiento de comercio [art. 263 del C. Co], el mandato que le confió Lassure constituye un auténtico factor [art. 1332 *ibídem*] y, por ende, el demandado Georges Albendin debe y tiene que responder por sus actos como administrador de la sucursal.

La situación es distinta respecto del demandado Dominique Dorinson, como quiera que en el expediente no obra elemento de juicio alguno que demuestre su desempeño como administrador de la sucursal. Aunque es cierto que en el documento visible a folio 155 del cuaderno 1 aparece una presunta firma suya en calidad de representante legal suplente de La Mesa de Los Señores, también lo es que en el interrogatorio de parte expresó que no suscribió ese documento, y destacó que, aunque

²⁰ Medios magnéticos, carpeta “FL. 1485”.

existió la posibilidad de ser nombrado como gerente general, lo cierto es que los accionistas no aprobaron su designación, por lo que no ejerció ninguna función en la sucursal²¹.

Además, advierte la Sala que en el curso de la audiencia celebrada el 2 de agosto de 2018, la Superintendencia decretó de oficio *“un dictamen pericial que deberá ser rendido por un experto en grafología”*, a fin de determinar la autenticidad del acta No. 9 de 31 de mayo de 2014, en la que, entre otras cosas, se designó al demandado Dorinson como gerente general de la sucursal. En dicha experticia se dictaminó que la rúbrica que aparece en el acta en mención [fls. 1704 y siguientes del cuaderno 1] *“no pertenece al normal y consciente desenvolvimiento manuscritural de Dominique Frederic Albert Dorinson [c]édula de extranjería 232126, por ende, es de autoría anónima”* [fl. 1808 C. 8 Parte II], dictamen no fue objetado por el demandante, tanto es así que la Juez *a quo* citó al perito a la audiencia de 23 de julio de 2019²², pero no lo interrogó porque ninguna de las partes controvertió dicha prueba.

De este modo, aunque es cierto, como lo aduce el apoderado judicial de la parte actora, que la aceptación del cargo de gerente no necesariamente tiene que efectuarse por escrito, también lo es que en el expediente no aparece materializado ningún acto a través del cual el demandado Dominique Dorinson desplegara actividad alguna como administrador de la empresa, lo cual impide que las pretensiones prosperen en su contra, por más que no hubiere tachado de falso el documento de su designación, y que no denunciara la supuesta imposición de su firma, como lo alega el apelante.

6. En el anterior orden de ideas, es claro que el régimen de responsabilidad de los administradores solo resulta aplicable para los demandados Eric Lassure y Georges Albendin, sin que haya lugar a incluir a Dominique Dorinson, y menos aún a la Parte de Los Ángeles SAS, sociedad esta que no fungió como administradora y que, valga decirlo, fue vinculada por la autoridad de primer grado como litisconsorte necesario de los demandados *“en vista de que la pretensión segunda de la demanda busca que se declare la nulidad de ciertos actos celebrados por esa compañía”* [audiencia de 8 de mayo de 2017]²³.

²¹ Cfr. audiencia de 23 de agosto de 2018, medios magnéticos, carpeta “FL. 1485”

²² Medios magnéticos, carpeta “FL. 1913”.

²³ Cfr. expediente digital, carpeta “FL. 1249”.

Por ello, no puede tener ninguna acogida el argumento del apoderado de la demandante, en cuanto alega que debió condenarse solidaria e ilimitadamente a la integridad de los demandados a pagar los perjuicios irrogados y no escindir la responsabilidad como lo hizo la juez *a quo*. Adviértase que la presunción de culpa prevista en el inciso tercero del artículo 200 del Código de Comercio no tiene aplicación irrestricta, como lo pretende el censor, pues para su procedencia se requiere que el extremo pasivo haya fungido como administrador, situación que, se reitera, no acontece con Dominique Dorinson y La Parte de Los Ángeles SAS.

De otro lado, en relación con los perjuicios reclamados se observa que en el acápite de pretensiones de la demanda no se pidió el pago de una suma específica, pues en la primera pretensión subsidiaria se solicitó, simplemente, que “*sobre los montos de cualquiera de las condenas que se impongan*” se ordene el pago de intereses moratorios a la tasa máxima legal, lo cual deja de lado lo reglado en el numeral 4° del artículo 82 del Código General del Proceso, por cuya virtud en la demanda debe indicarse “[L]o que se pretenda, expresado con precisión y claridad”. De ahí, que el artículo 281 del mismo estatuto prevea que “[L]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda [...]”.

Ahora bien, si se acude a una interpretación integral de la demanda y sus anexos, se observa que, en el acápite de la cuantía, el apoderado judicial expresó que “[m]i poderdante considera bajo JURAMENTO ESTIMATORIO que la cuantía de la presente demanda es por valor de TRES MIL CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES CERO VEINTISÉIS MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS [\$3.149.026.720], valor que está debidamente discriminado en el ANEXO ÚNICO de Tasación de Perjuicios”.

Al revisar el documento rotulado como “ANEXO ÚNICO - TASACIÓN DE PERJUICIOS - LA MESA DE LOS SEÑORES SDRL - SUCURSAL COLOMBIA”²⁴ se constata que en él se discriminan los conceptos y valores de los daños que la sociedad demandante considera se le irrogaron, por la suma de \$3.149’026.720.

²⁴ Cfr. folio 59, C 1

Sin embargo, resulta menester tener en consideración que, tal y como se precisó en el fallo de primer grado, la simple verificación de infracciones a los deberes de los administradores no exime a la parte actora de acreditar, detalladamente, la relación entre los incumplimientos y los daños que se solicitan, cometido que la parte actora intentó cumplir, primordialmente, con el informe final de hallazgos realizado por la firma Ernst & Young²⁵.

No obstante, la Sala observa que la compañía que rindió el informe advirtió que los procedimientos desarrollados *“no constituyen una auditoría o revisión de a los estados financieros o a las transacciones de LMDLS, de acuerdo con cualquier estándar de auditoría o revisión generalmente aceptada. La información de este reporte podría ayudarle a mejorar la eficacia y eficiencia de la infraestructura de cumplimiento”*. Seguidamente indicó que esa empresa *“no ha buscado confirmar la exactitud de los datos o la información y las explicaciones provistas por los empleados de LMDLS. El resultado de nuestras pruebas y la información provista en este informe está destinado únicamente a la información y uso de la administración de LMDLS...cualquier otra persona que decida confiar en nuestro informe lo hace enteramente bajo su propio riesgo”* [fl. 260, c2].

De ahí, que esa prueba no conceda, *per sé*, la contundencia necesaria que se requiere para acceder a la condena de perjuicios en el monto al que aspira el demandante.

Y es que, en estrictez, la parte actora solo logró acreditar que los demandados Eric Lassure y Georges Albendin incurrieron en pagos de honorarios, consumos y gastos personales que no aparecen autorizados por la asamblea general de la matriz en Francia, como lo exigen los estatutos de la compañía, infringiendo así los deberes de los administradores regulados en los numerales 2º y 7º del artículo 23 de la Ley 222 de 1995.

En cuanto a la condena en abstracto que invoca el apelante, amparado en lo dispuesto en el artículo 283 del Código General del Proceso, debe verse que esa clase de condena solo procede en aquellos eventos en los que no se ha establecido la cuantía, situación que acá no acontece.

²⁵ Cfr. fls. 257 y ss, C2

Respecto de su inconformidad por no haberse indicado en el fallo la sanción que procede en caso de no presentarse los estados financieros, ha de observarse que los artículos 34 y siguientes de la Ley 222 de 1995 no prevén nada específico sobre el particular. Sin embargo, si la sociedad lo estima pertinente podrá exigir la respectiva rendición de cuentas por parte del administrador, en los términos que prevé el artículo 45 *ibídem*.

Y en cuanto a su reclamo por haberse ordenado compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación sin precisar la conducta punible respectiva, baste decir que en el fallo la funcionaria de primera instancia señaló que se imponía remitir copias del expediente a la Fiscalía “*a fin de que esa entidad estudie si se han presentado hechos punibles, relacionados con la creación del acta n° 9*” [fl. 1929 *vto*, C 8 Parte II], en razón de lo cual es a dicha autoridad penal a la que le corresponde establecer lo pertinente sobre ese particular.

Por otra parte, en punto de las alegaciones expuestas en la apelación por el apoderado del demandado Georges Albendin, debe decirse que es cierto que en la audiencia celebrada el 23 de julio de 2019 la Coordinadora del Grupo de Jurisdicción Societaria III manifestó que proferiría la sentencia, sin anunciar el sentido del fallo como lo estatuye el artículo 373 del Código General del Proceso, pero también lo es que la funcionaria *a quo* expresó que ello obedecía a la necesidad de analizar los fundamentos invocados en las alegaciones de cada uno de los abogados de las partes.

En relación con la imposibilidad de su representado para presentar los estados financieros, advierte el Tribunal que varios de los testigos que rindieron declaración en la audiencia celebrada el 23 de agosto de 2018 expresaron que el señor Georges Albendin no firmaba los estados financieros, pues esa labor le correspondía a Eric Lassure, en su calidad de representante legal de La Mesa de Los Señores. Así lo dejó dicho el testigo Fredy Machete, quien se desempeñó en la parte contable de la sucursal desde el mes de agosto del año 2013 hasta mayo de 2014 [3:56:23 de la grabación]²⁶, lo cual armoniza con lo que en idéntico sentido expresó la señora Nubia Esperanza

²⁶ Cfr. medios magnéticos, carpeta “FL. 1485”.

Arévalo, revisora fiscal de la compañía desde el año 2009 hasta comienzos del 2014 [6:02:00 en adelante].

En virtud de lo anterior, se reformará el numeral 6° de la parte resolutive del fallo, en el sentido de ordenar que la información financiera y contable debidamente soportada, correspondiente a los cierres de ejercicio 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, debe ser presentada únicamente por el demandado Eric Lassure.

En lo atinente a que el informe de la revisora fiscal Ana Milena López Molina no tiene eficacia probatoria porque su designación se efectuó en el acta No. 9 de 31 de mayo de 2014, cuya autenticidad se cuestionó en este trámite, basta decir que la asamblea general ordinaria de La Table Des Seigneurs SARL, en reunión de 29 de junio de 2015 aprobó su nombramiento en la sucursal, a partir del 10 de octubre de 2014 [fl. 423 del cuaderno 2].

Finalmente, en lo que atañe a las inconformidades expresadas frente al cobro de cartera, no es necesario pronunciamiento alguno sobre ese particular porque en la sentencia no se impuso ninguna condena al respecto.

7. Con fundamento en las anteriores motivaciones, se impone reformar el numeral 6° de la parte resolutive del fallo, conforme a lo indicado en párrafos anteriores, y confirmar la sentencia en todo lo demás, y no se condenará en costas en esta instancia al no haber prosperado en lo esencial los recursos formulados.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REFORMAR el numeral 6° de la parte resolutive de la sentencia proferida el 29 de julio de 2019 por la Superintendencia de Sociedades, en el sentido de ordenar que la información financiera y contable debidamente soportada,

correspondiente a los cierres de ejercicio 2009, 2010, 2011, 2012 y 2013, debe ser presentada únicamente por el demandado Eric Lassure.

SEGUNDO: CONFIRMAR dicho fallo en todos sus demás numerales.

TERCERO: Sin condena en costas en esta instancia.

Por secretaría ofíciase como corresponda y remítase el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Adriana Ayala Pulgarín
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

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

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **110013103002201900419 01**
PROCESO : **VERBAL**
ACCIONANTE : **STOLLER COLOMBIA S.A.**
ACCIONADO : **MULTIMAC S.A.S.**
ASUNTO : **DESERTUD APELACIÓN**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión de 12 de mayo de 2021, según acta No. 017 de la misma fecha.

Derrotada, por la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión, la ponencia presentada inicialmente por el Magistrado Luís Roberto Suárez González sobre la viabilidad de resolver tanto la apelación principal como la adhesiva, pese a que el extremo demandado, en su condición de primer recurrente, no sustentó en esta instancia la alzada interpuesta contra la sentencia proferida el día 8 de febrero de 2021, por la Superintendencia de Sociedades; asunto sobre el que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC8874-2018, puntualizó que *“(...) al decaer el «alzamiento principal», (...) por no haber sido «sustentado», igual destino [debe] correr la «apelación adhesiva, que est[á] indefectiblemente atada a su suerte. Así tenía que suceder, en armonía con la institución de la «apelación adhesiva», pues aunque el inciso 2º del artículo 322 del Código General del Proceso, que remplazó al precepto 353 del «Código de Procedimiento Civil», dispone que «la adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal», ello no quiere decir que el carácter subordinado y dependiente de tal adhesión se contraiga única y exclusivamente al evento del «desistimiento» que ejemplifica la citada disposición, en tanto que, por necesaria «coherencia procesal», dicha secuela se extiende también a los «supuestos de deserción» que de igual forma*

conllevan a la dimisión del «alzamiento». Dicho con otras palabras, el recurso apelativo aducido como «principal» condiciona necesariamente el de la «apelación adhesiva», de allí que, si por algún motivo ese «embate» no puede tramitarse, correrá igual suerte lo que a él está «subordinado», esto es, la «apelación adhesiva.» Por consiguiente, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 14, inciso tercero, del Decreto Legislativo 806 de 2020, y considerando el criterio precisado en el fallo STC705-2021, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,**

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación interpuesto por las partes demandada y demandante, -ésta última, en su condición de apelante adhesivo-, contra la sentencia proferida el día 8 de febrero de 2021, por la Superintendencia de Sociedades, al interior del proceso del epígrafe.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

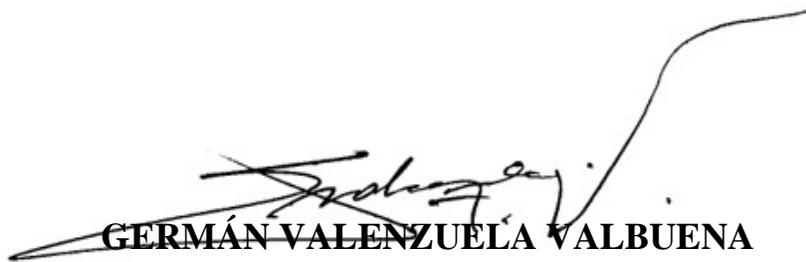

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
Magistrado
(CON ACLARACIÓN DE VOTO)


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado
(CON SALVAMENTO DE VOTO)

ACLARACIÓN DE VOTO

Rad: 110013103002201900419 01- MP. Juan Pablo Suárez Orozco

Estoy de acuerdo en que al declarar desierta la apelación principal por falta de sustentación, queda sin piso la apelación adhesiva. La aclaración de mi voto obedece a que, en vista del precedente vertical que cita el ponente –referido a la misma situación aquí tratada-, debo recoger la postura que sostuve en el pasado en cuanto a la independencia de las dos apelaciones (la principal y la adhesiva). Y si bien otrora estimaba, en contornos fácticos un tanto diferentes, que una deserción inicial no impedía adherirse luego a la alzada coetánea que también había formulado la contraparte –que por ende debía admitirse-, lo determinante de la presente aclaración radica en que en asunto idéntico al que acá se resuelve, la Corte Suprema haya estimado que una deserción por falta de sustentación afecta la alzada del adherente del mismo modo que se prevé para el desistimiento de ese recurso (inc. últ. art. 322 cgp), consecuencia procesal que, ahora advierto, no tiene carácter sancionatorio, sino que apareja la forma de impugnar escogida, cuya suerte está atada a la alzada principal.



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado

Fecha, *ut supra*,

Declarativo
Demandante: Stoller Colombia S.A.
Demandado: Multimac S.A.S.
Exp. 002-2019-00419-01

SALVAMENTO DE VOTO

Con el aprecio y respeto que profeso por mis compañeros de Sala presento los argumentos de mi voto particular respecto del auto emitido el 12 de mayo del año en curso, mediante el cual se declararon desiertos los recursos de apelación –principal y adhesivo– formulados contra la sentencia de primera instancia:

De conformidad con el Código General del Proceso, “las actuaciones se cumplirán en forma oral, pública y en audiencias, salvo las que expresamente se autorice realizar por escrito o estén amparadas por reserva” (artículo 2, subrayado propio), a lo que se aúna que “al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas del presente código deberán aclararse mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del derecho procesal garantizando en todo caso el debido proceso, el derecho de defensa, la igualdad de las partes y los demás derechos constitucionales fundamentales. El juez se abstendrá de exigir y de cumplir formalidades innecesarias”. (artículo 11, destacado intencional).

En consonancia con la nueva estructura que el artículo 322 ibídem le impone a la apelación de sentencias, es deber del recurrente presentar los reparos concretos, “al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia” ... “sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”, para lo que “será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada”, reservándose la declaratoria de desertud

de la impugnación “cuando no se precisen **los reparos** a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral” caso tal en el cual corresponde al juzgador de conocimiento esa declaración, mientras que “el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia **que no hubiere sido sustentado**”.

La inquietud surge para los eventos en los que el recurrente presenta los reparos concretos en el acto de notificación y, de forma concomitante y ampliamente, el desarrollo argumental de esas precisas críticas en franca expresión de “las razones de su inconformidad con la providencia apelada”, agotando, aunque en la primera instancia, la labor de sustentación, realidad que obliga a reflexionar si al haberse cumplido con la estructura de fondo que ordena la ley -reparos sustentación-, por demás conocida por la contraparte, quien estuvo presente en la vista pública- se pierden tales efectos por la sola circunstancia de no haberlos aportado en la segunda instancia, castigándosele con la desertud, dándole privilegio a la forma -tempus- sobre el acatamiento de los requisitos de mérito exigidos en la misma ley, en especial cuando el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, por conocidas razones de salubridad, habilita la aducción por escrito de esos argumentos, retornando, en esta hipótesis, a la situación regulada por el Código de Procedimiento Civil, en la que la Sala Civil de la Corte Suprema, de manera reiterada y uniforme consignó que “...la inteligencia de la reforma en el punto no es la de que fatalmente deba sustentarse el recurso ante el superior. La norma habló sí, de que se sustentará ‘ante el juez o tribunal’ que deba resolver la apelación, pero no puede echarse al olvido que enseguida añadió que ‘a más tardar’ dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360” del Código General del Proceso, vigente en aquel entonces, redacción –“a más tardar”– que se repite en el evocado artículo 14 del Decreto 806 de 2020. De igual manera –continúa ese pronunciamiento– “...nada justificaría semejante sacrificio al derecho de defensa, si es que de la sustentación que se haga, como aquí aconteció, al momento mismo de interponerlo, se enterará

necesariamente el superior. Ninguna diferencia sustancial, pues, hay entre alegar allá y hacerlo acá. El enteramiento del superior, que es lo prevalente será en todo caso igual. Con el agregado, desde luego, de que si la segunda instancia debe surtirse en sede diferente a la del juez que dictó la decisión apelada, ya tal posibilidad de sustentar ante éste, amén de armoniosa con el principio aludido, resulta por demás provechosa al principio de economía”¹, pensamiento avalado por la Corte Constitucional en la medida que “tratándose de normas procesales y de orden público dicha interpretación debe privilegiar el acceso a la administración de justicia y los presupuestos que orientan el debido proceso. Pero, en caso contrario, es decir, cuando la interpretación dada por el juez ordinario se aparta de los citados principios y derechos constitucionales, tal decisión se introduce en el terreno de la irrazonabilidad...”².

En síntesis, dando prevalencia al derecho sustancial sobre las formas, como la misma legislación adjetiva lo ordena, y al principio de la economía procesal, al existir el insumo necesario para solucionar la apelación –sustentación de la impugnación– en mi respetuosa disonancia, la Sala debió permitir pronunciamiento de fondo sobre la alzada y no declarar desierto el recurso.

Finalmente, al caso particular de la referencia lo informa como componente adicional que ante el desistimiento del recurso por el apelante principal, se declaró la desertud del recurso adhesivo formulado por la parte actora, efecto que tampoco comparto, como quiera que se dio una interpretación analógica o, si se quiere, extensiva al inciso final del párrafo del artículo 322 del Código General del Proceso según el cual “la adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal”, con olvido que el desistimiento obedece a un acto voluntario de quien declina de la impugnación, al paso que la deserción es una sanción impuesta por el

¹ Sentencia del 7 de octubre de 2003, exp. 30361, reiterada en providencias del 22 de noviembre de 2010, radicado 2010-01969-00 y 2 de abril de 2014, radicado 2011-02620-00.

² Sentencia T- 449 de 2004.

legislador para los casos en que no se realiza la sustentación de la apelación, restringiéndose los efectos de la adhesiva –de manera exclusiva– al desistimiento de la censura principal, efecto no previsto en lo que dice relación con la desertud. Esta hermenéutica contraviene la regla general de interpretación que pregona que “lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”³, de donde se desgaja que al hacer idénticos la desertud con el desistimiento se está aplicando el aparte “odioso” que caracteriza el evocado artículo 322, sin reparar en que el impugnante adhesivo ejerció actuación ante esta instancia y, además, se está gestando una sanción no prevista por el legislador, en desmedro de uno de los pilares del debido proceso.

Con toda atención,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Bogotá, 12 de mayo de 2021

³ Artículo 31, Código Civil.

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

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

11001-31-99-003-2019-03651-01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **DEVOLUTIVO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia emitida el día 6 de abril de 2021, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el asunto de la referencia.

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

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco'.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.**

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

11001 31 99 003 2020 00117 01

Bogotá, doce (12) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Derrotada, por la mayoría de los integrantes de esta Sala de Decisión, la ponencia presentada inicialmente por el Magistrado Luis Roberto Suárez González, referente a la viabilidad de resolver el presente asunto, pese a que sus pretensiones ascienden a la suma de **\$ 40'200.193,00**, este Despacho es del criterio de que su cognición, en segunda instancia, corresponde a los jueces civiles del circuito de esta ciudad, por tratarse de un proceso verbal de menor cuantía.

1. En efecto, de la revisión detenida del expediente, se avizora que las pretensiones elevadas en el escrito genitor corresponden a un proceso de menor cuantía,¹ y, en tal virtud, es claro que el llamado a dirimir la alzada interpuesta es el Juez Civil del Circuito, teniendo en cuenta que la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, desplazó al Juez Civil Municipal.

2. En ese sentido, obsérvese que, de un lado, el artículo 20, numeral 9, de la Ley 1564 de 2012 radicó, por la naturaleza del asunto, la competencia de los jueces civiles del circuito, en primera instancia, para conocer de los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor, mientras que el artículo 390, párrafo,

¹ En las pretensiones de la demanda se deprecó la suma de e \$ 40'200.193, 00.

ibídem, estableció el factor objetivo-cuantía como elemento determinante para fijar el conocimiento de tales asuntos.

Sin embargo, sobre el particular debe destacarse que los debates surtidos en el Congreso de la República del proyecto de ley para aprobar el Código General del Proceso, dejan al descubierto que el propósito del legislador fue instituir el factor objetivo-cuantía, consagrado en el artículo 390 de la Ley 1564 de 2012, como factor determinante para asentar la competencia en causas relativas a los derechos de los consumidores; intención patentizada en el informe de ponencia para segundo debate (cuarto debate), desarrollado ante la Plenaria del Senado de la República, publicado en la Gaceta del Congreso número 261 de 23 de mayo de 2012, en el que se manifestó que "(...) *los asuntos que versen sobre protección a los derechos de los consumidores deben tramitarse de acuerdo con las mismas reglas que se predicen de los jueces ordinarios, y su trámite debe seguir los procedimientos verbal o verbal sumario, según las reglas generales que toman como base la cuantía de las pretensiones.* (...) Se añade, por último un parágrafo 3º, en el que se aclara el criterio de lo expresado respecto de las acciones de protección al consumidor, según se explicó arriba. (...)" (Negrillas extratexto); hermenéutica autorizada por el artículo 32 del Código Civil, que permite interpretar los pasajes normativos contradictorios, del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación.

3. Agréguese a lo anterior que, en relación con la solución de evidentes discordancias entre normas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia anotó:

"En línea de principio, el sistema jurídico es coherente, consistente o congruente y, por ende, no presenta asimetrías, contradicciones, incoherencias o conflictos normativos. En veces, distintos preceptos disciplinan idéntica o análoga hipótesis fáctica y asignan consecuencias incompatibles, es decir, a la misma fattispecie singular y concreta, atribuyen disímiles efectos.

La antinomia normativa, es la manifiesta contradicción, incompatibilidad e incoherencia entre normas jurídicas de igual o diferente categoría, una o diversa uniformidad, homogeneidad, heterogeneidad,

generalidad o especialidad, bien absoluta o total, ora parcial o relativa, ya en abstracto o en concreto, cuya solución se disipa con la interpretación sistemática, adecuada, ponderada, la técnica del equilibrio, la disociación o, los criterios disciplinados por el ordenamiento jurídico.”²

Asimismo, memórese que, a objeto de dar solución a esas contradicciones, dicha Corporación ha precisado que, entre varios criterios, “[e]l cronológico, está basado en la época de expedición de las normas, y resuelve el conflicto con la más reciente (*lex posterior derogat priorem; la ley posterior deroga la ley anterior*). Esta regla define las situaciones conflictivas generadas por tránsitos de legislación (artículos 1 a 3 de la Ley 153 de 1887). Empero, por su alto grado de objetividad, el legislador extiende sus alcances incluso a casos en los cuales las normas hacen parte de una misma ley o de un mismo Código, *ad exemplum*, según el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, dándose contradicción de dos normas del mismo estatuto, se preferirá la del artículo posterior.”³

4. Dentro del contexto normativo y jurisprudencial descrito, al aplicar el criterio cronológico, de entrada se vislumbra que el aludido canon 390, respecto del artículo 20 del compendio procesal ya mencionado, es una disposición posterior, por lo que no cabe duda, entonces, que la norma aplicable, en este caso, es el último de los preceptos aludidos y, en consecuencia, “[l]os procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, (...) se tramitará por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.”

Si eso es así, la autoridad destinada a asumir el conocimiento del asunto de marras, en segunda instancia, es el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, comoquiera que el funcionario desplazado por la Superintendencia Financiera de Colombia fue el Juez Civil Municipal.

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

² CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 8 septiembre de 2011. Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01.

³ *Ídem*.

RESUELVE

PRIMERO.- REMÍTIR las diligencias a la Oficina de Apoyo Judicial de esta ciudad, para que haga la correspondiente asignación entre los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- Por Secretaría, **COMUNÍQUESE** esta decisión a las partes e intervinientes y a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dejando las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

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

**Asunto. Proceso Verbal de Ethos Soluciones de Software S.A.S.
contra la Universidad Mariana.**

Rad. 05 2017 84682 02

Como el auto que declara **desierto** el recurso de apelación no es susceptible del de súplica, al no encontrarse enlistado como apelable dentro de los que taxativamente prevé el artículo 321 del Código General del Proceso y tampoco hay norma especial que así lo disponga, el Despacho se abstiene de tramitar el que propuso el apoderado de la parte demandante contra el proveído que profirió la Magistrada Adriana Ayala Pulgarín el 21 de abril de 2021, toda vez que no es posible asimilar tal decisión a la que resuelve sobre la **admisión** del recurso de apelación de que trata el artículo 331 *ibídem*, al ser situaciones jurídicas diferentes.

Por consiguiente, devuélvase la actuación al Despacho de la Magistrada Sustanciadora, con el fin de que, si lo considera, dé aplicación al artículo 318 de la misma codificación, en cuanto al recurso de reposición se refiere.

Notifíquese y Cúmplase,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

DEMANDANTE : ITAU CORPBANCA COLOMBIA S.A.
DEMANDADA : JORGE NEMPEQUE DOMÍNGUEZ
CLASE DE PROCESO : EJECUTIVO

Se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación formulado por la parte ejecutante, contra la sentencia proferida el 13 de abril de 2021 por el Juzgado 6º Civil del Circuito de la ciudad, dentro del proceso de la referencia.

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

Tanto la sustentación como la réplica se remitirán al correo electrónico secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el párrafo del artículo 9 del Decreto mencionado, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría

Notifíquese


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR

DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA CIVIL DE DECISION N. 3

Bogotá D.C., doce (12) de mayo de dos mil veintiún (2021)

(Decisión discutida en Sala virtual de la fecha)

Proceso Verbal

Ref. 11001 3103 009 2018 00270 01

Demandante: SOCIEDAD MINERA DE SANTANDER

Demandada: HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S

Magistrada Ponente: Dra. MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

1. ASUNTO A RESOLVER

El **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandante en el proceso de la referencia contra la sentencia proferida el **12 de marzo de 2020¹**, por la Juez 9ª Civil del Circuito de Bogotá D.C., que fue sustentado oportunamente como lo estipula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

2. ANTECEDENTES

2.1 **SOCIEDAD MINERA DE SANTANDER S.A.S.**, en adelante Minesa, convocó a juicio a **HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S.**, pretendiendo lo siguiente:

¹ Recurso asignado al despacho de la Magistrada Sustanciadora el 17 de febrero de 2021.

“PRIMERO. Se declare que Minesa entregó a Human Capital la suma CUATROCIENTOS SETNETA Y OCHO MILLONES NOVECINETOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DOS PESOS (\$478.987.502), en exceso de lo que debía entregarle para el pago de las nóminas de sus empleados y ciertas bonificaciones pagaderas en el mes de marzo de 2017.

SEGUNDA. Se declara que Human Capital está obligado a devolver a Minesa la suma de CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DOS PESOS (\$478.987.502) que le fue entregada en exceso.

TERCERA. Se condene a Human Capital a devolver a Minesa la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS DOS PESOS (\$478.987.502), en un término no superior a cinco (5) días junto con los intereses comerciales calculados desde el 23 de marzo de 2017, o la fecha que determine el Juzgado, hasta la fecha de la ejecutoria de la sentencia, y con posterioridad a ésta, intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida hasta la fecha de pago”

2.2 La sociedad demandante fundó sus pretensiones en los siguientes hechos:

2.2.1 Que *“Durante el mes de febrero de 2017 Human Capital y Minesa negociaron la puesta en marcha de una serie de prestaciones, en virtud de las cuales, Human Capital, en calidad de contratista, se obligaría a la prestación de servicios de Outsourcing en la Administración de Nómina Confidencial para 15 empleados al servicio de Minesa, quien obraría en calidad de contratante”, y “Como resultado de esa negociación las Partes no suscribieron un documento contentivo de las obligaciones acordadas”.*

2.2.2 Que, pese a no existir pacto escrito, las partes tuvieron claridad sobre las obligaciones de cada uno en el proceso de nómina; por lo que Minesa transfería mensualmente a la sociedad demandada los valores correspondientes al pago de la nómina.

2.2.3 Que, *“el día 23 de marzo 2017, Minesa transfirió a Human Capital la suma total de \$1.572.764.433,00 con el fin de ser destinada al pago de nómina y de las bonificaciones*

causadas en el mes de marzo de 2017”; y “Por su parte, Human Capital con ese dinero transferido por Minesa realizó los pagos acordados por un valor total de \$1.093.776.931”, quedando un saldo a favor de Minesa de \$478.987.502.

2.2.4 Que las partes acordaron que dicho valor pagado en exceso, se aplicara a la nómina del mes de abril de 2017, pero como no se hizo por parte de la sociedad demandada, solicitó lo destinara para la nómina de mayo de 2017, lo que tampoco hizo. Sin que hasta la fecha de presentación de la demanda hubiera realizado la devolución.

3. ACONTECER PROCESAL

Lo podemos sintetizar diciendo que la demanda se admitió el 15 de junio de 2018 (fl. 42), y notificada la entidad demandada el 6 de agosto de 2018 (fl. 49) contestó oponiéndose a las pretensiones. Planteó como mecanismos defensivos los que denominó “*COMPENSACIÓN*” y “*GENERICA*”; a su vez, objetó el juramento estimatorio.

En la oportunidad legal, Human Capital Outsourcing S.A., formuló demanda de reconvención, cuyas pretensiones, son las siguientes:

“PRIMERA: Se DECLARE que entre la SOCIEDAD MINERA DE SANTANDER S.A.S. (en calidad de contratante) y HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S. (en calidad de contratista), se celebró un contrato de prestación de servicios para la implementación de un proyecto de flexibilización salarial al interior de la SOCIEDAD MINERA DE SANTANDER S.A.S.

SEGUNDA: Se DECLARA que el valor de honorarios por los servicios ejecutados por HUMAN CAPITAL OUTSOURCING S.A.S a favor de la SOCIEDAD MINERA DE SANTANDER S.A.S. ascendieron a la suma de \$74.000.000,00.

TERCERO: Se DECLARE que HUMAN CAPITAL AOUTSOURCING S.A.S. compensó el día 23 de marzo de 2018, la suma de \$74.000.000,oo.

CUARTA: Se CONDENE en costas al demandado”

Como sustento de la petitum adujó que entre las partes en litigio, se suscribió un contrato instrumentalizado a través de correos electrónicos, donde se acordó la implementación de un proyecto de flexibilización salarial al interior de Minesa, cuyo costo total era la suma de \$135.000.000,oo, segregados en \$95.000.000 por la implementación del aludido proyecto y \$40.000.000 por el mantenimiento de dicho proyecto.

Notificada la sociedad Minesa, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y como mecanismo defensivo planteó los que denominó: “1. *INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE UN PROYECTO DE FLEXIBILIZACIÓN SALARIAL ENTRE MINESA Y HUMAN CAPITAL*”; “2. *HUMAN CAPITAL PRETENDE RECIBIR LA CONTRAPRESTACIÓN POR UNOS SERVICIOS QUE NO HA PRESTADO*”; “3. *EL VALOR DE LOS SERVICIOS PRESUTNAMENTE EJECUTADOS POR HUMAN CAPITAL NO ASCIENDEN A \$74.000.000*”, “4. *ASUENCIA DE LOS REQUISITOS DE LA COMPENSACIÓN; 4.1 MINESA Y HUMAN CAPITAL no son deudores recíprocos; 4.2 La deuda presuntamente a cargo de MINESA no es líquida; 4.3 La deuda presuntamente a cargo de MINESA no es exigible*”.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantado el trámite probatorio y de alegaciones, la primera instancia culminó con **sentencia del 12 de marzo de 2020**, que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que la sociedad Minera de Santander S.A.S., entrego (sic) a la demanda (sic) Human Capital Outsourcing S.A. la suma de \$478.987.502,oo en exceso

de lo que debía entregarle para el pago de la nómina de sus empleados y bonificaciones pagaderas en el mes de marzo de 2017, según el contrato descrito en la demanda y frente al cual la demanda (sic) no presente (sic) oposición.

SEGUNDO: ORDENAR que la demandada Human Capital Outsourcing S.A. debe devolver a la sociedad Minera de Santander S.A.S. la suma de \$478.987.502,00, más los intereses comerciales por ser un asunto de esa naturaleza a que hubiera lugar, causados desde el 24 de marzo de 2017 hasta que el pago se efectuó, para ello cuenta con el término de 10 días a partir de la notificación de este veredicto, fecha desde la cual incurrirá en mora frente al cumplimiento de la sentencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada por haberse opuesto a la pretensión. Se asignan como agencias en derecho la suma de \$8.000.000,00.

Frente a la demanda de reconvención

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención, en cuanto a la declaración del contrato de implementación de un proyecto de flexibilización salarial existente entre el demandante en reconvención Human Capital Outsourcing .S.A. y la demandada en esa misma causa sociedad Minera de Santander S.A.S., ante la ausencia de prueba idónea de tal convención.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR en costas igualmente a la parte demandante en reconvención en esa causa. Se asignan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000,00.

TERCERO: El Juzgado se abstiene de estudiar las excepciones planteadas en la demanda de reconvención en tanto que por sustracción de materia no se hace necesario hacer ninguna consideración alusiva a ese tema y adicional.” (fls. 174 a 175, cuaderno 1 expediente digitalizado)

Las razones que llevaron a tomar tal decisión, se pueden resumir diciendo que luego de establecer el marco fáctico, normativo y jurisprudencial del caso, estudio las pruebas practicadas, confrontando las aportadas por los extremos en litigio.

Precisó que, “la parte demandada no concurrió a absolver el interrogatorio de parte como lo establece el art. 372 del Código General del Proceso, y asimismo no presentó excusa por esa situación; entonces, se le declaró confesa respecto de las

convenciones que se le imputaban”; añadió que “los correos que aparecen enviados entre una y otra sociedad, tampoco se observa que la parte demandada haya configurado todos los requisitos necesarios para la existencia de un contrato; pues de esos correos se desprende sencillamente que se estaba tratando de transar de alguna medida las obligaciones pendientes (...) para de ahí enlazados a los correos electrónicos cuya impresión nos (...) aportaron (...) al proceso (...) derivar los elementos mínimos de la existencia del contrato; es decir, qué fue lo que se contrató, como se contrató; cuál fue la contraprestación, hasta qué punto llegó el contrato en su ejecución, quién lo recibió, cómo se pudo calificar el porcentaje del contrato recibido o implementado, quién nos podía dar ilustración sobre la altura de la ejecución del mismo, para poder de allí derivar todos esos aspectos que la parte demandante en reconvención, reclama (...) de una obligación dentro de ese marco contractual, pendiente y exigible a cargo de la demandante en la demanda principal para poder iniciar el estudio y análisis de la compensación en los términos de la ley sustancial, pues es imposible determinar que efectivamente existió el contrato y de ahí la obligación que se reclama y de ahí la compensación que se exige en este caso”.

5. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto el apoderado de Human Capital, formuló recurso de apelación contra la decisión que resolvió la demanda principal y la de reconvención.

Arguye que la sentencia no analizó la compensación como una forma de extinguir las obligaciones. Reprocha que la *a quo* “no tuvo en cuenta la documentación aportada al expediente mediante la cual quedó probado de manera inequívoca que durante el mes de febrero de 2017 se celebró un contrato de prestación de servicios (...) para la implementación de un proyecto de flexibilización salarial al interior de la SOCIEDAD MINERA DE SANTANDER S.A.S.; y que se acordó como honorarios

la suma de \$135.000.000; habiendo ejecutado la entidad demandante en reconvencción el 77,9%; equivalente a \$74.000.000.

6. REPLICA

La apoderada de Minesa, solicitó confirmar la decisión apelada. Sostuvo que la sociedad Human Capital no acreditó la existencia ni ejecución del alegado contrato de flexibilización salarial, pues contrario a lo afirma al sustentar las censuras al fallo de instancia, tal tratativa no quedó demostrada.

Agregó que “el a-quo acertadamente concluyó que resultaba imposible concluir que entre HUMAN CAPITAL y MINESA hubiera operado una compensación, (...) en primer lugar, las partes no son recíprocamente deudoras (...). En segundo lugar, es claro que no existen dos deudas líquidas, pues no fue probada ni la existencia ni la cuantía de la supuesta deuda a cargo de MINESA. (...) En tercer lugar, (...) no existen dos deudas actualmente exigibles, respecto de las cuales pudiera operar la compensación. En tanto ni siquiera fue demostrada la existencia de la deuda supuestamente a cargo de mi poderdante, muchísimo menos podría tenerse por exigible dicha obligación”.

7. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Que la Sala es competente al tenor del numeral primero del artículo 31 del Código General del Proceso, bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibídem. Además, porque no se verifica ninguna irregularidad procesal que invalide lo actuado, y se encuentran satisfechos los presupuestos procesales; toda vez que, si bien la sentencia apelada se profirió el 12 de marzo de 2020, es decir, antes de entrar en vigencia el Decreto 806 del mismo año, mediante auto adiado 18 de febrero anterior, se dispuso ADECUAR el trámite a la previsiones de dicho decreto, decisión que se

ordenó notificar a los correos electrónicos de las partes, y a partir de esa fecha contabilizar el término para sustentar la alzada; providencia que no fue recurrida. Siendo así, la apelación se sustentó en el plazo concedido.

Aclarado lo anterior, en el sub examine, la Sala deberá determinar si le asiste o no razón al recurrente en sus reproches tendientes a que se revoque la sentencia apelada, y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda de reconvención; por ende, se dé por demostrada la excepción denominada compensación.

Para resolver los reparos presentados, comencemos por recordar que, en este asunto no hay controversia entre las partes en litigio acerca que, el 23 de marzo de 2017, Minesa transfirió a Human Capital, la suma de \$478.987.502, “*en exceso de lo que debía entregarle para el pago de las nóminas de sus empleados y ciertas bonificaciones pagaderas en el mes de marzo de 2017*”; concretándose el reproche a la sentencia, en lo concerniente con la existencia de un convenio entre Minesa y Human Capital para la implementación del proyecto de flexibilización con un avance de ejecución del 77.9%, que se pidió declarar en la demanda de reconvención; equivalente a \$74.000.000,00; monto que, el recurrente afirma debió ser tenido como compensación al valor transferido en exceso.

Al respecto, conviene memorar que, el Código Civil a partir del artículo 1714 y hasta el 1723 se ocupa de regular lo concerniente con la compensación como una forma de extinción de las obligaciones, de cuyo estudio surgen tres condiciones para que opere tal fenómeno *por ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores, y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; 2) Que ambas deudas sean liquidas; y 3) Que ambas sean actualmente exigibles*” (art. 1715 *ibídem*).

Acá, la Sala se ocupará del estudio de la compensación propuesta como modo extintivo de la obligación en la contestación de la demanda principal, como en su demanda de mutua petición.

Veamos, Human Capital, formuló la excepción de mérito de compensación al siguiente tenor “*Con base en los artículo 1714, 1715 y 1716 del Código Civil, HUMANCAPITAL OUTSOURCING S.A.S compensó el 23 de marzo de 2017 de los \$478.987.502 consignados por la SOCIEDAD MINERA DE SANTANDER S.A.S., la suma de \$74.000.000,00, por la ejecución del 77,9% de la implementación del proyecto de flexibilización salarial*”; aduciendo en el ítem que denominó fundamentos fácticos generales de las excepciones de mérito que, durante el mes de febrero de 2017, entre los extremos en litigio se celebró un contrato de prestación de servicios para la implementación de un proyecto de flexibilización salarial al interior de Minesa, el cual se instrumentalizó a través de correos electrónicos; el cual fue terminado por Minesa el 17 de julio de 2017, antes de su etapa de implementación, no obstante, aseveró que para esa data había ejecutado el 77,9% del proyecto. Para demostrar su dicho allegó como pruebas una cadena de correos electrónicos.

Confrontadas las pruebas adosadas con los requisitos exigidos en la ley para que opere la compensación, diremos que en este asunto, Human Capital, no demostró la **existencia de obligaciones entre las partes que sean recíprocamente acreedoras y deudoras**, pues mientras que dicha sociedad aceptó en la contestación a la demanda principal la existencia del contrato de administración de nómina y la transferencia en exceso de \$478.987.502; su contraparte Minesa, no aceptó la existencia del contrato de flexibilización salarial, ni la ejecución del mismo en un porcentaje representativo del 77,9%, y las pruebas arrimadas tampoco lo dejan ver, por las siguientes razones:

1° En el correo electrónico de 19 de febrero de 2017, 13:30 enviado por José Manuel Acosta Gómez (de Human capital) a Eduardo Enrique Mayorga Rojas (de Minesa), se anunció la salida de una persona de Human Capital, y le informaba al receptor “*He decidido retomar la cartera de clientes que él monitoreaba, razón por la cual me pongo a entera disposición para apoyar, tanto los prospectos de negocio en curso como cualquier nueva iniciativa en los frentes de consultoría y outsourcing (...)*”; lo que no deja ver que para esa data existiera un convenio entre las partes sobre flexibilización salarial.

2° En correo del 20 de febrero de 2017, 10:15 a.m., enviado por Eduardo Enrique Mayorga Rojas a José Manuel Acosta Gómez, se señaló “*Muchas gracias por la información, nosotros iniciamos con Juan G el estudio para diseñar e implementar el modelo RFI desde el año pasado y finalmente hace dos semanas lo presente al CEO, CFO y Directores, logrando luz verde para el proyecto en la condiciones (sic) pactada, pero me pidieron específicamente hacer por intermedio de HUMAN CAPITAL:*

- 1. Simulación con los empleados target para estar 100% que logramos la meta de flexibilizados que son más o menos 43 de los 160.*
- 2. Para los expatriados incluyendo al CEO, por su nivel de salario quieren profundización mayor sobre cómo sería la “Potencial parrilla de beneficios”, para ellos y una simulación si realmente lograron un ahorro, (como recordaras la nómina de este grupo de extranjeros la maneja Human Capital).*
- 3. La meta es estar flexibilizados para el pago de la meta de abril.” (fls. 106 y 107, ídem)*

De cuya lectura, se extrae que desde al año anterior (2016) había iniciado, en forma conjunta, el diseño de algo denominado RFI, y que la meta de *flexibilización* de pagos era el mes de abril (2017), sin que hasta este momento se haya mencionado la existencia de un contrato para ese propósito.

3° El 24 de febrero de 2017, 11:04 a.m., José Manuel Acosta (de Human Capital) envió correo electrónico a Eduardo Enrique Mayorga Rojas (correo personal), donde señaló *“Tendremos actualizadas las cifras con parámetros 2017, miraremos la estrategia de abordaje para el caso de los expatriados y el plan de trabajo del proyecto, incluyendo la extensión de la flexibilización a las ‘bonificaciones’ por desempeño que se pagarán en marzo. Iniciando el mes que entra [o sea marzo] podemos estar listos con el proyecto implementado para el pago de la nómina de abril, como lo planteas”* (fl. 104, ídem). Se colige de esta misiva que se estaba haciendo alusión a un proyecto de flexibilización extensivo a bonificaciones, el que debía estar listo para el mes de abril de 2017, sin que se haga hasta este momento alusión alguna a costos.

4° En el correo de junio 15 de 2017, 3:27 AM, de José Manuel Acosta a Andrés Calderón (de Minesa, correo institucional), se indicó que debía priorizarse para proceder con la devolución [por la fecha, se infiere que del dinero transferido en exceso en el mes de marzo de 2017]: *“1. Formalización del contrato (aunque lo habíamos ‘alertado’ precisamente a partir de este episodio), pues tengo una glosa por prestar el servicio y administrar los recursos (fondeos) sin dicho acuerdo. Minesa no devolvió la minuta firmada. Tampoco tenemos los ANS activados (son accesorios al contrato).*

2. Planteamiento sobre el interés, que como expectativa, tiene Minesa se aplique sobre los recursos en nuestro poder y período (pues no aplica la fecha de giro pero sí, en nuestra opinión, la de disponibilidad solicitada por ustedes pero a partir de cuándo se evidencio que la destinación no sería el pago de más bonos, lo que de hecho al no ser claro generó el ‘bloqueo’). Debo confirmar (para su aval) tasa y monto por tal concepto.”

Obsérvese de lo transcrito que, para ese momento mes de junio de 2017, todavía no existía claridad sobre un acuerdo de voluntades en punto a una prestación de servicios, pues en el numeral 1° se habla de una *glosa* por esos conceptos que se pretendía imputar a la transferencia en exceso.

5° Y en el correo de 17 de junio de 2017 9:00 AM, se deja ver que el alegado acuerdo de flexibilización salarial no tenía un derrotero claro de actividades, pese a que se afirma en ese mensaje que tenía *actividades adelantadas*, sin especificar cuándo iniciaron tales labores, ni cuáles fueron, y mucho menos el monto de las mismas. (fl. 101, ídem).

6° En los correos siguientes de fechas 20 de junio, 10:18 AM (fl. 100); 5 de julio, 15:41 (fl. 100); 6 de julio, 3:26 a.m. (fl. 99); 7 de julio 06:49 p.m. (fl. 99); 10 de julio 9:59 (fl 98); 11 de julio 9:51 a.m. (fl 97), 11 de julio, 14:25 (fl. 98), exteriorizan la inconformidad de Minesa por la no devolución del dinero consignado en exceso, y el interés de Human Capital en firmar un contrato conforme a las labores que desplegaba, de donde no se puede colegir con certeza la existencia del contrato de flexibilización laboral, ni la existencia de sumas de dinero a favor de Human Capital, más bien, lo que dejan ver es que, desde el mes de marzo de 2017, la sociedad demandante principal insistió en la devolución de los valores pagados en exceso.

7° en el correo de 11 de julio de 2017 04:59 p.m. de Floralba Menjura (de Minesa) a José Manuel Acosta (de Human Capital), se indicó “*Gracias por tu tiempo en la llamada de hoy. A continuación, sintetizó la conversación (...) Solicita información acerca de la oferta de flexibilización salarial en virtud al avance realizado en el mes de abril-mayo. Comenté (como lo hizo en el correo de esta semana a Andrés, que aunque no tiene que ver nada con el asunto discutido, tampoco habíamos recibido la minuta del contrato de consultoría, ni la claridad sobre el plan de trabajo suspendido precisamente por esta coyuntura, ni la forma de pago (algún momento Andrés sugirió ‘descontar’ del monto a reembolsar los honorarios iniciales del proyecto), ni el reconocimiento por las actividades adelantadas*” (fl. 95 y 96); y el 14 de julio de 2017 a las 07:27 p.m., José Manuel Acosta, envió correo a Floralba Menjura Jara, donde manifestó “*Me cuentas que pasó con el proyecto de Remuneración Flexible?*” (fl. 92); lo que denota que para esa fecha no había acuerdo de voluntades capaz de crear obligaciones recíprocas entre los cocontratantes, máxime que en ninguno de los correos se planteó el objeto del mismo, el valor de la implementación, y si bien, se dijo que estaría listo para el mes de abril de 2017, tampoco se señaló en qué consistía puntualmente,

ni obra prueba que fue entregado en la forma y oportunidad acordada, si es que entre ellos hubo un acuerdo en tal sentido.

Asimismo, conviene clarificar que los correos analizados fueron aportados por la demandada Human Capital, en el formato en que fueron recibidos, por tanto, su valoración atiende las disposiciones del artículo 247 del Código General del Proceso, y para el efecto son tenidos como mensajes de datos, los que además gozan de autenticidad, pues no fueron tachados por Minesa; en otras, palabras son una constancia fidedigna de las conversaciones cruzadas que mantuvieron los enfrentados en litigio, y que demarca algunos aspectos del llamado acuerdo de flexibilización, ninguno de ellos de entidad suficiente para derivar la existencia de un contrato.

Bajo estos razonamiento, concluye la Sala que, Human Capital no acreditó el primer requisito para que opere la institución de la compensación como modo de extinguir obligaciones, consistente en demostrar la existencia de obligaciones entre partes; mucho menos probó que existiera una deuda en cabeza de Minesa por el alegado acuerdo de flexibilización salarial, y tampoco que la deuda que reclamaba en compensación fuera líquida, pues no se conoce con toda exactitud su existencia y monto, por no poderse determinar por una simple operación aritmética; aunado a que no se conoce su fecha de exigibilidad, o si estaba sometida a plazo o condición.

A más de lo anterior, el Representante legal de Human Capital, no compareció a rendir interrogatorio de parte, por lo que la *a quo* calificó los cuestionarios entregados en sobre cerrado en la demanda principal y en la de reconvencción, habiéndose propuesto preguntas asertivas, tales como que no existió el alegado contrato de flexibilización y que no había saldos por compensar, las cuales se darán por confesadas al no existir dentro de las pruebas documentales aportadas alguna que las desvirtúe.

En ese orden, al no haber probado Human Capital los supuestos de hecho en que se fundó la excepción de compensación, ni la existencia del contrato de flexibilización salarial que pidió declarar porque el censor se limitó escuetamente a enunciar la compensación sin que

probara hecho alguno del que pudiera colegirse que la obligación a su cargo se extinguió en todo o en parte por ese específico modo, por no existir obligaciones exigibles, líquidas y recíprocas entre Minesa y Human Capital, razones suficientes por las que se CONFIRMARÁ el fallo apelado conforme a lo analizado.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la **SENTENCIA** proferida por la Juez 9a Civil del Circuito de Bogotá, D.C., adiada 12 de marzo de 2020.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas a HUMAN CAPITAL OUTSORCING S.A.S. La Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho el equivalente a dos salarios mínimo mensual legal vigente.

TERCERO.- DEVOLVER el proceso al Juzgado de origen una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala.

Los Magistrados,



MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Magistrada

(009-2018-00270-01)

JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

(009-2018-00270-01)

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

(009-2018-00270-01)

Firmado Por:

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

**MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 009 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

MAGISTRADA

Magistrada Sala Civil Tribunal Superior De Bogotá, D.C.

JULIAN SOSA ROMERO

MAGISTRADO

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

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

Código de verificación:

648c9c6695aeca00d0cb23b2f12cb796f9fcfb611e5335fd9b65c46b72de135

Documento generado en 12/05/2021 03:38:05 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

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

Ref: Proceso divisorio de Carlos Alfonso Moreno Novoa contra Piedad Vanegas Torres.

En orden a resolver el recurso de apelación que la parte demandada interpuso contra el auto de 6 de febrero de 2020, proferido por el Juzgado 18 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia, para rechazar las excepciones que planteó y decretar la venta en pública subasta del inmueble, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. No se disputa que todo comunero tiene derecho a que se le ponga fin a la comunidad mediante la partición material del bien común, o a través de su división *ad valorem*, si aquella no es procedente, porque, como se sabe, nadie está obligado a permanecer en la indivisión (C.C., art. 1374; C.G.P., art. 409).

Sobre el particular, el Tribunal puntualizó que

Se trata, pues, de un derecho que va parejo a la condición de comunero, quien puede pedir, en cualquier momento, que se parta el terreno común o que se venda con el fin de dividir su producto. Ese derecho, por tanto, no puede ser desconocido por los otros comuneros, ni afectado o limitado por gracia de actos jurídicos que sólo guardan relación con la cuota parte que le corresponda a uno de ellos. Más aún, ni siquiera puede renunciarse, pues aunque la ley acepta la comunidad, no gusta de su perpetuación; por eso en el derecho en cuestión hay un asunto de orden público. Y aunque puede estipularse proindivisión, la misma ley manda que no pase de 5 años



–que cumplidos pueden renovarse (C.C. art. 1374, inciso 2º)-, porque, se insiste, el derecho patrio prefiere la propiedad unitaria¹.

Y tampoco se controvierte que con ese propósito debe dirigir su demanda contra los demás comuneros, acompañar prueba de esa calidad y aportar el certificado del respectivo registrador, si el bien está sujeto a registro (CGP, art. 406, inc. 2º). En suma, desde los albores del pleito el condueño demandante tiene que acreditar la legitimación en la causa de todos los intervinientes, para lo cual debe exhibir el título respectivo y probar el modo de adquisición.

2. Con este miramiento el Tribunal, para establecer la legitimación de las partes en el proceso, que es uno de los motivos de impugnación, resalta los siguientes hechos probados:

a. Mediante escritura pública No. 3381 de 15 de octubre de 2008, otorgada en la Notaría 42 de Bogotá, Carlos Alfonso Moreno Novoa y Piedad Vanegas Torres compraron el apartamento 301 del edificio ubicado en la calle 86 # 11-19 de Bogotá, identificado con el folio de matrícula No. 50C-1576947, en el que dicho título fue registrado el 5 de diciembre siguiente (cdno. principal, p. 3 a 24).

b. En sentencia de 21 de noviembre de 2016, el Juzgado 8º de Familia de la ciudad aprobó “en todas y cada una de sus partes el trabajo de partición presentado en la sociedad conyugal conformada por los señores Moreno y Vanegas”, en virtud del cual se adjudicó a cada uno de ellos el 46.49% del bien objeto de este juicio, y se les asignó el 7.02% “en común y proindiviso... para que con el producto de los dineros del porcentaje adjudicado cancelen la totalidad de los pasivos de la presente

¹ Auto de 4 de agosto de 2011, exp. 036201000174 01; MP. ÁLVAREZ GÓMEZ Marco Antonio.



liquidación, esto es la suma de \$84'327.518,00” (cdno. principal, p. 26 a 35).

c. El 5 de septiembre de 2018, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la ciudad inscribió ese fallo en el respectivo folio de matrícula, como “adjudicación liquidación sociedad patrimonial de hecho”, en el que, además, especificó que a cada una de las partes le correspondió el 46.49% (cdno. principal, p. 6). Con todo, el Coordinador del Grupo de Gestión Jurídica Registral, en misiva de 12 de febrero de 2019, le precisó al hoy demandante que no era posible registrar la hijuela de pasivos, pues “en estos eventos, no obstante determinarse el porcentaje de participación en la disolución y adjudicación de la sociedad conyugal, se sobreentiende que a cada cónyuge se le adjudica el 50% en común y proindiviso, sin necesidad de incluir el porcentaje de participación” en los gastos (cdno. principal, p. 25).

Así las cosas, aunque es cierto que en el trabajo de partición se le asignó a cada una de las partes un porcentaje del dominio sobre el apartamento 301 del Edificio Belmonte PH, para destinar su producto al pago de la totalidad de pasivos de la sociedad patrimonial, no lo es menos que allí mismo se precisó, para que no quedara duda, que se les atribuía “en común y proindiviso”, razón por la cual es claro que los únicos comuneros son Piedad Vanegas Torres y Carlos Alfonso Moreno Novoa.

Expresado con otras palabras, los hoy litigantes son condueños del bien en porcentajes iguales al 50%, sólo que deben destinar -cada uno- el 3.51% para solventar los pasivos de la sociedad de gananciales que tenían. Luego no cabe disputa sobre la legitimación en la causa, sin que



se pueda sostener que los acreedores son titulares de porcentaje alguno del dominio.

3. Ahora bien, la circunstancia de haberse embargado la cuota parte que le pertenece a uno de los comuneros no perjudica el derecho a ponerle fin a la comunidad, mediante la división material o *ad valorem*, pues de admitirse tal suerte de interpretación se pasaría por alto que el condueño –se insiste- no está obligado a permanecer en la indivisión y, ello es medular, que el proceso divisorio no afecta los derechos de los acreedores.

Sobre el particular ha señalado la jurisprudencia del Tribunal que,

“Obsérvese, por vía de ejemplo, que decretada la venta del bien común, así la cuota parte del demandado se encuentre embargada, puede este ejercer el derecho de compra reconocido en los artículos 2336 del Código Civil y 474 del Código de Procedimiento Civil, sin que en esta hipótesis resulte comprometido el artículo 1521 de aquella codificación, o el derecho del acreedor que embargó. Luego no hay tal improcedencia de la división *ad valorem*, so pretexto de la cautela que afecta una porción del terreno.

Lo propio sucedería en los casos en que es posible decretar la división material, porque hecha la partición continuaría embargado el inmueble adjudicado al comunero ejecutado”².

En síntesis. Ninguna norma, ni sustancial ni procesal, impide que el comunero demande la división de la cosa común por haberse embargado la cuota parte. Al fin y al cabo, en caso de subasta, los dineros que le correspondan al condueño cuya cuota se embargó serán puestos a disposición del proceso en el que se decretó dicha medida cautelar.

² Auto de 4 de agosto de 2011, Exp. 036201000174 01. MP. ÁLVAREZ GÓMEZ Marco Antonio.



4. En lo que atañe a la solicitud de suspensión por prejudicialidad, soportada en que ante el Juzgado 23 de Familia de la ciudad se tramita un juicio entre las partes por ocultamiento de bienes, basta señalar que no se reúne el presupuesto previsto en el inciso 2º del artículo 162 del CGP, porque este proceso no se encuentra en estado de dictar sentencia de segunda instancia. Al fin y al cabo, la providencia que decreta o niega la división o la venta es un auto, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 409 del Código Procesal. Otra es la sentencia de distribución a la que se refiere el penúltimo inciso del artículo 411 de esa codificación.

5. Finalmente, en lo que concierne al avalúo, es preciso recordar que, por mandato del inciso 3º del artículo 406 del CGP, “el demandante deberá acompañar un dictamen pericial que determine el valor del bien, el tipo de división que fuere procedente, la partición, si fuere el caso, y el valor de las mejoras si las reclama”; y consecuente con el régimen adversarial que gobierna la materia, estableció en el artículo 409 que si el demandado no estuviere de acuerdo con la experticia, “podrá aportar otro o solicitar la convocatoria del perito a audiencia para interrogarlo” (art. 409, ib.).

Por tanto, si la señora Vanegas se abstuvo de allegar otro dictamen, pese a que lo anunció en su escrito de contestación (cdno. principal, p. 96) y a que la jueza, en auto de 12 de noviembre de 2019, le concedió el término de un (1) mes para que lo aportara (p. 149 y 156, ib.), es claro que no puede aspirar a que se niegue la división so capa de ciertas dudas que le genera el dictamen aportado por el demandante, máxime si se considera, ello es medular, que la providencia disputada tiene como propósito fundamental definir la procedencia de la división y su



modalidad -que es lo que, en principio, corresponde a esa parcela del proceso-, pero no fijar el valor por el cual se hará la subasta.

Por eso el inciso 1º del artículo 411 del CGP establece que, luego de decretada la venta, se aplicarán las normas del proceso ejecutivo en lo que a remates se refiere, puntualizando dos cosas basilares, a saber: la primera, que si se allegan avalúos distintos, “el juez definirá el precio del bien”, y la segunda, que si las partes son capaces, como aquí lo son, pueden “de común acuerdo señalar el precio y la base del remate”, lo cual evidencia que la determinación del valor del inmueble materia del proceso no constituye presupuesto del auto que decreta la división, sino de la providencia que convoca la almoneda.

6. Así las cosas, se confirmará el auto apelado. No se impondrá condena en costas, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **confirma** el auto proferido el 6 de febrero de 2020 por el Juzgado 18 Civil del Circuito de la ciudad, dentro del proceso de la referencia.

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D. C.
Sala Civil*

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA
CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,**

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

Código de verificación:

**51881eef46b7b6fd8b035702262141727ecf3b8cb2393209c837c
c3740df3eb0**

Documento generado en 12/05/2021 10:22:34 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Sala Civil Dual

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

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 11001 31 03 020 **2013 00742 02**
Ordinario: Secundino Mejía Vanegas Vs. Construcciones Vinpar S.A.S.
Asunto: **Recurso de Súplica.**
Aprobación: Sala virtual de la fecha. Aviso 20.

Se procede a resolver el recurso formulado por la parte demandada contra el auto de 9 de abril de 2021.

ANTECEDENTES

1. En la providencia materia de impugnación, el Magistrado sustanciador decidió rechazar de plano la nulidad procesal solicitada por la demandada en los reparos que formuló contra la sentencia emitida en primera instancia.

2. Inconforme con esa determinación, y en síntesis, dicho extremo sostiene que en este caso el Magistrado sustanciador adoptó una postura distinta a la sostenida en providencia de 19 de noviembre de 2019 frente a la integración de Clara Bertha Mojica de Mejía, en la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto contra sentencia de 26 de agosto de 2019; y que la nulidad invocada cumple los presupuestos y debe ser declarada, *“por cuanto la esencia sustantiva de todo proceso es buscar que desaparezcan del mismo cualquier tipo de irregularidad, saliendo al saneamiento del mismo; de manera que bajo el espíritu de la majestad de la justicia, en el marco de la igualdad procesal, y las garantías de los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso, al revisarse las presentes actuaciones procesales, claramente podemos concluir que se busca un mismo fin, el cual, visto desde la óptica de las excepciones de mérito propuestas por parte de la parte demandada (VINPAR S.A.) en*

el presente asunto, específicamente la denominada “FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA”, está plenamente demostrada...”.

CONSIDERACIONES

1. Debe señalarse inicialmente que el asunto a estudiar y resolver en este recurso de súplica se circunscribe únicamente al rechazo de una petición de nulidad procesal y los cuestionamientos que se expresaron frente a ello, de donde aspectos relativos a la legitimación de varias personas para intervenir como demandantes o la prueba de la calidad de herederos de Secundino Mejía Vanegas, la prosperidad de excepciones y demás asuntos de fondo del proceso, no pueden ser materia de pronunciamiento en este escenario.

2. Precisado lo anterior, de entrada se advierte que el auto impugnado será confirmado, habida cuenta que la sociedad convocada carecía de legitimación para solicitar la nulidad de actuaciones del proceso alegando -con fundamento en los numerales 4 y 8 artículo 133 Cgp-, indebida representación de los sucesores de Secundino Mejía Vanegas y falta o indebida notificación y vinculación de sus herederos (se denominó indebida integración del litisconsorcio necesario).

En esa línea, entonces, nótese que la referida sociedad no estaba legitimada para formular la solicitud de invalidez procesal referida, por cuanto *“la nulidad por indebida representación o por falta de notificación o emplazamiento **solo** podrá ser alegada por la persona afectada”* (inciso 3° art. 135 Cgp), y en este asunto, en gracia de discusión, tales personas serían los sucesores y herederos de Mejía Vanegas.

Cabe acotar que el principio de protección, en materia de nulidades, se relaciona “*con la legitimidad y el interés para hacer valer la irregularidad legalmente erigida en causal de nulidad, en cuanto, dado el carácter preponderantemente preventivo que le es inherente, su configuración se supedita a que se verifique una lesión a quien la alega*”¹, condición que no se identifica en este caso, ya que la demandada pretende hacer valer un supuesto perjuicio procesal ajeno, por manera que, tal como resolvió el Magistrado sustanciador, debió procederse a su rechazo *in limine*.

Memórese que el inciso final del ya citado artículo 135 establece que se debe rechazar de plano la petición de anulación cuando, entre otras hipótesis, se proponga “*por quien carezca de legitimación*”, presupuesto éste que no debe confundirse con el interés para actuar en el proceso por ser parte o interviniente reconocido.

Es de notar, sobre el último punto, que si bien la recurrente manifestó que debe salirse al saneamiento de cualquier irregularidad, máxime que ello está ligado con una excepción que formuló, lo cierto es que la norma atrás citada es suficientemente clara en establecer quién puede invocar y proponer nulidades por indebida representación y falta o indebida notificación y vinculación, y en todo caso, una cosa es la legitimidad para promover determinada actuación procesal y otra es el interés en el trámite respectivo.

3. Y en cuanto se aduce que la postura del Magistrado sustanciador en el proveído ahora recurrido es distinta a la expresada en la providencia emitida el 6 de noviembre de 2019, esta Sala Dual pone de presente que el asunto a decidir en este escenario se limita a verificar y analizar si

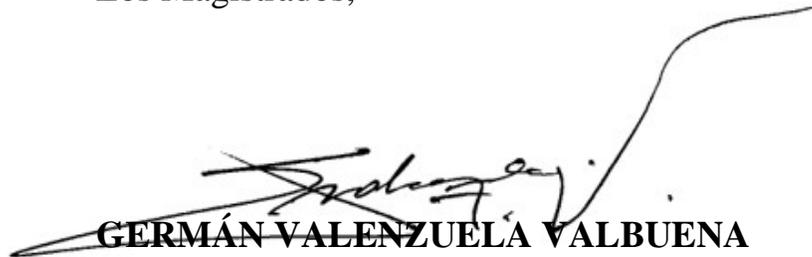
¹ Cas. civil, 1° de marzo de 2012, rad. 2004-00191-01.

procedía o no el rechazo de la solicitud de nulidad procesal que formuló la sociedad convocada, máxime que en tal providencia, emitida en audiencia de que trata el artículo 327 Cgp, se decidió revocar la sentencia anticipada proferida el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado de primer grado.

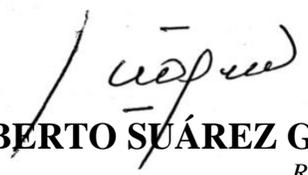
DECISIÓN

Por lo expuesto, se **CONFIRMA** el auto suplicado, proferido por el Magistrado sustanciador el 9 de abril de 2021.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE
Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Rad. 11001310302020130074202

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

Proceso No. 110013103024201000266 **05**
Clase: EJECUTIVO SINGULAR
Demandante: VICTOR HUGO HERNÁNDEZ RAMÍREZ
Demandados: FERNANDO HERNÁNDEZ ARIAS, COMPAÑÍA AGRÍCOLA Y COMERCIALIZADORA DEL TOLIMA & CÍA. LTDA. y AUTOS HALLEY LTDA.

Sería del caso proveer sobre la apelación que el incidentante, Federico Hernández Arias, interpuso contra el auto 26 de febrero de 2021 proferido por el Juzgado 4° Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad, si no fuera porque el suscrito Magistrado evidencia que las copias remitidas son insuficientes, dado que no se allegó en su integridad el cuaderno de medidas cautelares, ni el enlace de la audiencia de esa misma fecha (26 de febrero de 2021) en la que se adoptó la decisión apelada.

Así las cosas, se dispone la devolución de este expediente a la Oficina de Apoyo del mencionado juzgado para que, en el término de la distancia, se sirva componerlo en debida forma y remitirlo a esta corporación.

Cumplido lo anterior, se iniciará la contabilización del término para emitir la decisión de esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

**34ed24621c1d174e2e77b38cb1e09645a9358a77eb903ae1f320cc99d
40e6ffd**

Documento generado en 12/05/2021 09:56:25 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Dual de Decisión

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

Ref: Proceso ordinario de Servihoteles S.A. contra Isagen S.A. E.S.P. y Grupo ICT II S.A.S.¹

En orden a resolver el recurso de súplica que la parte demandante interpuso contra el auto de 9 de abril de 2021, proferido por el Magistrado Sustanciador dentro del proceso de la referencia, para negar el decreto de pruebas en segunda instancia, basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Las cosas en este asunto ocurrieron de la siguiente manera: (i) con su escrito de demanda la sociedad Servihoteles S.A. aportó un dictamen pericial elaborado por la contadora Constanza Roldán García, para que fuera decretado como prueba²; (ii) al presentar su contestación, el Grupo ICT II S.A.S. solicitó el testimonio de esa funcionaria para que declarara “sobre el informe de fecha 23 de agosto de 2013, presentado como experticio (sic) de parte”³, por lo que en auto de 2 de octubre de 2017, el Juez 50 Civil del Circuito de la ciudad decretó uno y otro, el último como “testigo técnico”, y señaló el 4 de septiembre de 2018 “para que tenga lugar la práctica de las pruebas”⁴, fecha que fue reprogramada para el 6 de septiembre de 2019⁵; (iii) en auto de 11 de marzo de esa anualidad, la juez reconoció la pérdida de su competencia, por vencimiento del plazo de duración del proceso⁶, razón por la cual el Juzgado 51 Civil del Circuito avocó el conocimiento y, en providencia de 16 de diciembre, citó a la señora Roldán para

¹ Discutido y aprobado en sesión de 10 de mayo.

² Cdo. principal, doc. 01, p. 277.

³ Cdo. principal, doc. 02, p. 189.

⁴ Cdo. principal, doc. 03, p. 400 a 403.

⁵ Cdo. principal, doc. 03, p. 475.

⁶ Cdo. principal, doc. 03, p. 486 a 488.



que compareciera a la audiencia de 8 de julio de 2020, como “testigo técnico”⁷; (iv) llegado el día y hora señalado el juez, luego de recibir la declaración de las partes y de los peritos Javier Felipe Correa Parra, Juan Carlos Arango Nieto y Rafael Antonio Campos Guevara, así como de escuchar el testimonio de Adriana Lucía Mendoza Tarazona, fijó el día 16 siguiente para practicar las pruebas restantes, escuchar alegatos de conclusión y dictar sentencia⁸; en esa audiencia, el apoderado de la demandante le informó al despacho que se había comunicado con el hijo de la perito, quien le manifestó que estaba incapacitada, por lo que aportaría “la correspondiente justificación”⁹; (v) el 13 de julio el abogado de Servihoteles S.A. pidió reprogramar la vista pública, pues para el día 7 anterior la señora Roldán presentaba “síntomas de cuadro gripal acompañado de fiebre, tos, artralgias, cefalea y malestar general”, por lo que el médico Ricardo Riaño Gangotena ordenó “exámenes para descartar Covid-19; RT-PCR y anticuerpos”, y dio “indicaciones para aislamiento estricto por 14 días”¹⁰, y (vi) el día 16 siguiente se recibieron los testimonios de Florentino Cuesta, Luis Eduardo Valdés Cárdenas y Yony Brito Villar, se escucharon las alegaciones y se advirtió que la sentencia sería proferida por escrito, sin que la señora Roldan hubiere comparecido¹¹.

2. Con esta plataforma probatoria, la Sala advierte que el abogado presentó una excusa por la inasistencia de la perito a la primera audiencia, vinculada a un posible contagio por covid-19, sin que hubiere merecido pronunciamiento expreso por parte del juzgador, lo que configura la hipótesis prevista en el numeral 2º del artículo 327 del CGP, relativa a pruebas que fueron decretadas en primera instancia, pero dejaron de practicarse sin culpa de la parte que las

⁷ Cdno. principal, doc. 04, p. 480.

⁸ Cdno. principal, doc. 14.

⁹ Cdno. principal, doc. 14, primera parte, min: 1:40:40.

¹⁰ Cdno. principal, doc. 15 y 16.

¹¹ Cdno. principal, doc. 19.



pidió, en este caso el dictamen pericial, cuya contradicción debía verificarse mediante declaración de la experta.

A la aplicación de esa norma no se opone el inciso 3º del artículo 228 del CGP, que restringe la posibilidad de decretar la prueba pericial en segunda instancia a que la justificación de inasistencia, por fuerza mayor o caso fortuito, se hubiere radicado dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia y ya se hubiere proferido el fallo respectivo, puesto que, en rigor, la directriz incorporada en esa disposición tiene como presupuesto que el juez adelantó la vista pública de instrucción y juzgamiento con respeto al principio de concentración, de forma tal que, tras recaudarse los medios de prueba, se agoten en ella las demás etapas del proceso, específicamente la de argumentos finales y sentencia, como lo ordenan los artículos 5º, 107, numeral 2º, y 373, numeral 5º, del CGP. Por eso dicha regla sobre peritaciones se refiere a una excusa posterior a la sentencia, habida cuenta que, según esta última norma, el juez debe proferir su decisión sobre el conflicto “en la misma audiencia”, lo que implica que la excusa necesariamente es posterior al fallo.

Pero el juez, aquí, obró con desapego a ese postulado y a tales disposiciones, puesto que suspendió la audiencia, dejó de pronunciarse sobre el memorial aludido y, cual si fuera poco, pasó por alto su deber de dictar sentencia en la misma audiencia, o cuando menos anunciar el sentido del fallo (CGP, art. 373, num. 5). Con otras palabras, si el juez hubiere cumplido con el principio de concentración en la audiencia que tuvo lugar el 8 de julio de 2020, se estructuraría la hipótesis del aludido inciso 3º del artículo 228 del CGP, puesto que la excusa fue allegada dentro de los tres (3) días siguientes. Pero como el juez no obró de la manera dispuesta por el legislador, sus omisiones no pueden dar al traste con el derecho a la prueba que tienen las partes, menos si, se insiste, el juzgador ni siquiera se pronunció sobre la justificación. Las dudas de



interpretación, lo manda el artículo 11 del CGP, deben resolverse en beneficio del debido proceso, del que hace parte esencial el derecho a probar.

Ahora bien, aunque no se demostró que la señora Roldan fue infectada por el Covid-19, no se puede desconocer que su médico ordenó un “aislamiento estricto por 14 días”, hecho que, en sí mismo considerado, la autorizaba para no asistir a la audiencia. Se trata de un mandato que ella, sí o sí, tenía que cumplir. Al fin y al cabo, el estado actual de pandemia y el conocimiento de los riesgos que para la vida misma se aparejan al contagio, imponen hacer primar el cuidado de la propia salud por sobre el cumplimiento del deber de colaborar con la administración de justicia. Por eso no se pueden desconocer los efectos de la excusa médica, so pretexto de la posibilidad de participación remota. Si medió una orden médica de aislamiento, que el juez no la fisure. Por eso la calificación de un suceso como constitutivo de fuerza mayor no puede hacerse en términos generales y abstractos, sino con miramiento en las condiciones específicas de cada caso; y aquí, se resalta una vez más, la perito recibió una directriz de reclusión, encierro o cuarentena por una posible infección que podía comprometer su vida misma. Luego la excusa sí es admisible; los jueces no pueden desconocer la dimensión humana al momento de interpretar la ley, y menos en la hora de ahora.

Una cosa más. En línea de principio rector, los errores de los jueces no pueden soslayarse so capa de las omisiones de las partes. Casos los hay, como en las nulidades, pero no puede considerarse una regla general. Por tanto, si la parte demandante no cuestionó la decisión de cerrar la etapa probatoria, a ello no le sigue que la justicia pueda pasar por alto la omisión del juez de pronunciarse sobre la excusa previamente radicada. Además, si la perito no compareció a la audiencia adelantada el 16 de julio, fue porque el juez nada dijo sobre el particular, amén de que el tiempo de aislamiento alcanzaba esa fecha. El

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

apoderado hizo lo suyo: presentar una justificación; lo que seguía le correspondía al juez.

3. Por estas razones, la Sala Dual de Decisión,

RESUELVE

Revocar el auto de 9 de abril de 2021, proferido por el Magistrado sustanciador dentro del proceso de la referencia, para, en su lugar, ordenar que se reciba la declaración de la perita Constanza Roldán García, con fines de contradicción de su dictamen, por lo que deberá convocarse a la audiencia de pruebas, alegatos y fallo prevista en el artículo 14 del Decreto legislativo 806 de 2020.

Sin costas, por el resultado de la impugnación.

NOTIFÍQUESE

MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO

Firmado Por:

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE
BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA D.C.,

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

Código de verificación:

d93348a74cbbc30fec423439858614ca52fb9906e2a726a7553d3bc9373ab9f9

Documento generado en 12/05/2021 09:04:42 AM

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

República de Colombia

Rama Judicial



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

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	EJECUTIVO
EJECUTANTE	:	BANCOLOMBIA S.A.
EJECUTADO	:	FIDEICOMISO P.A. BALSILLAS DE TOLÚ Y OTROS
RADICACIÓN	:	110013103 032 2018 00002 01
DECISIÓN	:	REVOCA NUM. 1° y 7°. MODIFICA NUM. 3° y 4°.
DISCUTIDO Y APROBADO	:	06 de mayo de 2021
FECHA	:	12 de mayo de 2021

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte ejecutante y la demandada INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S.A.S. contra la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. De conformidad con el texto de la reforma de la demanda, BANCOLOMBIA S.A. promovió proceso ejecutivo contra FIDEICOMISO P.A. BALSILLAS DE TOLÚ y CONSTRUCTORA ACSA S.A.S., INVERSIONES ARRAZOLA Y ASOCIADOS S. EN C., FONTALVO IGLESIAS JOHNY ALFONSO y EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA VARGAS, con el fin de obtener el pago de las sumas contenidas en el pagaré objeto de cobro: i) por capital, el equivalente a 27.114.348,4268 UVR's, correspondiente a \$6.836.318.927,37 para la fecha de presentación de la demanda; ii) por intereses de capital, la suma de \$571.171.772,36, correspondientes a intereses causados y no pagados a julio 24 de 2017; iii) intereses moratorios liquidados a la tasa equivalente a una y media veces el IBC, sobre el saldo total de capital, desde el 25 de julio de 2017 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

2. La demanda se sustentó en los siguientes hechos:

2.1. Los demandados CONSTRUCTORA ACSA S.A.S., INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C. y JOHNY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS otorgaron aval con el que garantizaron el título valor base de la ejecución.

2.2. FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ, representado por su vocera FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., y JOHNY IGLESIAS FONTALVO suscribieron en favor de BANCOLOMBIA el “*pagaré sin número*” por valor de 27.114.348,4268 UVRs, que incorpora las obligaciones No. 4822-4767-4647-4549-4606-4499-4381-4257-4196-4141-4096-4052-4008-3987-3903-3879 y 3863, de acuerdo con las cuales los deudores se obligaron a pagar el 24 de julio de 2017 la cantidad antes mencionada, equivalente a \$6.818.944.102,89.

2.3. El señor EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA VARGAS es socio gestor de INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S EN C., por lo que se encuentra a responder solidariamente por las obligaciones de dicha sociedad, a la que se ha requerido para que realice el pago.

2.4. Los demandados no efectuaron ningún abono a la deuda y se encuentran en mora desde el 25 de julio de 2017, pues incumplieron el compromiso de pagar el 24 de julio de 2017 la suma de \$571.171.772.

La actuación surtida

3. Mediante auto de 11 de mayo de 2018 se admitió la reforma de la demanda y se libró mandamiento de pago contra los demandados, con la orden de pagar a BANCOLOMBIA S.A., por concepto de capital insoluto, la cantidad de 27.114.348,4268 UVRs, equivalentes a \$6.836.318.927,37 para la fecha de presentación de la demanda, más \$571.171.772,36 por intereses de plazo y los intereses de mora desde el 25 de julio de 2017 y hasta que se efectúe el pago.

4. Notificados de la demanda, los demandados CONSTRUCTORA ACSA S.A.S. y JOHNY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS ARIAS contestaron oportunamente y propuso las siguientes excepciones de

mérito: i) *“la alteración del texto del título”* (num. 5°, art. 784 del Co. Co.), fundada en diligenciamiento del pagaré sin consideración de las instrucciones; ii) las derivadas del negocio causal (num. 12, art. 784 del Co. Co.), fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por la demandante; iii) excepciones personales que pudiere oponer el demandado contra el actor (num. 13, art. 784 del Co. Co.), apoyada en la existencia de abuso del derecho, la excepción de contrato no cumplido, el abuso de posición dominante, la inexistencia de obligación a cargo de la demandada, la inexigibilidad de la obligación, la prescripción, el cobro de lo no debido, la integración abusiva del pagaré, la regulación o pérdida de intereses, caso fortuito, culpa exclusiva de un tercero y mora del acreedor.

5. A su turno, el demandado FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ, a través de su vocera, contestó la demanda en tiempo y propuso las siguientes excepciones de mérito: i) *“carencia de los requisitos legales del pagaré, art. 709 del C. Co.”*; ii) *“falta de legitimación en la causa por pasiva – el patrimonio autónomo ‘BALSILLAS DE TOLÚ’ no está legitimado para contraer obligaciones crediticias de cara al acto de constitución de fiducia mercantil No. 638 de 18 de marzo de 2013”*; iii) *“imposibilidad jurídica para el pago de la obligación crediticia – alcance de la obligación del patrimonio autónomo en virtud del contrato de fiducia”*; iv) *“pago parcial de la obligación crediticia contenida en el pagaré que es objeto del presente proceso”*; v) *“prescripción de la obligación crediticia”*; y, vi) *“caducidad de la acción cambiaria”*.

6. Por su parte, INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. (antes INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S. EN C.) presentó contestación en tiempo y excepcionó: i) *“falta de legitimación en la causa por pasiva”*; ii) *“inexistencia de aval en legal forma que respalde la obligación contenida en el título valor”*; iii) *“existencia de mala fe por parte de BANCOLOMBIA S.A.”*; vi) y, *“falta de firma en el pagaré por parte del demandado”*.

7. Por último, el demandado EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA VARGAS contestó la demanda y formuló las excepciones de mérito que denominó: i) *“prescripción de la acción cambiaria”*; ii) *“el pagaré no cumple con los*

requisitos que habilitan su ejecución; iii) “ineficacia del aval – inexistencia de la obligación cambiaria”; iv) “falta de legitimación en la causa por pasiva – extinción de la calidad de deudor solidario”; y, v) “los hechos objeto del litigio contienen circunstancias de orden declarativa – ausencia de prueba del cumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandante”.

8. Evacuada la etapa probatoria y surtida la fase de los alegatos de conclusión, el a quo dictó sentencia en la que resolvió: i) Abstenerse de seguir adelante la ejecución contra el FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ; ii) Abstenerse de seguir adelante la ejecución contra el demandado EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS; iii) Desestimar las excepciones planteadas por CONSTRUCTORA ACSA S.A.S. e INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S.A.S.; iv) Ordenar seguir adelante la ejecución contra CONSTRUCTORA ACSA S.A.S., INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S.A.S. y JHONY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS, de acuerdo con lo dispuesto en el auto de mandamiento de pago del 18 de mayo de 2018; v) Practicar la liquidación del crédito y realizar el remate de los bienes de los demandados; vi) Condenar en costas a la ejecutante a favor de FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ y EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS; vii) Condenar en costas a CONSTRUCTORA ACSA S.A.S., INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S.A.S. Y JHONY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS a favor de BANCOLOMBIA S.A.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

9. Los fundamentos del fallo fueron los siguientes:

9.1. Estableció que el pagaré objeto de cobro tenía como acreedor a BANCOLOMBIA S.A. y como obligados cambiarios al FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ y al señor JHONY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS, quienes suscribieron el referido instrumento cambiario. Respecto de los demás demandados estableció que CONSTRUCTORA ACSA S.A.S., INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S.A.S. y JHONY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS también se encontraban

llamados a responder por el crédito contenido en el pagaré objeto de cobro ejecutivo, debido a que avalaron dichas obligaciones, de acuerdo con el documento que suscribieron a esos efectos. En el caso del señor EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS, estableció que fue llamado a responder en virtud de la responsabilidad solidaria que le asistía como socio gestor de la sociedad INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S., antes sociedad en comandita.

9.2. En cuanto al monto de la obligación y su exigibilidad, estableció que aquellas se encontraban plenamente determinadas en el título valor, en el que se estableció que la acreencia ascendía a una suma equivalente a 27.114.348,4268 UVRs, los cuales debían pagarse el 24 de julio de 2017.

9.3. Definida la viabilidad del cobro, pasó a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la totalidad de los demandados. Negó dicho medio de defensa sobre la base de que no había transcurrido el tiempo exigido por el legislador. Respecto del debate sobre la exigibilidad del título, explicó que esta se produjo el 24 de julio de 2017. Si bien el documento tenía dos fechas de vencimiento, se debía tomar esta última por resultar más favorable para los deudores. Partiendo de esa data, señaló que el término de 3 años establecido por el legislador para que se consume dicho fenómeno exceptivo se habría consolidado el 24 de julio de 2020, lo que no sucedió, debido a que la demanda se presentó el 14 de diciembre de 2017 y se notificó a los demandados dentro del año siguiente.

9.4. Posteriormente se ocupó de estudiar las excepciones propuestas por la demandada CONSTRUCTORA ACSA S.A.S.

9.4.1. Efectuó el análisis del medio exceptivo fundado en el indebido diligenciamiento del título, por contrariar las instrucciones otorgadas por el suscriptor. Descartó que se hubieran llenado los espacios en blanco por un mayor valor al de los dineros desembolsados, debido a que no se aportó ninguna prueba que así lo acreditara.

9.4.2. Continuó con el estudio de lo referente a las excepciones derivadas del negocio subyacente, fundadas en el incumplimiento de dicha

convención por la accionante. Determinó que el representante legal de la entidad bancaria accionante confesó que parte de los dineros desembolsados sirvieron al pago de créditos vencidos a cargo de los deudores, sin embargo, negó dicha excepción debido a que no se determinó el alcance de esa práctica en cuanto a montos y la oportunidad en que se realizó, lo que impedía determinar su efecto jurídico.

9.4.3. Respecto de la excepción de abuso del derecho, consideró que no se acreditó, pues no se presentó ninguna prueba que evidenciara que, a pesar de haberse cumplido las condiciones para que se realizaran los desembolsos, la entidad financiera se hubiera negado a realizarlos.

9.4.4. En punto del abuso de la posición dominante, despachó desfavorablemente dicho medio exceptivo, pues tampoco encontró prueba del alcance de la práctica que se atribuyó a la entidad financiera.

9.4.5. Declaró infundada la excepción de cobro de lo no debido con fundamento en que todos los créditos adquiridos por las deudoras fueron instrumentados, conforme a la instrucción suministradas, en un mismo pagaré, por lo que no era viable alegar la extinción de cada una de dichas obligaciones de manera diferenciada, pues la prescripción del título debía analizarse con fundamento en el vencimiento del pagaré objeto de cobro.

9.4.6. Sobre la modificación de la tasa de intereses, expuso que no se presentó ninguna prueba que diera cuenta de la ocurrencia de la circunstancia alegada, lo que impedía establecer la realidad de dicha práctica.

9.4.7. Luego examinó la excepción de caso fortuito, que negó sobre la base de que el negocio celebrado supone por parte del empresario haber realizado una debida planeación para enfrentar las contingencias, la que no se encontraba acreditada y le hacía imputable el incumplimiento a los deudores.

9.4.8. También estudió la excepción de hecho de un tercero, la que negó por no encontrarse acreditada, máxime cuando las circunstancias en que se fundaba no servían para sustentar dicho medio exceptivo.

9.5. Evacuado el estudio de las defensas de la Constructora demandada, pasó a estudiar las excepciones planteadas por el FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ.

9.5.1. Estudió la carencia de los requisitos legales del pagaré excepcionada por dicho demandado, referida a la ambigüedad respecto de la exigibilidad de la obligación, la cual descartó con los argumentos esbozados a la hora de fijar dicho hito de cara al conteo del término de prescripción.

9.5.2. En cuanto a las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e imposibilidad jurídica para el pago de la obligación crediticia, centró su estudio en la naturaleza de los patrimonios autónomos y las facultades con las que cuenta la fiduciaria como su vocera. Con fundamento en el contrato de constitución del FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ, determinó que la sociedad fiduciaria excedió sus facultades al suscribir el pagaré objeto de cobro, pues no se le había otorgado ninguna autorización a esos efectos, como sí había ocurrido en lo atinente a la constitución de la hipoteca sobre el bien fideicomitado. Como consecuencia de esa circunstancia, determinó que la obligación contenida en el pagaré no resulta exigible al patrimonio autónomo demandado.

9.5.3. Sobre la excepción de pago parcial, expresó que se trataba de dineros que habían sido cancelados con anterioridad al diligenciamiento del pagaré, lo que hacía presumir que dichos abonos habían sido tenidos en cuenta por la entidad financiera demandante cuando llenó los espacios en blanco en el título valor, para hacerlo efectivo por los dineros adeudados por los deudores.

9.6. Siguió con el estudio de las excepciones presentadas por la sociedad INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S.

9.6.1. Lo primero que señaló es que el aval no se veía afectado por el hecho de que la obligación no resultara exigible respecto del obligado cambiario FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ, pues su obligación es autónoma.

9.6.2. La excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva la declaró infundada, debido a que su condición de obligada se derivaba del otorgamiento del aval respecto del título valor objeto de cobro, el cual constaba en documento separado con el cumplimiento de los requerimientos legales.

9.6.3. La defensa de existencia de mala fe de BANCOLOMBIA S.A. fue despachada desfavorablemente. Esa decisión se apoyó en que, si el comportamiento de la entidad financiera durante la ejecución del proyecto causó perjuicios a INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S., esa circunstancia debía ser objeto de discusión en un proceso declarativo de responsabilidad, *“más no constituye un elemento jurídico que pueda enervar la pretensión”*.

9.7. Finalmente se ocupó del escrito de excepciones del señor EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA VARGAS.

9.7.1. Estableció que dicho demandado efectivamente contaba con la calidad de socio gestor de INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S., antes sociedad en comandita, para la época en que se adquirieron las obligaciones objeto de cobro. Sin embargo, consideró que no era viable perseguir el cobro en contra de dicho sujeto, debido a que no se acreditó el requerimiento extrajudicial para el pago que se debió realizar a la sociedad previo a perseguir al socio gestor, sin que se pudiera considerar que aquel se efectuó con ocasión de la notificación del mandamiento de pago. Consecuencia de ello, determinó que no se podía continuar la ejecución en contra del demandado EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA VARGAS.

9.8. Con fundamento en dicho análisis, estableció que el proceso de cobro debía continuar únicamente en contra de los demandados

CONSTRUCTORA ACSA S.A.S., INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS S.A.S. y JHONY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS.

III. LA APELACIÓN

10. Admitido el recurso de apelación bajo el régimen previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, los apelantes lo sustentaron oportunamente.

11. La ejecutante centró su impugnación en la negativa de continuar el proceso ejecutivo en contra de los demandados FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ y EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA VARGAS.

11.1. Atacó la decisión de desvincular al FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ, pues con ella se desconocieron las pruebas documentales e interrogatorios practicados en el presente trámite. Contrario a lo señalado por el Despacho, sí quedó acreditada la existencia de una autorización a la fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo para que suscribiera en nombre del Fideicomiso el pagaré base de la ejecución. De ello dan cuenta: i) el pagaré, el cual se encuentra suscrito por los fideicomitentes JOHNY IGLESIAS FONTALVO y CONSTRUCTORA ACSA S.A.S.; ii) el documento contentivo del aval que se encuentra también suscrito por los Fideicomitentes y en el que garantizan *“el total cumplimiento de las obligaciones que adquiera el Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO P.A BALSILLAS DE TOLU ... para la financiación del Proyecto inmobiliario denominado BALSILLAS DE TOLU, las cuales consten en pagarés ... pagaderos a la orden de BANCOLOMBIA S.A.”*; iii) la modificación al contrato de fiducia mediante Otrosí No. 1 de fecha 7 de mayo de 2013, al que se hace referencia en diversos documentos; iv) la solicitud de estudio de crédito, en la que se evidencia que la fideicomitente CONSTRUCTORA ACSA S.A.S. y el FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ requieren la aprobación del crédito del que se derivan las obligaciones objeto de cobro; y, v) los interrogatorios y escritos de excepciones de los demandados, exceptuados el del FIDEICOMISO P.A. BALSILLA DE TOLÚ, en los que

no se desconoció la existencia de la autorización otorgada para suscribir el pagaré.

11.2. En cuanto a la desvinculación del señor EMIRO JOSÉ ARRÁZOLA VARGAS, manifestó que el fundamento legal invocado por el *a quo* para soportar dicha decisión (art. 294 del Co. Co.) no resulta aplicable al caso concreto. La norma que regula la responsabilidad del socio gestor en una sociedad en comandita no establece ningún requisito previo para exigirle a este el pago de las obligaciones adquiridas por la sociedad (art. 323 del Co. Co.).

11.2.1. Agregó que un requisito de esa estirpe solo puede ser previsto en la ley y, en todo caso, nunca fue exigido por el *a quo* previo a dictar mandamiento de pago, a pesar de que así habría tenido que hacerlo de conformidad con el numeral 3° del artículo 442 del C.G.P.

11.2.2. Alegó que existen múltiples pruebas que dan cuenta del cobro que realizó la accionante a INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S., como lo es el correo electrónico de diciembre de 2016.

11.2.3. También sostuvo que el demandado no formuló esa excepción, sino que fue el Despacho el que oficiosamente le dio dicho alcance, sin que así resulte procedente en el marco del trámite ejecutivo.

11.2.4. Frente al alegato del demandado ARRÁZOLA VARGAS de falta de legitimación por pasiva, sostuvo que todas las reglas sobre “*reorganización societaria*” establecen la responsabilidad de los socios por las obligaciones adquiridas hasta la fecha de salida de la sociedad y/o de la transformación del ente societario.

12. El recurso de apelación de INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. se concentró en solicitar que se reconociera la prosperidad de las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de aval en legal forma que respalde la obligación.

12.1. Sostuvo que estaban acreditadas dichas excepciones, pues dicha sociedad no había suscrito el pagaré objeto de cobro, lo que impedía que se le hicieran exigibles las obligaciones contenidas en dicho título valor.

12.2. Respecto del aval, sostuvo que aquel no se ajustaba a derecho, pues no cumplía con los requisitos previstos en el artículo 634 del Co. Co., pues no se identificó plenamente el título cuyo pago total o parcial se garantizó.

12.3. Agregó que tampoco resultaba viable seguir el proceso de cobro en contra de INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S., debido a que aquella había servido de avalista al FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ. De tal forma que al quedar desvinculado aquel del proceso ejecutivo, por la misma razón se debía excluir a quien le sirvió de aval.

12.4. Por último, petitionó que se levantaran las medidas cautelares que pesaban sobre los activos del FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ, pues al habersele desvinculado del trámite ejecutivo no se podían mantener dichas cautelas en su contra.

13. En el término del traslado los apoderados de EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS y el FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ se pronunciaron para solicitar que se confirmara la decisión apelada.

IV. CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con los reparos formulados, en esta providencia se estudiarán los siguientes aspectos: i) las facultades de la sociedad fiduciaria para suscribir el pagaré objeto de cobro, en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ; ii) la exigibilidad de la obligación cambiaria a INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S.; y, iii) la responsabilidad del demandado EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS en

su condición de socio gestor de INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. (antes INVERSIONES ARRAZOLA Y ASOCIADOS S. EN C.).

2. Las facultades de la sociedad fiduciaria para suscribir el pagaré objeto de cobro, en su calidad de vocera y administradora del FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ.

2.1. La Sala considera que la conclusión a la que arribó el *a quo* de que FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., en su calidad de vocera del FIDEICOMISO PATRIMONIO AUTÓNOMO BALSILLAS DE TOLÚ, no estaba facultada para suscribir el pagaré fundamento de la presente acción resulta contraria a la evidencia obrante en el expediente y a la normativa que regula el contrato de fiducia.

2.2. De conformidad con el numeral primero del artículo 1234 del Co. Co., es un deber indelegable del fiduciario “*realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia*”. Sobre dicho deber la doctrina enseña que “[e]l contrato de fiducia es un instrumento para cumplir con un propósito o finalidad específica que se proponen las partes...”¹ y que “el fiduciario debe realizar todos los actos necesarios para que la voluntad del constituyente se cumpla en forma plena”².

2.3. A la hora de establecer la finalidad del contrato de fiducia que dio origen al FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ, el fallador de primer grado pasó por alto que el convenio inicial, por medio del cual se creó el referido patrimonio autónomo, fue modificado por las partes mediante escrito privado de 7 de mayo de 2013. Según consta en las consideraciones del documento denominado “MODIFICACIÓN No. 2 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL INMOBILIARIO DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 4890”³, “a través de documento privado

¹ Jaime Alberto Arrubla Paucar. *Los negocios fiduciarios y la fiducia en garantía* (Bogotá, Temis, 2018), p. 197.

² Sergio Rodríguez Azuero. *Negocios fiduciarios: su significación en América Latina* (Bogotá, Legis, 2005), p. 297.

³ Fl. 319, C.1.

de fecha 7 de mayo de 2013, las partes modificaron el contrato de fiducia indicado⁴, convirtiéndolo en un patrimonio autónomo inmobiliario de administración y pagos”.

2.4. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el contrato de fiducia mercantil, en punto de la constitución del fideicomiso, es de carácter solemne. Como así lo establece el artículo 1228 del Co. Co. De acuerdo con esta norma, “[*]la fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes”*. De acuerdo con la evolución normativa de esta modalidad contractual, dicha solemnidad únicamente es exigible cuando el negocio fiduciario que se constituye verse sobre bienes inmuebles⁵. Se trata de una regulación que guarda coherencia con el carácter solemne de los actos de disposición sobre bienes inmuebles, de tal forma que su transferencia al patrimonio autónomo debe servirse como antecedente de un título instrumentado en escritura pública.

2.4.1. Si bien dicha solemnidad es exigible respecto del acto de constitución del fideicomiso cuando los bienes fideicomitidos son inmuebles, no puede predicarse este requisito respecto de las modificaciones a las condiciones del negocio fiduciario. Desde esa perspectiva, era viable que mediante documento privado las partes modificaran el tipo o clase de esquema fiduciario originalmente adoptado –fiducia de administración—, para pasar a una fiducia inmobiliaria de administración y pagos.

2.5. Esta circunstancia pone en evidencia que resultó errado el ejercicio que realizó el *a quo* de establecer la finalidad del negocio fiduciario y las facultades otorgadas a la entidad fiduciaria únicamente a partir del contrato de fiducia mercantil de administración instrumentado en la escritura pública No. 638 del 18 de marzo de 2013 de la Notaría 52 de

⁴ Se hace mención de que “*mediante escritura pública 638 del 18 de marzo de 2013 de la Notaría 52 de Bogotá, las partes suscribieron un contrato de fiducia mercantil de administración en virtud del cual se transfirió por los FIDEICOMITENTES a título de fiducia mercantil a la FIDUCIARIA para que conformara el FIDEICOMISO, el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 340-110022 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Sincelejo”*.

⁵ De conformidad con el artículo 2.5.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, “[*]os contratos de la fiducia mercantil que celebren las sociedades fiduciarias no requerirán de la solemnidad de la escritura pública cuando los bienes fideicomitidos sean exclusivamente bienes muebles”*.

Círculo Notarial de Bogotá, pues dicha convención había sido derogada por las partes, para adoptar otro esquema fiduciario – fiducia inmobiliaria de administración y pagos—.

2.6. Ahora bien, el hecho de que no se contara con el texto del documento privado a través del cual se modificó la figura fiduciaria, para optar por una fiducia inmobiliaria de administración y pagos, no impedía establecer la finalidad de dicho esquema fiduciario a través de los otros medios de prueba obrantes en el expediente. Esos aspectos constaban en la rendición de cuentas semestral rendida por la fiduciaria a los Fideicomitentes, para el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2018 y el 31 de julio de 2018.

2.7. De conformidad con dicha documental el objeto y finalidad del contrato de fiducia mercantil inmobiliaria de administración y pagos eran los siguientes: i) como objeto, *“la administración por parte de la fiduciaria de los bienes fideicomitados y la realización de los pagos, a través del fideicomiso”*; y, ii) como finalidad, *“instrumentar una herramienta fiduciaria a través de la cual se administren los bienes fideicomitados y se realicen los pagos que requieran efectuar los fideicomitentes para el desarrollo del proyecto”*.

2.8. Se observa que, bajo el esquema fiduciario adoptado con la modificación al contrato original, la finalidad de la constitución del FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ no quedó circunscrita a la mera administración del inmueble transferido por los fideicomitentes. Aquella se amplió, como así lo ratifica la comunicación dirigida por CONSTRUCTORA ACSA S.A.S. a la sociedad fiduciaria de fecha 28 de diciembre de 2017⁶, en la que se manifestó que el contrato de fiducia *“se orientó a que aquélla administrara y desarrollara un proyecto inmobiliario sobre un lote transferido por esta”*.

2.9. Desde esa perspectiva, no resulta extraño a la finalidad del negocio fiduciario que se encomendara o autorizara a la entidad fiduciaria para adquirir el crédito necesario para la financiación de la obra y

⁶ Fl. 212, C. 1.

desarrollo del proyecto inmobiliario. Con todo, incluso si se entendiera que no era viable la modificación del contrato a través de documento privado, lo cierto es que desde las consideraciones del acto de constitución del patrimonio autónomo, mediante escritura pública, se dejó sentado que dicha convención se celebró “*con el fin de desarrollar el proyecto inmobiliario BALSILLAS DE TOLÚ*”. Entonces, la conclusión de que la adquisición del crédito necesario para el financiamiento de las obras era un acto extraño a la finalidad de la fiducia, resultaba contraria a la voluntad de los fideicomitentes, máxime cuando estaba claro que aquellos habían autorizado dicha operación.

2.9.1. En efecto, de dicha autorización dan cuenta diversos elementos probatorios, como lo son la carta de aprobación de la solicitud de crédito, el pagaré, el aval, la rendición de cuentas y las diversas órdenes librada por los fideicomitentes a esos efectos.

2.9.2. La carta de aprobación de la solicitud de crédito da cuenta de que se aprobó un desembolso por \$6.200.000.000 a favor del FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ, para ser aplicados “*exclusivamente en la construcción del Proyecto BALSILLAS DE TOLÚ*”⁷. Dentro de las condiciones del crédito, se estableció que se debía otorgar un pagaré suscrito por el FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ y que debían garantizar dicha obligación como avalistas CONSTRUCTORA ACSA S.A.S., INVERSIONES ARRÁZOLA Y ASOCIADOS y JHONY ALFONSO FONTALVO IGLESIAS.

2.9.3. En ejecución de las condiciones referenciadas, el pagaré objeto de cobro y el documento contentivo del aval que se alega respalda dichas obligaciones fueron suscritos por la fiduciaria y los fideicomitentes. Como se observa, además de que dichos sujetos dieron cumplimiento a lo previsto en las condiciones del crédito, los fideicomitentes no presentaron ninguna objeción respecto de que la vocera del FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ apareciera como otorgante del referido título valor. Por el contrario, accedieron a respaldar el crédito adquirido por dicha la fiduciaria, lo que constituye muestra una clara de que aquella

⁷ Fl. 176, C. 1.

efectivamente contaba con la facultad, bajo el contrato de fiducia, para realizar dicha operación. Esto es claro del texto del aval, en el que se consignó: “[q]ue garantizamos mediante el presente Aval, el total cumplimiento de las obligaciones que adquiriera el Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ DEL INMUEBLE...a favor de BANCOLOMBIA S.A. para la financiación del Proyecto inmobiliario denominado BALSILLAS DE TOLÚ”.

2.9.4. Igualmente, en la rendición de cuentas rendida por la fiduciaria para el periodo comprendido entre el 1° de febrero de 2018 y el 31 de julio de 2018, bajo el acápite de “CRÉDITOS ADQUIRIDOS” se señaló: “[l]as condiciones de los créditos vigentes adquiridos por el Fideicomiso con Bancolombia S.A., de acuerdo con la instrucción impartida por el (os) Fideicomitante(s) son:

MODALIDAD DE CREDITO	CONSTRUCTOR
CUPO APROBADO	\$ 6.200.000.000,00
RADICADO N.	8512-310004461
NIT	50312004890
TASA	7.50% + UVR
FECHA INICIAL	26/02/2014
FECHA DE VENCIMIENTO	26/07/2016
GARANTIA	HIPOTECA ABIERTA
SISTEMA DE AMORTIZACION INTERESES	TRIMESTRAL
SISTEMA AMORTIZACION CAPITAL	VENCIMIENTO

2.9.5. Dicha rendición de cuentas no fue objetada por ninguno de los fideicomitentes, lo que resulta demostrativo de que la información incorporada en dicho documento era ajustada a la realidad, lo que significa que, efectivamente, se impartió la instrucción a la fiduciaria para que, en su condición de vocera del patrimonio autónomo, adquiriera el crédito allí reseñado.

2.9.6. Además de los documentos antes reseñados, dentro del material probatorio obran una serie de comunicaciones dirigidas por CONSTRUCTORA ACSA S.A.S. a FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A. en la que instruye a esta última para que tramite los desembolsos del crédito

aprobado⁸, en una muestra de que efectivamente la vocera del patrimonio autónomo contaba con la autorización para adquirir dicho producto financiero.

2.10. En esa medida, la aplicación práctica del contrato, acometida sin censuras o reproches por las partes, refleja su entendimiento común sobre los términos en que efectivamente debía ejecutarse el convenio y, con ello, conduce a reconocer que FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., como vocera del FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ, contaba con la autorización para adquirir el crédito respaldado en el pagaré objeto de cobro en el presente trámite ejecutivo. No se puede entender de otra manera la participación de los fideicomitentes en el otorgamiento de las garantías, su silencio frente a la rendición de cuentas en la que constaba la adquisición del crédito y las instrucciones impartidas para que se tramitaron los desembolso con cargo a este.

2.10.1. Desde la perspectiva teórica y normativa del negocio jurídico, es bien conocido que el contrato es ley para las partes (Art. 1602 C.C.). No obstante, tanto la jurisprudencia como la doctrina han coincidido en aceptar, sin reparo alguno, que el contenido negocial no se puede analizar exclusivamente a partir de las estipulaciones iniciales, individualmente consideradas, sino que, por el contrario, para develar cuál ha sido la verdadera intención de las partes contratantes y, en consecuencia, cuál es el régimen de las obligaciones derivado del negocio jurídico, es preciso considerar el texto del contrato en conjunto con otros elementos que dan luces sobre el verdadero entendimiento que las partes le han dado al mismo, como son las conductas o actuaciones realizadas antes de la celebración del contrato o las que se desarrollan durante la ejecución del mismo (art. 1622, inc. 3º del C.C.).

2.10.2. Así lo han sostenido de manera unánime la doctrina y la jurisprudencia, que han tenido ocasión de afirmar, sobre esta temática, lo siguiente:

⁸ Fls. 196 a 206, C.1.

“...un primer aspecto que resulta ilustrativo es el que tiene que ver con el tenor literal del acuerdo mismo. Ciertamente, el texto del contrato se erige como un vertebral criterio orientador de la labor del intérprete, en la medida en que consigna el entendimiento primigenio o inicial de las partes en torno a un asunto específico. Por esa razón, es la regla, es la primera fuente que se debe auscultar a la hora de determinar cuál es el entendimiento que le han dado las partes a una previsión comercial en particular, como de antaño se ha reconocido en sede judicial y doctrinal. Sin embargo, como también es bien sabido, la labor del intérprete no se agota en la simple revisión del texto contractual. Por el contrario, su gestión requiere, a menudo, que se acuda a otros elementos subjetivos y objetivos que le permitirán dilucidar, con mayor precisión, cuál es el alcance de ciertas estipulaciones (elementos extratextuales), según cada caso individual. En este contexto, uno de los cánones o directrices hermenéuticas que, en la hora de ahora, surge [con] indubitable fuerza, es el que atañe a la denominada interpretación práctica, conductual o aplicativa, que tiene en cuenta el comportamiento específico de los sujetos contratantes en las fases anteriores y posteriores a la celebración del contrato, para determinar cuál es el verdadero sentido de una estipulación particular. Puesto en otros términos, se trata de evaluar los actos anteriores, coetáneos y posteriores al contrato, para examinar, a partir de los mismos, qué contenido o inteligencia se le atribuyó a una cláusula determinada, en función de las demás (lectura integral) (...) El acto hermenéutico debe pues aproximarse con el mayor grado de verosimilitud, al querer real de las partes, para lo cual el análisis plurifásico del negocio jurídico resulta determinante, como ha anticipado. La conducta, tanto en la esfera previa a la celebración del negocio jurídico, como durante dicha celebración y con posterioridad a la misma (actos anteriores, coetáneos y posteriores), es de importancia capital en el ámbito de la hermenéutica contractual...”⁹.

⁹ Tribunal de Arbitramento de Dopesa S.A. contra Grandes Superficies de Colombia S.A. – Carrefour. Laudo arbitral del 30 de octubre de 2013. Árbitros: Jorge Cubides Camacho, Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo y Hernando Parra Nieto.

2.10.3. La misma idea ha sido refrendada por la Corte Suprema de Justicia, Corporación que desde hace muchos años ha sostenido ese criterio, como puede observarse en la Sentencia del 3 de junio de 1946, en la que señaló que *“[!]a intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el Juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido.”*¹⁰

2.10.4. Ahora bien, no se puede pasar por alto, como se ha señalado en la doctrina foránea, que son las actuaciones posteriores las que ofrecen mejores elementos para develar la intención de las partes. Al respecto se ha expuesto que *“[e]n forma global todos los comportamientos de las partes referidos al contrato pueden tener trascendencia en su interpretación según las circunstancias del caso”*, sin embargo, se agrega, que *“[!]os comportamientos posteriores pueden tener mayor significación al momento que puedan llegar a configurar una modificación o una verdadera interpretación auténtica del contrato.”*¹¹

2.10.5. Los actos posteriores a la celebración del contrato tienen, entonces, una importancia estructural porque no solamente dan luces sobre el entendimiento de las partes respecto de ciertas estipulaciones en particular, sino que incluso pueden precisar o materializar modificaciones tácitas o expresas al texto inicialmente convenido. En efecto, la aplicación práctica del contrato, refleja la forma definitiva en que las partes han

¹⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 3 de junio de 1946. M.P. Manuel José Vargas.

¹¹ Gustavo Ordoqui Castilla, *Lecciones de derecho de obligaciones: Teoría general del contrato*, T.III, Vol. II (Montevideo, Ediciones “Del Foro S.R.L”, 1999), pp. 129 130.

decidido ejecutar el acuerdo y, por tanto, la forma como entienden los compromisos negociales.

2.10.6. Pues bien, en este caso emerge con claridad de la conducta posterior que asumieron las partes en la ejecución del contrato, que fue su intención que el esquema fiduciario sirviera a la finalidad de desarrollar el proyecto inmobiliario BALSILLAS DE TOLÚ, para lo que se otorgó a FIDUCIARIA BANCOLOMBIA S.A., como vocera del FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ, la facultad de adquirir un crédito su financiación.

2.11. Corolario de lo expuesto, debido a la prosperidad del reparo propuesto por BANCOLOMBIA S.A. y que los demás medios exceptivos quedaron resueltos en la providencia impugnada, está llamada a revocarse la decisión de desvincular del proceso ejecutivo al FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ, debido a que aquel sí se encontraba habilitado para contraer obligaciones crediticias y, por lo mismo, estaba compelido a realizar los pagos correspondientes con cargo a los recursos que ingresaran en desarrollo proyecto inmobiliario BALSILLAS DE TOLÚ.

3. La exigibilidad de la obligación cambiaria a INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S.

3.1. De entrada, debe desecharse el reparo de la apelante ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. fundado en que aquella no se encuentra legitimada por pasiva para soportar el cobro debido a que no suscribió el título valor que le sirve de fundamento a la presente acción. Al respecto resulta necesario aclarar que dicha sociedad no fue traída al proceso en su condición de otorgante del pagaré cuyo pago se reclama, sino como avalista de las obligaciones contenidas en dicho título valor. Así se colige con claridad de las consideraciones del fallo apelado, en el que se reconoció que la acción se dirigió en contra de ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. en su condición de avalista, por lo que es claro que la decisión de seguir con la ejecución en su contra se fundó exclusivamente en la garantía cartular que otorgó, según el documento suscrito el 29 de julio de 2013 por su representante legal.

3.2. Ahora bien, en cuanto al cuestionamiento de que el aval no fue otorgado en legal forma, debido a que no se identificó plenamente el título cuyo pago total o parcial se garantizó, esta Colegiatura considera que no le asiste razón a la apelante.

3.2.1. De conformidad con el artículo 634 del Co. Co., una de las formas en las que se puede hacer constar el aval es “*por escrito separado en que se identifique plenamente el título cuyo pago total o parcial se garantiza*”. En relación con el otorgamiento del aval en documento separado la Doctrina señala que “*se presta para que antes de la emisión del título-valor se otorgue el aval, identificando plenamente las características del título objeto de emisión posterior tales como el número, serie, monto, término de vencimiento, etc. (aval pretérito) o puede coexistir con el giro del título (aval presente), o darse después de ser emitido un título valor en favor de uno de los endosantes (aval futuro)*”¹².

3.2.2. En el presente caso, se observa que se identificaron plenamente las características de los títulos cuyo pago total se garantizó. Estos se singularizaron suficientemente a través de la indicación de la operación crediticia a la que aquellos servían de garantía, como se observa del tenor de la Cláusula Primera, que es el siguiente:

“PRIMERO: Que garantizamos mediante el presente Aval, el total cumplimiento de las obligaciones que adquiera el Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ DEL INMUEBLE, identificado tributariamente con el NIT 830.054.539-0, a favor de BANCOLOMBIA S.A. para la financiación del Proyecto inmobiliario denominado BALSILLAS DE TOLÚ, las cuales constan en los pagarés No. junto con sus modificaciones, ampliaciones, desembolsos posteriores que constaren en pagarés independientes y otrosí, pagaderos a la orden de ‘BANCOLOMBIA S.A.’, en sus oficinas de Bogotá D.C. Que, como avalistas, quedamos obligados en los términos que corresponden formalmente al Patrimonio Autónomo denominado

¹² Lisandro Peña Nossa y Jaime Andrés Ruiz Rueda, *Curso de títulos valores* (Bogotá, Diké, 1995), p. 112

*FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ DEL INMUEBLE
identificado con el NIT 830.054.539-0'.*

3.2.3. A efectos de analizar los términos en que se delimitó el aval, resulta relevante tener en cuenta que la doctrina ha explicado que la justificación para aceptar esa forma de hacer constar esta garantía cartular, a pesar de las dificultades que supone respecto de los principios de incorporación y literalidad que rigen en esta materia, se encuentra “*en la necesidad por parte de los Bancos de avalar varios títulos a la vez en un solo documento, incluso en la necesidad de avales generales emitidos antes de la aparición de los correlativos títulos-valores y en los avales otorgados con ocasión del seguro de crédito, que se colocan en una simple carta*”¹³.

3.2.4. Como se colige de esta cita, precisamente, una de las finalidades a las que sirve el aval otorgado en documento separado es la del otorgamiento de una garantía general como la que fue instrumentada en el documento suscrito por ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. Y es que, independientemente de que el espacio correspondiente al número del pagaré no se hubiera diligenciado, lo cierto es que por la precisión con la que se describieron los títulos valores que se afianzaban era claro que el pagaré que se presentó para servir de base al trámite ejecutivo sí se encontraba dentro de aquellos cobijados por el aval otorgado por dicha sociedad.

3.2.5. En efecto, se trataba de un pagaré en el que se incorporó una obligación contraída por el FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ a favor de BANCOLOMBIA S.A. A esto debe agregarse, que en ningún momento se cuestionó que la obligación representada el título valor traído al proceso para su cobro no correspondiera a dineros desembolsados para la financiación del Proyecto inmobiliario denominado BALSILLAS DE TOLÚ. Estas circunstancias ponen en evidencia que, efectivamente, pesaba sobre ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S., en su condición de avalista, el compromiso de concurrir al pago de los dineros reclamados por

¹³ Gerardo José Ravassa Moreno, *Nuevo curso de títulos valores* (Bogotá, Ediciones USTA, 1999), p. 200.

la entidad financiera ejecutante, lo que supone el fracaso del reparo presentado por dicha sociedad.

3.3. De otra parte, debido a la prosperidad del reparo propuesto por la entidad financiera demandante, que supone que se continúe la ejecución en contra del FIDEICOMISO P. A. BALSILLAS DE TOLÚ, no se abordará el estudio de los ataques al fallo de primer grado relativos a la imposibilidad de seguir adelante con la ejecución en contra de ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. por la exclusión del referido patrimonio autónomo del trámite ejecutivo, así como a la petición levantar las medidas cautelares ordenadas en contra de este último.

3.4. En consecuencia, se confirmará la decisión continuar con la ejecución en contra de ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S.

4. La responsabilidad del demandado EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS en su condición de socio gestor de INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. (antes INVERSIONES ARRAZOLA Y ASOCIADOS S. EN C.).

4.1. BANCOLOMBIA S.A. reprochó que se hizo una indebida aplicación del artículo 294 del Co. Co., pues a pesar de tratarse de una norma propia de las sociedades colectivas, el *a quo* fundó su decisión de desvincular al demandado EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS en dicho precepto. En el fallo de primer grado se sostuvo que el trámite ejecutivo no podía continuar en contra de dicho demandado, debido a que no se demostró que, previamente, se había requerido vanamente a la sociedad para el pago, lo que impedía realizar el cobro de la obligación al socio gestor. De esa forma, se estableció una exigencia que el legislador no contempló en el caso de las sociedades en comandita.

4.2. Para la Sala la aplicación del artículo 294 del Co. Co. para estudiar la responsabilidad del socio gestor o colectivo resultó adecuada, pues a los socios gestores de las sociedades en comandita les son aplicables en esta materia los preceptos que rigen la responsabilidad de los asociados en las sociedades colectivas, además que el carácter

subsidiario de la responsabilidad a cargo de los socios en las sociedades de personas es un efecto propio de la personalidad jurídica del ente societario.

4.2.1. Esta posición es acogida por la doctrina mayoritaria en el ámbito nacional¹⁴. Al respecto, el reconocido tratadista Gabino Pinzón explica:

“Dicha responsabilidad es, por lo demás, solamente subsidiaria, al igual que en la compañía en nombre colectivo...Carácter meramente subsidiario de la responsabilidad que es apenas una consecuencia del hecho de que, en realidad, se trata de un tipo de compañía en el que se conserva el sistema mismo de la colectiva, modificado apenas con la vinculación de unos socios que limitan la responsabilidad, como en un primer paso del proceso de evolución de la sociedad de personas hacia la sociedad de capitales...Modalidad que se reafirma en los artículos 341 y 352 del mismo Código, en los cuales se repite la idea de que respecto de los socios gestores se aplican las normas de la colectiva. Por lo cual, como se hizo notar respecto de la sociedad en nombre colectivo, en los artículos 243 y 1944 se confirma la idea de que los socios colectivos –genéricamente considerados, es decir, tanto en la colectiva como en la comanditaria— responden ante terceros solamente en los casos de insuficiencia de los activos sociales para el pago de las obligaciones sociales”¹⁵.

4.2.2. Esta posición es compartida por Reyes Villamizar, quien afirma que *“los socios gestores sólo pueden ser obligados a responder una*

¹⁴ También se pronuncia a favor de esta posición el profesor Peña Nossa, quien no comparte la posición de que la responsabilidad de los socios gestores sea directa, *“porque la sociedad una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (Código de Comercio, inciso 2, artículo 98). Se aplica a los gestores las normas de la sociedad colectiva por así ordenarlo los artículos 341 y 352 del Código de Comercio. Por estas razones la responsabilidad de los socios colectivos, tanto en la colectiva como en la comanditaria, es subsidiaria en que solo responde ante terceros una vez haya sido requerida la sociedad en forma directa para el pago de las obligaciones sociales (Código de Comercio, artículo 294)”*. Lisandro Peña Nossa, *De las sociedades comerciales* (Bogotá, Ecoe Ediciones, 2017) p. 225.

¹⁵ José Gabino Pinzón, *Sociedades comerciales: tipos o formas de sociedad* (Bogotá, Temis, 1983), p. 64.

vez que la sociedad haya sido requerida vanamente para el pago. Así, su responsabilidad sería apenas subsidiaria...Esta interpretación encontraría sustento en la previsión normativa contenida en el inciso segundo del art. 98 del C. de Co., según el cual, la sociedad, una vez constituida en forma legal, configura una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Este análisis conduciría a pensar que los acreedores sociales deben acudir primero a la sociedad en demanda de pago”¹⁶.

4.2.3. Ciertamente el nacimiento de una persona jurídica independiente es uno de los rasgos más notables del derecho societario, que implica la separación patrimonial entre la sociedad y los asociados. Acoger la tesis de la responsabilidad directa de los socios gestores por las obligaciones contraídas por el ente societario supondría poner en la misma posición al ente societario y a sus asociados respecto de las obligaciones adquiridas por aquellas, eliminando la separación patrimonial entre uno y otro, posición que para este Colegiatura resulta inaceptable, máxime cuando no se advierte la existencia de una razón contundente para considerar que el legislador quiso poner en una situación más gravosa a los socios colectivos de las sociedades en comandita, que aquellos de las sociedades colectivas.

4.3. Como consecuencia de lo anterior, acertó el *a quo* al exigir la demostración de que se había requerido vanamente a la sociedad para el pago, previo a deducir la responsabilidad del socio demandado. Al respecto, la sociedad ejecutante alega que dicho requerimiento se encuentra acreditado con el correo electrónico de 6 de diciembre de 2016. Estudiado dicho medio de prueba, no se observa que en dicha comunicación se haya intimado INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S. para que realizara el pago, pues ni siquiera se encuentra dicha sociedad dentro de los destinatarios del correo electrónico¹⁷. Con todo, incluso si se aceptara que dicha misiva fue dirigida a INVERSIONES ARRÁZOLA & ASOCIADOS S.A.S., lo cierto es que de su texto no se puede derivar, como lo pretende la ejecutante, que se haya efectuado un requerimiento de pago. En esa comunicación apenas se

¹⁶ Francisco Reyes Villamizar, *Derecho societario*, Segunda Edición (Bogotá, Temis, 2013), p. 66.

¹⁷ Dicha comunicación fue dirigida a los correos electrónicos proyectos2016progresar@gmail.com y proyecto@acsconstructora.com

menciona la intención de BANCOLOMBIA S.A. de dar inicio al cobro judicial de las obligaciones, pero no se requiere formalmente a los destinatarios para que efectúen el pago de las obligaciones. Y es que, contrario a lo sostenido por la entidad financiera en el recurso de apelación, la existencia de pruebas en las que se evidencie “*el reconocimiento de Inversiones Arrázola a Bancolombia como acreedor y al conocimiento acerca de estar la obligación ejecutada en mora de ser cumplida*” resulta insuficiente para tener por cumplido el requisito para activar la responsabilidad del socio gestor, pues para que esta proceda es necesario acreditar: i) que se requirió a la sociedad deudora, incluso extrajudicialmente, que realice el pago; y, ii) que dicho requerimiento fue vano o infructuoso. Estos aspectos se encuentran ambos huérfanos de prueba, lo que pone en evidencia que resultó acertada la decisión del fallador de primer grado de desvincular al señor EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS del proceso ejecutivo.

4.4. Tampoco es cierto, como lo alega la recurrente, que no se pudiera entrar a revisar, al momento de proferir sentencia, si estaban dadas las condiciones para el cobro de la obligación al socio gestor. La limitación a la que hace referencia la entidad bancaria se predica exclusivamente respecto del estudio de los requisitos formales del título, conforme se establece en el inciso 2° del artículo 430 del C.G.P.

4.4.1. En relación con lo anterior, debe precisarse que cuestiones como las relativas a la existencia o exigibilidad de la obligación cuyo cobro se pretende no constituyen requisitos de formales del título y, por contera, sobre aquellos no se predica la limitación antes mencionada, de tal forma que hacen parte del debate de instancia y el pronunciamiento final respecto de aquellos se produce al momento de dictar sentencia. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia al estudiar el artículo 430 del C.G.P., norma respecto de la que señaló que la limitación allí prevista únicamente aplica respecto de los requisitos formales del título, “*más no comprende los condicionamientos de orden sustancial como si la obligación se pagó o está insoluta, en tanto se reitera, esa es una decisión reservada para la definición de la litis, una vez agotado el trámite en el que ambas partes hayan ejercido plenamente las garantías que se desprenden*

*del postulado del debido proceso, mismo que incluye la posibilidad de que la determinación final sea revisada en segunda instancia, si a ello hubiere lugar*¹⁸.

4.4.2. Desde esa perspectiva, es claro que el *a quo* no actuó en desconocimiento de la restricción antes analizada por el hecho de volver a estudiar cuestiones atinentes a la exigibilidad de la obligación. Se reitera que la decisión sobre aspectos sustanciales de la obligación se define de manera definitiva en la sentencia, como lo es lo atinente al cumplimiento de los requisitos necesarios para hacer valer la responsabilidad del socio gestor por las obligaciones de la sociedad.

4.5. Por último, resulta necesario aclarar que la discusión sobre la viabilidad de reconocer oficiosamente medios exceptivos en procesos ejecutivos, cuando el ejecutado ha contestado la demanda, quedó zanjada con la expedición del Código General del Proceso. El tenor del artículo 282 de dicha codificación es claro que de que el reconocimiento oficioso de medios exceptivos que se hallen probados tiene aplicación “[e]n cualquier tipo de proceso”. A la luz de esta normativa se ha reconocido que “[e]ste papel del juez frente a las excepciones de mérito es el mismo en cualquier proceso, lo cual incluye al proceso ejecutivo, en el que también debe declarar de oficio cualquier excepción que encuentre probada, salvo la nulidad relativa, la compensación y la prescripción”¹⁹.

4.5.1. Así las cosas, es claro que por no tratarse de una de esas excepciones cuya alegación se encuentra reservada a las partes, el fallador se encontraba habilitado para declararla oficiosamente, lo que supone el fracaso del cargo propuesto por BANCOLOMBIA S.A. y la confirmatoria de la decisión de desvincular al demandado EMIRO JOSÉ ARRAZOLA VARGAS del trámite ejecutivo.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia 17 de noviembre de 2016. No. STC15927-2016 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

¹⁹ Ramiro Bejarano Guzmán, *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos* (Bogotá, Temis, 2019), p. 517.

5. Como consecuencia de la prosperidad parcial del recurso de apelación propuesto por BANCOLOMBIA S.A. respecto de la decisión de desvincular al FIDEICOMISO P.A. BALSILLAS DE TOLÚ, se revocarán los numerales primero y séptimo de la sentencia apelada y se modificarán los numerales tercero y cuarto de dicha decisión. En su lugar, se resolverá que se desestiman las excepciones propuestas por FIDEICOMISO P.A. BALSILLAS DE TOLÚ y que se debe seguir adelante con la ejecución, además, en contra de dicho sujeto.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR los numerales primero y séptimo de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO. MODIFICAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 29 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá. Como consecuencia de las anteriores decisiones, la parte resolutive del fallo quedará de la siguiente manera:

“PRIMERO: Abstenerse de seguir adelante la ejecución contra el demandado Emiro José Arrazola Vargas.

SEGUNDO: Desestimar las excepciones planteadas por Fideicomiso Patrimonio Autónomo Balsillas de Tolú, Constructora Acsa S.A.S. e Inversiones Arrázola y Asociados S.A.S.

TERCERO: Ordenar seguir adelante la ejecución contra Fideicomiso Patrimonio Autónomo Balsillas de Tolú, Constructora Acsa S.A.S., Inversiones Arrázola y Asociados S.A.S. y Jhony Alfonso Fontalvo Iglesias, de acuerdo con lo dispuesto en el auto de mandamiento de pago del 18 de mayo de 2018.

CUARTO: Practicar la liquidación de crédito en la forma legal establecida y tomando en cuenta lo aquí dispuesto.

QUINTO: Practicar el remate de los bienes de los demandados frente a los cuales se sigue adelante la ejecución y con el producto de los mismos pagar el crédito y las costas. En caso de existir dineros embargados a los demandados, oportunamente se le entregarán a la ejecutante.

SEXTO: Condenar en costas a Bancolombia S.A. a favor del demandado Emiro José Arrazola Vargas. Fijar como agencias en derecho la suma de novena millones de pesos (\$90.000.000). Practicar oportunamente la respectiva liquidación.

SÉPTIMO: Condenar en costas a Constructora Acsa S.A.S., Inversiones Arrázola y Asociados S.A.S. y Jhony Alfonso Fontalvo Iglesias, a favor de Bancolombia S.A. Fijar como agencias en derecho la suma de \$180.000.000. Practicar oportunamente la respectiva liquidación.

OCTAVO: ORDENAR la cancelación de las medidas cautelares que existen en contra del demandado Emiro José Arrazola Vargas.”

TERCERO. CONDENAR en costas de ambas instancias al demandado FIDEICOMISO P.A. BALSILLAS DE TOLÚ.

CUARTO. Sin condena en costas a cargo de BANCOLOMBIA S.A., debido a la prosperidad parcial del recurso.

QUINTO: En oportunidad devuélvase el expediente al juzgado de conocimiento.

La Magistrada Ponente señala como agencias en derecho la suma de \$4.000.000.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

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

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 018 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

**MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación:

**dc1a2aa4f926f29ef3bef515f645cae739ee5523adac457cdbcf1f2444e4
af30**

Documento generado en 11/05/2021 03:32:21 PM

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JULIÁN SOSA ROMERO

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

Ingresado el proceso al despacho, **SE DISPONE:**

1. ADMÍTASE, en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación formulado por el extremo demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, el 17 de febrero de 2021, dentro del proceso de la referencia, demanda ejecutiva formulada por Luis Enrique Ángel Villalba contra el Edificio Solar de Gratamira P.H.

Tramítese conforme lo dispone el artículo 14 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 en concordancia con el canon 327 del Código General del Proceso; por ende, las partes deben asumir las cargas que les corresponden, respecto de la sustentación del recurso de apelación y la réplica de la contraparte, en los términos del precepto 14 ya citado.

2. Por la Secretaría de esta Sala, **REQUIÉRESE** al Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, a fin de que en el término máximo de tres (3) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, remita con destino a este despacho, las siguientes piezas procesales: (i) los folios 28, 52, 80, 81, 82, 83, 87, 96, 106, 122 y 129

del archivo: “01 cuaderno C1ejecutivo”; (ii) folio 3 del archivo denominado “01cuadernoC2”, por cuanto aquellas piezas procesales no se encuentran en el legajo digital, siendo necesarias para la consecución del expediente. **Ofíciase.**

Notifíquese



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

(32202000034 01)

Declarativo
Demandante: Bancolombia S.A.
Demandados: Darío Montaña Ferrer y otro
Exp. 009-2018-00398-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

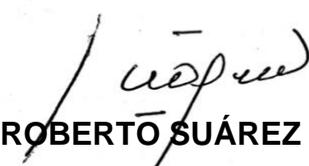
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

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

Requíerese a la autoridad de primera instancia para que aclare el informe rendido el día de hoy 12 de mayo de 2021 en el que señala que "...los escritos mediante los cuales se desarrollaron los reparos contra la sentencia impugnada...fue recibido mediante correo electrónico de fecha 26 de junio de 2020" y que "los anexos aportados en el correo de fecha 26 de junio de 2020 corresponden a las impresiones digitalizadas en las páginas 166 a 172 y 175 a 181 del documento 01 CuadernoUno.pdf...efectivamente son los anexos de las impresiones digitalizadas...", teniendo en cuenta que en el archivo 01CuadernoUno.pdf no obra correo electrónico de esa calenda, siendo del caso precisar que en la página 164 aparece la recepción de comunicación por esa vía con registro de fecha "Mar 23/06/2020 4:59 PM". En caso de existir algún error en ese reporte, realícense las explicaciones del caso.

Incorpórese al cuaderno digital del Tribunal el evocado informe rendido por el juzgado de conocimiento.

Cúmplase,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado