



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Sustanciador: **RICARDO ACOSTA BUITRAGO**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : VANSOLIX S.A.
DEMANDADOS : METTLER TOLEDO GMBH y METTLER
TOLEDO SALES INTERNATIONAL
GMBH, como litisconsorte necesario.
CLASE DE PROCESO : DECLARATIVO -agencia comercial-
MOTIVO DE ALZADA : APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

Se ocupa la Sala Primera de Decisión Civil de resolver los recursos de apelación que formularon Vansolix S.A. y Mettler Toledo Sales International GMBH, contra la sentencia que el 23 de febrero de 2021, profirió el Juzgado 24 Civil del Circuito de la ciudad.

ANTECEDENTES

1. Con demanda radicada el 6 de diciembre de 2017¹, se solicitó, principalmente, declarar que **(i)** Mettler Toledo GMBH (MT GMBH) como empresario agenciado celebró un “contrato mercantil” por medio del cual Vansolix S.A., agente, “promovió y explotó los negocios” del representado en el territorio colombiano, “en forma independiente y de manera estable”; **(ii)** dicho convenio data del “1º de enero de 1969, o en la fecha que probatoriamente se establezca”, fue ejecutado “sin solución de continuidad hasta el día 15 de junio de 2016”; **(iii)** y se “rige por la ley colombiana”; **(iv)** que el denominado ‘contrato de distribución’,

¹ Archivo 001Demanda, Carpeta CuadernoUno.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

“suscrito en el año 2000 bajo la ley de la República Suiza, no surte efectos en Colombia... no terminó, ni transformó la relación mercantil de agencia que se venía ejecutando” o, subsidiariamente: **a)** que pretendió “desconocer la realidad del contrato de agencia comercial... [y] se tendrán por no escritas” (sic), según el inc. 2 del artículo 1328 del C. de Co., o, **b)** que “por la ejecución práctica que las mismas hicieron del contrato celebrado en el año 1969... nunca acaeció pérdida de los elementos estructurales esenciales de una relación de agencia comercial”; **(v)** tiene derecho a que se le pague la cesantía comercial, del inciso 1º del artículo 1324 del mismo Código; **(vi)** MT GMBH le adeuda \$10 496 151 071, por ese concepto y los intereses de mora desde el 17 de junio de 2016; **(vii)** se ordene la indexación de la condena “si es que estas no causan intereses, desde el hecho generador” hasta el fallo y las que no los comprendan, lo harán “desde el día de la sentencia”.

2. Para sustentar sus pretensiones expuso como “generalidades” que Vansolix es una sociedad colombiana constituida desde el año 1945, conocida antes como Walter Rothlisberger & Co. Ltda., cuyo objeto social es “la comercialización, suministro, distribución, compraventa, importación, instalación, adecuación, comodato, alquiler, mantenimiento de equipos, aparatos, instrumentos, máquinas, maquinaria... así como de sus accesorios, suministros y repuestos”. El de MT GMBH, sociedad extranjera, con domicilio principal en Im Langacher 448606, Greifensee, Suiza, es “desarrollar, fabricar, vender y proveer servicios de balanzas de precisión y analíticas, balanzas industriales y minoristas y otros sistemas de peso, así como instrumentos para medición analítica y control de procesos periferales, y accesorios y componentes de los mismos”. Que desde el 1 de enero de 1969 “tomó la representación como agente comercial exclusivo” de los productos de Mettler para Colombia y que después se suscribió un documento, el 12 de junio de 2000 por la actora y el 27 de abril de 2000 por la demandada, aunque no aparece la firma, “bajo las leyes” de Suiza, denominado “distribución” para “unificar los formatos de contrato en todo



el mundo”, pero la relación “continuó siendo exactamente la misma” sin “variación en la estructura operativa, económica, comercial ni logística”; sin embargo, el 15 de diciembre de 2015 le informaron que “en atención a lo establecido en la cláusula 12.2... solo atenderían sus órdenes de pedido... pagadas previamente en su totalidad” y que “a partir de la fecha procesarían pedidos a través de otros canales de distribución”.

Sobre su “gestión como agente” dijo que desde el inicio “promovió, acreditó y explotó los negocios” de Mettler, dedicando “todo su esfuerzo y conocimiento” en tres categorías: laboratorio, industrial y acces. Administrativamente se organizó cumpliendo los requerimientos de la contratante y en los años 2000 a 2015 cerró ventas por “un valor estimado de COP\$101 518 663 396, siendo la línea de negocios más representativa alcanzando “el 70% de sus ingresos operacionales”, e invirtió constantemente en la capacitación de sus “directivos, técnicos y vendedores”, así que, en el punto máximo de ejecución del contrato sumaban 132 empleados. Conformó una base de datos denominada “contactos-clientes VX”, fruto del trabajo de “apertura, explotación y conservación del mercado”. Entre julio de 2012 y junio 15 de 2016, realizó un total de 17 313 operaciones comerciales con los productos de MT, en varios municipios del territorio colombiano.

Continuó con los “aspectos relevantes de la celebración y ejecución”, afirmando que las empresas del grupo MT expidieron varias certificaciones que fueron inscritas en el libro XII de anotaciones del Registro Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá, (números 5240 del 21 de noviembre de 1980, 15329 del 8 de junio de 1998) y muchas otras emitidas en los años 2010, 2013 y 2015, en las que consta que Vansolix es el “único distribuidor autorizado”. Con posterioridad al año 2000 implementaron el “mecanismo de venta directa, donde actuaba METTLER TOLEDO como vendedor y el cliente/consumidor final como comprador”,



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

pero “percibía normalmente su retribución, como margen de ganancia, que le eran reconocidas por la demandada en forma de notas crédito”.

Pasó a señalar los hechos del “aviso de terminación” destacando que “MT decidió terminar la relación contractual... a partir del día 15 de junio 2016”, en la que listaba las compañías que se denominaban “Mettler Toledo”, dando “aplicación de la cláusula 16.1 del contrato de ‘Suministro’ suscrito en abril 27 de 2000” y el artículo 977 del Código de Comercio. A continuación, se “negó a proveer los insumos necesarios” para que Vansolix atendiera “los servicios de reparación y solución de daños (garantías + servicios postventa)”, informándole, el 15 de marzo de 2016, que “los insumos los deberá adquirir de los nuevos distribuidores, a precio y condiciones de mercado”.

Finalizó con los de “causación de la prestación a favor del agente y mora en su pago” recalcando que en los últimos tres años del contrato realizó ventas de productos MT por valor de \$28 293 014 851 y Vansolix obtuvo de ellas una utilidad por \$12 216 401 297. Que “depuradas las cuentas, acorde a las técnicas internacionalmente aprobadas, las cifras base y el cálculo de la cesantía mercantil” es el siguiente:

Factores del Cálculo	Cifra
UTILIDAD TOTAL ULTIMOS TRES AÑOS	\$7.962.555.572
UTILIDAD PROMEDIO ULTIMOS TRES AÑOS	\$2.654.185.191
DOCEAVA PARTE DEL PROMEDIO	\$221.182.099
AÑOS DE CONTRATO Enero 1 de 1969 a Junio 15 de 2016	47,4548
CESANTÍA SERÍA IGUAL A	47,4548 x \$221.182.099
TOTAL CESANTIA MERCANTIL pesos colombianos	\$10.496.151.071



La cual debía pagarse a la finalización del contrato, es decir, desde el 16 de junio de 2016, luego, a partir del día siguiente la demandada le debe los intereses moratorios.

3. El 9 de febrero de 2018 se admitió la demanda². La convocada la contestó el 14 de agosto de ese año y propuso las excepciones denominadas inexistencia de agencia comercial y de la obligación de pagar cesantía comercial, cesión del contrato de distribución y falta de legitimación en la causa por pasiva, contrato no cumplido y la genérica. A su vez, objetó el juramento estimatorio³.

4. El 18 de diciembre se ordenó vincular como litisconsorte necesario de la parte demandada a Mettler Toledo Sales International GMBH (MTSI GMBH o MTSI)⁴. Esta se notificó personalmente y coadyuvó las excepciones propuestas por la demandada⁵. A su vez, formuló reconvención en contra de Vansolix.

4.1. En la contra demanda subsanada⁶ pidió declarar que **(i)** entre la reconvenida y MT GMBH suscribieron un contrato de distribución el 14 de julio de 2000; **(ii)** MT GMBH lo cedió a MTSI y notificó a Vansolix; **(iii)** esta “incumplió sus obligaciones... frente a MTSI”; **(iv)** el convenio terminó “a partir el 15 de junio de 2016 por expiración del plazo, luego del preaviso”; **(v)** Vansolix “es responsable de los perjuicios generados a MTSI”; **(vi)** “incurrió en uso indebido de la marca Mettler Toledo” y en “actos de competencia desleal”. En consecuencia, pidió que se le condene **(vii)** a pagarle una indemnización por “daño emergente y lucro cesante” de US\$221 863; **(viii)** abstenerse de “seguir presentándose como distribuidor autorizado” de MTSI; **(ix)** la “corrección

² Archivo 005AutoAdmite, Carpeta CuadernoUno.

³ Págs. 91 a la 115, Archivo 033ContestaciónDemanda, Carpeta CuadernoUno.

⁴ Archivo 017Auto, Carpeta CuadernoUno.

⁵ Pág. 562, Archivo 032AnexosConstestación.

⁶ Archivo 06Subsanación, Carpeta CuadernoDos.



monetaria" hasta la sentencia y los intereses moratorios "a partir del plazo... para el pago"; **(x)** los "de facturas vencidas durante la vigencia y ejecución del contrato"; **(xi)** costas y agencias en derecho.

4.2. Como sustento narró los hechos "relativos a la suscripción del contrato" diciendo que el del 14 de julio de 2000, "fue de suministro e importación de productos" de MT, "para su posterior distribución y reventa". La demandada en reconvención incumplió varias obligaciones contempladas en los numerales 6.1., 6.5., 6.7., 6.8., 6.9. y 6.10., 6.11., 6.12., 9, 12, relacionadas con la salvaguarda de los intereses de MT, la promoción, los reportes, el personal empleado, el entrenamiento, inventarios y equipos de demostración, inventario de repuestos, servicio, metas de ventas, términos de pago, entre otras.

MT GMBH cedió su posición contractual a MTSI el 14 de octubre de 2013, actuación notificada a Vansolix el 13 de septiembre; el 22 de noviembre siguiente, suscribieron un "contrato modificador" denominado "términos suplementarios de distribución", variando "los acuerdos contenidos en el contrato de distribución" y desde "la cesión hasta la terminación" la relación comercial se "rigió en su totalidad" por estos dos acuerdos.

Sobre los "incumplimientos de Vansolix" mencionó que desde el 8 de julio de 2015 MTSI empezó a enviar comunicaciones sobre la "mora en el pago de facturas por US\$251 000 y cómo "habían aumentado", que tenía disposición de "recibir un acuerdo de pagos" pero la reconvenida informó una "situación de iliquidez que no le permitía aceptar el plan de pago propuesto". Por la mora reiterada MTSI le comunicó que restringiría los despachos al "75% del valor del pago recibido", después al 40% y el 11 de diciembre de 2015, según la cláusula 12.2 del contrato, le informó que "solo atenderían órdenes de pedido



siempre y cuando hubiesen sido pagadas previamente en su totalidad y no hubiere saldos pendientes” pues la deuda subió a US\$506 430, todo lo que evidenciaba “el deterioro de la situación financiera”, la mora en el pago y “en la prestación de los servicios de post-venta, atención de garantías, cumplimiento de metas, entrenamiento de personal, mantenimiento de inventarios y aseguramiento de calidad, entre otros muchos”. También enviaba “estados de cuenta... de la deuda acumulada”.

Así mismo, empezó a tener llamados de otras compañías colombianas que compraban a Vansolix, informando que “no recibían atención oportuna y necesaria, tanto en gestión de ventas como en servicio de postventas y garantías”, generando “que la empresa y la marca sufriera descrédito en el mercado y perdiera participación frente a competidores”, mencionando varias comunicaciones del año 2015 en ese sentido. Otras quejas por desmejora o cancelación de servicios en el 2015, quedando al descubierto “las gravísimas deficiencias... en la atención de pedidos de sus clientes y la prestación de los servicios... y los enormes perjuicios que sufrió”. Como esta situación llevó a “una incapacidad de pagar a tiempo”, volvió a referirse a las comunicaciones que le enviaba “notificando... de sus obligaciones pendientes y en mora”, desde septiembre de 2015 hasta agosto de 2016.

En lo relativo a la “terminación del contrato” dijo que MTSI no lo hizo “con efecto inmediato en aplicación de la cláusula 16.3, sino que optó por dar un preaviso de seis meses, según la cláusula 16.1.” para que finalizara por “expiración de plazo pactado” y “continuó su ejecución” durante ese término, y aún después, poniendo a disposición “los productos necesarios para el cumplimiento de garantías o para el servicio de postventa para productos que se hubiesen vendido”. Ultimó refiriéndose al “uso indebido de la marca” por seguir “presentándose como distribuidor de productos Mettler Toledo”, violando la cláusula 14.2



del contrato, creando confusión en el mercado e incurriendo en actos de competencia desleal.

4.3. El 9 de agosto de 2019 se admitió la mutua petición⁷. Vansolix excepcionó “la demandante en reconvención actúa contra su propio acto al calificar los retrasos... como mora en incumplimiento de manera ex post”, “inexistencia de los elementos habilitantes para efectos de que proceda la responsabilidad civil contractual pedida”, “no continuó usando la marca de MTSI, sino que refiere su propia experiencia”. También objetó el juramento estimatorio⁸.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez *a quo* analizó la demanda diciendo que “se tomaron dos acciones diferentes”, una primera principal “de nulidad” del acuerdo de distribución pues no surte efectos en Colombia y, subsidiaria, “porque las cláusulas... tendientes a desconocer el contrato realidad de agencia comercial deben tenerse por no escritas” o “que nunca hubo pérdida de los elementos esenciales de agencia”. Y como en la pretensión, enfatizó “que el pacto fue sometido a la ley de la República de Suiza” e invocó el artículo 869 del C. de Co., entendió que era por objeto ilícito, en los términos del artículo 6º y 1519 del C.C. y el numeral 1º del 899 del C. de Co. Sin embargo, consideró que no es nulo absolutamente y que los artículos 902 a 904 del C. de Co., admiten la nulidad parcial, salvo cuando en esa situación se demuestre que las partes no habían querido de ninguna manera celebrarlo.

En este caso, “ninguno de ellos reniega del negocio jurídico celebrado... solamente hay controversia del tipo de pacto existente”. Entonces, aún con las cláusulas 24 denominada “adherencia a las leyes

⁷ Archivo 07AutoAdmite, Carpeta CuadernoDos.

⁸ Archivo 08ContestaciónDemanda, Carpeta CuadernoDos.



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

suizas', la 26.1 'ley aplicable', que remite a esa normatividad y la 26.2 'jurisdicción', foro para la decisión Greifensee Suiza, "es claro que todas las partes... sí hubieran celebrado y ejecutado el contrato"; las dos primeras "tienen problemas de eficacia probatoria", la 26.2 es nula en Colombia por cuanto el artículo 1519 mencionado, prohíbe "prometer someterse a una jurisdicción extranjera". Y el artículo 1328 del C. de Co., invocado para la agencia comercial, "solo deja sin efecto legal la promesa de someter este pacto a una legislación diferente a la colombiana". En todo caso, si se declararan nulas las tres cláusulas referidas la demanda principal debe negarse porque "el acuerdo de distribución suscrito... sí surte efectos y es válido en Colombia".

Sobre la segunda principal "para que se determine... que desde el 1 de enero de 1969 y el 15 de junio de 2016 realmente existió la agencia" y como consecuencia se pague la cesantía comercial, indicó que la súplica "se desdobra en dos tipos de acciones", una declarativa, la existencia de un convenio, "opción que ocurre cuando no existe ningún pacto celebrado", otra de "prevalencia" si existiendo el contrato, se pide declarar que no fue tal, sino de agencia mercantil. La primera se buscó respecto de la relación comercial existente desde enero de 1969 hasta el 15 de junio de 2016, sin solución de continuidad, la segunda se pretendió a partir del negocio celebrado en abril del 2000.

Dicho esto, afirmó que la ausencia de un documento (art. 225 del C.G.P.) es un indicio grave sobre la inexistencia del contrato porque "el derecho procesal colombiano le da una relevancia mayor a los documentos que a las declaraciones de testigos"; además, por ser "un negocio comercial entre dos empresas que no aparece sean o hayan sido familiares" o que "haya habido una gran confianza entre las partes", no se puede "justificar la omisión de un acuerdo escrito".



Resaltó que la relación se desarrolló en 3 momentos: uno entre 1969 y 1997 de Vansolix con Mettler Instrumente AG; otro entre 1997 y 2013 con MT GMBH y el final del año 2013 al año 2016, con MTSI GMBH por la cesión que se hizo; pero en ninguno encontró la relación de agencia. Para el primero dijo que aparte de las certificaciones de 1989 y 1980, “ni se sabe, ni tampoco se acreditó la forma en que se realizaron esas labores, o si se llevaron a cabo, o cómo”, o “que recibiera pagos por la sola gestión de negocios que no por la celebración de ventas efectivas”, ni prueba de “cómo se dio la transición entre la empresa inicial y las ahora existentes”, o que el mismo acuerdo fuera refrendado por las otras. En el segundo existen certificaciones mencionando a la demandante como agente comercial, el acuerdo de distribución suscrito en el mes de abril del año 2000, pero “al sumar los documentos... con las declaraciones de los testigos y de las partes no hay duda alguna de... una relación contractual en los términos que se decantaron en el acuerdo de distribución”, porque Vansolix se comprometía “a comprar un grupo específico de productos de MT GMBH y revenderlos por su propia cuenta, conforme a un plan anual de negocios” y otras como tener un grupo de colaboradores comerciales y técnicos, ofrecer un adecuado servicio post venta; además, la demandada no era la única beneficiada, sino que “la clientela era compartida... Tal era el nivel de colaboración que ambas recibían frutos de su labor conjunta”. Y para el periodo final con MTSI “se pueden extrapolar las conclusiones que se tuvieron para la fase anterior” pues al revisar el dictamen aportado por la demandante “lo único que hace es confirmar... que no había un negocio de agencia mercantil, por cuanto... la obligación principal pagada a Vasolix no era la de procurar negocios sino la de hacer una compra para la reventa mínimo anual”, punto documentado con la facturación aportada. Y los testimonios acreditan que “ambas partes indicaron haber sufrido mella en sus respectivos negocios por el rompimiento del contrato”, conclusión que sirve para “derrumbar el resto de la acción primera principal, es decir la



posible nulidad parcial de las cláusulas 24. y 26.1". Bajo esa argumentación negó todas las pretensiones.

Lo mismo hizo respecto de la reconvenición. Después de referirse a los artículos 1546 del C.C., 870 C. de Co., y a los requisitos para pedir la indemnización judicial por incumplimiento de un contrato, indicó "que no hubo ningún esfuerzo probatorio" por parte de MTSI, pues con salvedad de "suministrar los productos que le fueran pedidos... dentro de un plazo razonable", acreditada con la facturación de ambas empresas; no aparece entre 2013 y 2016 que hizo la formación y entrenamiento del personal de la reconvenida, ni que se le haya proveído de todo el material técnico y comercial necesario para el desarrollo de sus funciones ni el suministro de repuestos de los productos. "De hecho, buena parte de los esfuerzos probatorios... estuvieron dirigidos a mostrar a Vansolix como un contratante incumplido, pero ninguno de ellos a demostrar que la reconviniente hubiere acatado la totalidad del pacto firmado".

De acuerdo con toda la exposición, el *a quo* declaró que (i) entre Vansolix S.A. y MT GMBH existió, desde el 31 de enero de 1997 (teniendo en cuenta la fecha de fundación de esta última sociedad) y el 14 de octubre de 2013 (fecha de cesión a MTSI GMBH), un contrato denominado 'Acuerdo de Distribución'; (ii) la posición contractual de Mettler Toledo GMBH en dicho pacto fue cedido a Mattler Toledo Sales International GMBH, desde el 14 de octubre de 2013; (iii) el acuerdo finalizó desde el 15 de junio de 2016, por decisión unilateral de esta sociedad; (iv) dicho convenio innominado, no era de agencia mercantil; (v) la nulidad absoluta de la cláusula 26.2, nominada Jurisdicción, del Acuerdo de Distribución. En todo lo demás el contrato es válido; como (vi) y (vii) negó las demás pretensiones, principales y subsidiarias, de la demanda inicial y la totalidad de las pretensiones de la reconvenición.



LOS RECURSOS DE APELACIÓN

1. Vansolix agrupó sus desacuerdos con la sentencia así:

a) La decisión relativa al documento 'contrato de distribución' porque: (i) la demanda no "estableció" pretensiones principales y subsidiarias. Luego, lo correcto era "analizar el periodo de tiempo entre el primero de enero de 1969 y el mes de abril de 2000", para establecer si había existido un contrato de agencia comercial, pero el juzgado lo hizo a la inversa, "aisló el contrato de distribución de la relación previa" sin estudiar la conducta de las partes durante los 32 años anteriores; (ii) nunca se solicitó la nulidad del contrato de distribución porque el foro de este negocio es Suiza, no podría pronunciarse el juez nacional sobre sus condiciones de existencia y de validez con el artículo 1519 del C.C. porque se contradice con el 869 del C. de Co. que "está excluyendo la ley extranjera" por la "protección territorial de los contratos ejecutados en Colombia", luego los actos de Vasolix no pueden estar regulados por el de distribución celebrado en el exterior, "no irrumpieron nuevas normas a regular la relación contractual" previa que venían ejecutando.

b) La "negativa a reconocer la existencia del contrato de agencia mercantil": Listando las pruebas documentales, testimoniales e interrogatorios, "que no fueron tenidas en cuenta en la decisión" y reprochando las consideraciones sobre el artículo 225 del C.G.P. por darle preferencia a la documental sobre la testimonial, desconociendo el artículo 4º del C. de Co., que consagra el principio de consensualidad. Todas ellas hacen "plena prueba del contrato de agencia comercial" y "un indicio muy poderoso" de la promoción y explotación del "negocio constituido por las marcas, productos y servicios de Mettle Toledo", insistiendo en una "evaluación en contexto".



c) La “demeritación del tipo contractual por existir una operación de compra para la reventa”: Porque “la distribución es una de las modalidades de la agencia”, que admite la compra por el agente para colocar los productos en el mercado, conforme lo señala el artículo 1317 del C. de Co., la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 28 de febrero de 2005, en el caso Jomar vs Búfalo, y algunos doctrinantes.

d) “Demeritarse el tipo contractual” según la interpretación que se le dio a la expresión “promoción y explotación en favor de”, porque: (i) en la agencia comercial el único beneficiado no debe ser el empresario, el agente también puede obtener beneficio; (ii) rechazó la afirmación de que Vansolix no buscaba negocios para el principal y no los promovía en beneficio de este, por resultar contraevidente con lo que se acreditó; y (iii) aplicó parcialmente el artículo 1322 del C. de Co., al reprochar que la demandante no hubiera probado que tenía derecho a remuneración aunque los negocios no se hubieran llevado a cabo.

e) “la falta de continuidad en las personas jurídicas y en la existencia de la cesión del contrato de distribución, o en todo caso conservación de los efectos del contrato y de su terminación: (i) se desconoció la prueba documental que da cuenta que el contratante empresario fue uno solo, independientemente de la fusión de Mettler con Toledo y del cambio de tipo societario; (ii) dio por cedido el contrato sin reparar que la cesión se regiría por las leyes suizas y, de haber operado, el agente nunca ha liberado de responsabilidad al supuesto cedente; (iii) el contrato de distribución prohíbe la cesión de obligaciones. La supuesta cesionaria no podía asumir las obligaciones de MT GMBH, por lo que nunca dejó de ser la deudora de Vansolix; (iv) el comunicado a socios del 13 de septiembre de 2013 no proviene del cedente, sino del cesionario, tampoco se dirige a Vansolix, que no fue socio de esa empresa; sin embargo, de



encontrarse probada la cesión MTSI GMBH es responsable del pago de la cesantía comercial.

2. MTSI GMBH sustentó los siguientes reparos: a) quien reclama el incumplimiento contractual no debe demostrar necesariamente el cumplimiento suyo; si el demandado lo considera oportuno, puede oponer la excepción de contrato no cumplido y, para que prospere su defensa, deberá demostrar tal circunstancia; b) el único incumplimiento que alegó Vansolix, fue el supuesto no pago de la cesantía comercial, cargo desvirtuado por el *a quo* al encontrar que no hubo agencia comercial; luego, la funcionaria reconoció oficiosamente una excepción que no estaba propuesta; c) la apelante sí demostró haber cumplido con las obligaciones pactadas en el contrato de distribución; y d) las pretensiones de la demanda de reconvención son procedentes, pues se acreditó la existencia de un contrato válido, la desatención culposa de una o más obligaciones nacidas de él por la reconvención y que se causó un perjuicio.

CONSIDERACIONES

1. Por no encontrarse causal que invalide lo actuado, la decisión será de fondo y teniendo en cuenta que, amparada por el artículo 328 del C.G.P., la Sala tiene plena competencia para pronunciarse sin limitación alguna.

2. Con tal propósito, se procederá de la siguiente manera: se iniciará por definir y establecer las características de los contratos de agencia comercial y de distribución. De acuerdo con las pruebas arrimadas al proceso, se abordarán los reparos de Vasolix para determinar cuál fue la relación contractual prevalente entre las partes desde el año 1969, estudiando también el acuerdo de distribución suscrito



y su validez, oportunidad en la que se tocará lo alegado respecto de la cesión de ese negocio. En seguida, se estudiarán los reparos de la demandante en reconvención.

2.1. Del contrato de agencia comercial.

Según el artículo 1317 del C. de Co. la agencia comercial es el negocio por medio del cual, *“un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos”*. Esta figura se caracteriza, según doctrina y jurisprudencia, principalmente, por a) La independencia en la actividad del agente y su estabilidad, porque *“desarrolla su actividad por cuenta ajena, por medio de una empresa propia”*⁹; sin que esto suponga que el agente deba obrar prescindiendo de las instrucciones, pautas, criterios o directrices que le imparta el empresario, toda vez que la independencia de la que trata la norma excluye la subordinación propia de una relación laboral; b) La estabilidad, en tanto *“el agenciado aspira a que el agente desarrolle el encargo, no esporádica, ni ocasionalmente, sino en forma continua y sucesiva...”*; c) El encargo de promover o explotar negocios, en tanto el agente tiene *“el deber de esforzarse en promover el negocio encomendado, no solo conquistando nuevos clientes sino logrando que los existentes concluyan más negocios; por lo que debe estar en todas las situaciones que ofrezcan oportunidades de negocio”*¹⁰; d) La actuación del agente por cuenta del empresario, pues así sea que busque solo promocionar o, a su vez, explotar los negocios, el resultado de su gestión debe estar dirigido a favorecer los intereses económicos del agenciado; y e) Remuneración a favor del agente en contraprestación de la actividad que desarrolla (art. 1322 del C. de Co.).

⁹ Peña Nossa, Lisandro, Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales, Pág. 428.

¹⁰ Idem, Pág. 431.



En palabras de la Corte Suprema de Justicia, la definición del artículo 1317 del C. Co., *“contiene los caracteres que hacen diferente esa forma de colaboración empresarial de otras afines. La independencia, la permanencia y el encargo, son algunos de sus elementos definitorios. Supone un agente dueño de una empresa organizada distinta a la del agenciado porque corresponde a una modalidad de colaboración empresarial de entes independientes debidamente organizados. En el manejo de una y otra industria, por tanto, no puede haber interferencias recíprocas de ninguna índole, apenas los vincula el encargo con vocación de permanencia, de allí la otra nota definitoria de la estabilidad. Esa ha sido la posición de la Corte. En el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente (...) al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro. Esto explica... la exigencia de la estabilidad de la relación contractual, así como la independencia o autonomía del agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado (...) el desempeño de esa labor”*¹¹. Sobre el último elemento, dijo la Corporación, *“(...) Según el canon 1324, ibídem, la remuneración del agente se deriva de la «comisión, regalía o utilidad» pactada; y de acuerdo con al precepto 1322, ejúsdem, siempre estará a cargo del empresario, así éste ejecute en forma directa el negocio en el territorio asignado o resulte fallido por un hecho suyo, o desistido de común acuerdo (...)”*¹².

En síntesis, la agencia comercial (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige autónomamente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar los negocios de un empresario en un territorio determinado; iv) la intervención del agenciado en la ejecución del encargo encomendado es apenas natural; v) el desempeño de la labor exige permanencia y estabilidad; y (v) el gestor tiene derecho a una remuneración¹³.

¹¹ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1286), citada recientemente en SC 2498 del 23 de junio de 2021.

¹² STC 300 del 27 de enero de 2021.

¹³ CSJ. SC3645-2019 de 9 de septiembre de 2019, exp. 15001-31-03-001-2009-00236-01, citada en STC300 del 27 de enero de 2021.



2.2. Del contrato de distribución.

El contrato de distribución es uno de los conocidos como atípicos o no regulados en la legislación positiva, pero implica *“una concesión de venta, donde el fabricante o productor se obliga a permitir al distribuidor la reventa de sus productos a consumidores finales; un acuerdo de compra, donde el distribuidor se obliga a adquirir los productos especificados en el contrato, durante el término de su duración; y un acuerdo de suministro, donde se obliga al fabricante o productor a suministrar los pedidos realizados durante la vigencia de contrato”*¹⁴.

2.3. La diferencia entre uno y otro negocio.

En criterio de la precitada Corporación, *“frente a la distribución, la agencia comercial se distinguen en que (i) la venta de la mercadería ajena, hecha por el agente, se hace por cuenta del principal, apoyada en el mandato, mientras el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, facturándole al cliente y lucrándose con la diferencia; (ii) en punto a sus finalidades, el de agencia busca procurar al proponente un resultado derivado de la actuación del agente, en tanto la distribución halla por objeto que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela; (iii) la forma de actuación de los auxiliares independientes difiere por cuanto el agente no adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene, cosa que sí acontece en la distribución» (...)*¹⁵. En otra decisión, agregó las siguientes: *“(i) La agencia predica exclusividad a favor del agente; en el suministro no. (ii) En la agencia se obra por cuenta ajena; en el suministro a nombre propio”*¹⁶.

¹⁴ Peña Nossa, Lisandro, Contratos Empresariales Nacionales e Internacionales, Pág. 495.

¹⁵ CSJ. SC 3645 de 9 de septiembre de 2019, también en la SC 2407 de 21 de julio de 2020.

¹⁶ CSJ SC Sentencia de 15 de diciembre de 2006., citada en CS 2498 del 23 de junio de 2021.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

El actor, en su recurso, cuestionó la primera distinción, citando a José Ignacio Narváez, porque “la compra para la reventa configura agencia comercial cuando el agente se hace cargo de la promoción de una clientela, así como de la gestión encaminada a su preservación”, reconociendo que la “distribución es una de las modalidades de la agencia” y, con referencia a la sentencia 28 de febrero de 2005, bajo radicado 7504, pues la Corte “centra su posición en el concepto de conquista de mercados... pues resultaría indiferente que los productos que van a ser colocados en el mercado hayan sido adquiridos previamente por el agente”, de manera que “lo fundamental es que la promoción que se realice ha de beneficiar primordialmente al agenciado, así en la operación concreta el distribuidor actúe por cuenta propia”, Sin embargo, siendo cierto que el derecho privado “da prevalencia a lo que el contrato es, sobre lo que las partes dicen que sea” y que el énfasis se ha hecho ahora en la *“promoción y explotación de negocios ajenos, procurando por esa vía la progresión del mercado del empresario”, que “la tarea del agente está orientada a acreditar una marca, conquistar una clientela y ampliar las oportunidades de venta de los bienes o servicios que provea el agenciado”*¹⁷, como otros negocios de intermediación también implican la promoción de bienes y servicios, lo relevante para la agencia es que sea con la finalidad indicada que, de la forma como lo ha ejemplificado la Corte, es *“a través de un conjunto de actividades –v.gr. elaboración de bases de datos de clientes, estudio de las condiciones del mercado, confección de piezas publicitarias, programación de jornadas de demostración, atención en la posventa, etc.– que pueden ubicarse en la fase de preparación del negocio (promoción), o en la de su perfeccionamiento (explotación), pero que siempre persiguen ganar un mercado para el empresario”*¹⁸. Por eso mismo cabe la precisión de que *“la agencia mercantil no tiene como única finalidad que el agente conquiste nuevos sectores económicos; y es que, conforme al artículo 1317 del Código de Comercio, su objeto es comprensivo de las actividades de promoción y*

¹⁷ CSJ. SC 2407 del 21 de julio de 2020

¹⁸ Ib.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.

Sala Civil

explotación, incluyendo la apertura de mercados, el mantenimiento de los existentes o la reconquista de los que se encuentran en decadencia, siempre que se efectúen por cuenta y riesgo del agenciado”¹⁹.

Entonces, aunque la esencialidad de la compra para reventa, pueda ser discutida como elemento definitorio entre la distribución y la agencia a la hora de recomponer el análisis de la función económica del segundo contrato, es claro que si el beneficio que obtiene el empresario es la diferencia o margen entre el precio en el que compró y aquel en el que vendió los mismos bienes, tal ejercicio no constituye remuneración porque *“la comisión debe concebirse como cualquier rubro que perciba el agente en retribución por la actividad de promocionar o explotar negocios de terceros”* y *“lo importante es que tenga el alcance de remunerar las actividades que el agente realiza por cuenta y a nombre de un empresario bien mediante el pago de una cantidad fija o variable, ora representada en un porcentaje de las utilidades o regalías del negocio, ya combinando una y otra forma”²⁰.*

Con estas premisas se adentra la Sala en el escrutinio de los reparos sobre la naturaleza de la relación de la demandante con las demandadas.

2.4. De la relación mercantil existente entre las partes.

Discutió Vansolix la forma en que la juez *a quo* estudió el trato comercial teniendo en cuenta las diferentes personas jurídicas con las que se ejecutó, iniciando por la que mantuvo con MT AG, entre 1969 y 1997, aquella prevalente con MT GMBH, en atención a su fecha de transformación -aunque se indicó de fundación-; y por último, la

¹⁹ CSJ. SC 4858 del 7 de diciembre de 2020

²⁰ CSJ. SC3645 del 9 de septiembre de 2019, citada en la SC 2407 del 21 de julio de 2020.



mantenida con MTSI GMBH, a raíz de la cesión del acuerdo de distribución el 14 de octubre de 2013.

La metodología utilizada por la funcionaria sólo genera un reparo si se tiene en cuenta que, tal como lo advirtió ella en su providencia, con vista en el documento denominado Registro Mercantil del Cantón de Zurich²¹, Mettler Toledo AG se transformó en MT GMBH para el 31 de enero de 1997; luego, no fue acertado considerarla como una persona jurídica diferente, ni tomar este momento como un hito para escindir la relación comercial, dado que se trató de un cambio de denominación, pero no se constituyó otra nueva o diferente de la que venía siendo, porque "la circunstancia de haberse modificado el nombre de la sociedad, no desvirtúa el hecho de corresponder a una misma persona jurídica"²². Diferente sucede con MTSI GMBH, en cuyo Registro Mercantil aparece que fue creada desde el 31 de mayo de 2013²³.

Con todo, aunque eso se hubiera hecho así, no le asiste razón a Vansolix cuando afirmó que la juez no estudió "la conducta de las partes durante los 32 años anteriores a la suscripción del contrato", pues la funcionaria si realizó tal ejercicio, encontrando que, previamente a la celebración de ese convenio, no hay mayor prueba de la vinculación comercial reclamada por esa sociedad, ya frente a MT AG o MT GMBH, en lo que coincide la Sala, aún cambiando el abordaje de la situación como propone el apoderado recurrente, según pasa a verse.

La demandante reclamó un análisis en contexto a partir de dos momentos: uno antes y otro después del contrato de distribución, pero poniendo primacía en la relación que inició el 1 de enero de 1969 porque desde aquel momento ha "existido un contrato de agencia

²¹ Págs. 11 y 12, Archivo 002Anexos Carpeta CuadernoUno.

²² Exp. No. 7504; 6 de julio de 2007.

²³ Archivo sept 21 (1), Subarpeta 057CDAnexosFL.1113, Carpeta CuadernoUno.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

comercial, y así poder entrar a emitir juicio sobre lo que el... 'contrato de distribución' significaba frente a esa relación sostenida", es decir, sin aislarlo "de la relación previa". Y afirmó, de manera contundente, que siempre ha actuado como agente, sin variación alguna, porque "no existió solución de continuidad en la ejecución... ni tampoco cambio en su estructura administrativa, operativa ni económica".

2.4.1. La relación desde enero de 1969 hasta septiembre de 1999.

Pretendió acreditar su vínculo desde 1969, a partir del documento expedido por Mettler Instrumente AG, del 24 de septiembre de 1980, que señaló a la compañía colombiana como "*representante y distribuidor exclusivo*", registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá el 11 de enero de 1995²⁴, otro del 3 de octubre de 1989, en la que dijo: "*nos permitimos certificar que la firma Walter Roethlisberger & Co. Ltda., es nuestro agente, representante y distribuidor exclusivo para Colombia desde el 1º de enero de 1969. Esta representación se encuentra vigente y no se le hará modificación alguna en los próximos dos años. Los productos de nuestra fabricación son: a) Balanzas analíticas y de precisión. b) Instrumentos para medir y regular temperatura. Instrumentos termoanalíticos, Aparatos de tirtración (sic) automática. c) Accesorios para lo anterior*"²⁵; a su vez, con la comunicación del 24 de abril de 1998 de MT GMBH, a nombre de Walter Roethlisberger & Co. Ltda., donde certificó que "*nuestra compañía ha nombrado como su agente y representante exclusivo para los siguientes productos: Balanzas de Laboratorio e Industriales analíticos de laboratorio...el periodo de este certificado es indefinido... el territorio cubierto por este... es la República de Colombia*" y aquella sociedad "*está obligada a promover el negocio que constituye la razón social de Mettler-Toledo GMBH, como su agente y representante autorizado y distribuidor de los siguientes elementos e instrumentos que produce y comercializa... además de las funciones que le*

²⁴ Pág. 88 a 91, Archivo 002Anexos, Carpeta CuadernoUno

²⁵ Pág. 56 y 57, Ib..



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

correspondan de acuerdo al código comercial colombiano”, registrada el 8 de junio de 1998, bajo el número 00015329, del Libro XII de Cámara de Comercio de Bogotá, como “CELEBRO CONTRATO DE AGENCIA A FAVOR DE METTLER TOLEDO GMBH” ²⁶.

Luego, si esos documentos provienen de la demandada, comprueban con suficiencia que durante esa época el acuerdo de las partes en verdad configuró una agencia mercantil, pues le dio el encargo de promover y explotar negocios de MT AG o MT GMBH, de conquistar o ampliar el mercado en su favor, que por sus propias expresiones cumple con las características explicadas previamente. Y aunque en el plenario no se encuentran otros papeles que evidencien cómo se desarrollaba el acuerdo mercantil de Vansolix o la forma en que ejercía la actividad certificada, o su interacción con las supuestas agenciadas, su relación con la clientela, ni otros detalles, no se podría negar que las tres certificaciones constituyen un principio de prueba por escrito “de las obligaciones originadas en contrato o convención” (art. 225 C.G.P.) que impide generar el indicio en contra de la existencia del respectivo acto o contrato; antes bien, dan cuenta del nombramiento de “un agente, representante y distribuidor exclusivo” y que el registro de dos de ellas se hizo siguiendo el artículo 1320 del C. de Co., aún más, si se atiende el efecto que ella produce frente a los terceros (art. 29 num. 4, ib.). No se afirma que el registro de una certificación sirva para predicar la prueba absoluta del contrato de agencia, como alegó la censura, pero sí contribuye a afianzar el indicio de su existencia por el reconocimiento público que de esa inscripción podían inferir los actores del mercado colombiano sobre el nombramiento de Vansolix como agente en el ramo de negocios que ejecutaba para Mettler.

²⁶ Págs. 60 a 66, ib.



Ahora, con la prueba testimonial recaudada de Jean Claude Alder, quien se desempeñó como Gerente de MTSI GMBH desde el 2013 hasta el 2017 y suscribió antes la certificación expedida el 3 de octubre de 1989, donde se refirió a los tratos comerciales mantenidos, afirmando que esta sociedad era su distribuidor, en tanto *"le vendían productos MT para ellos revender en Colombia"* y que *"la relación comercial con MTSI GMBH inició en el año 2013"* y duró hasta *"cuando empezaron las dificultades"*, no se logra desfigurar lo que ya había dicho en comunicaciones precedentes y menos borrar la existencia de la relación anterior al año 2013, dado que no resulta responsiva ni explicativa de la vinculación con MT, antes de transformarse en MT GMBH, pues al interrogársele por la certificación por él firmada y cómo se determinó que la relación venía desde el año 1969 indicó: *"Mettler Toledo era una parte que se llamaba Mettler después se juntó con Toledo... Mettler Toledo ha tenido relaciones desde ese momento"*, ni demerita la naturaleza de esa relación su afirmación de ser una carta que se daba a todos los distribuidores o que *"... era normal... no era un contrato, se daba certificando a quien interese... que la empresa tiene la autorización de ser nuestro distribuidor en Colombia"*.

Y es que la intención del declarante de atribuir a la sociedad actora la condición de distribuidor y venderle bajo esa denominación, no resulta consistente con la respuesta que dio al indagársele si había sido la demandante la firma que trajo los productos a Colombia ya que atestó: *"sí, ... no era nuestro interés ir por cuenta propia al país, por esa razón siempre buscamos distribuidores... así se empezó, nosotros trabajamos mundialmente con distribuidores, excepto en algunos países europeos o asiáticos, México y Brasil... nuestra relación siempre fue de comprador, vendedor..."*²⁷.

Para la Sala es más razonable la versión de Fritz Fernando Moser Zuelling, socio de Walter Rothlisberger & Co. Ltda., quien trabajó

²⁷ Mins. 45:00, 1:06:58, 1:20:25, 1:24:00 y 1:30:20, Archivo 074Audiencia373F20210122Continuación, Carpeta CuadernoUno



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

en la empresa por los años 70 hasta el cambio de razón social a Vansolix S.A., porque se ajusta mejor a la intención expuesta en las certificaciones expedidas por la demandada para el periodo en estudio, pues afirmó que “en el año 68 Mettler se acerca a nosotros para ofrecernos en el territorio colombiano la representación exclusiva”, por lo cual se registró en la Cámara de Comercio; y agregó que *“nosotros lo que teníamos que hacer era, precisamente, importar, promover y vender las balanzas que ellos fabricaban”*. Cuando se le interrogó sobre la actividad que hicieron para que MT fuera un actor en el mercado colombiano, manifestó que *“fue una marca que la introdujimos con mucho éxito en Colombia”* y que establecieron *“cinco sucursales en Barranquilla, Bucaramanga, Cali, Manizales y Medellín... fuera de la principal en Bogotá... teníamos a nuestros representantes de ventas especializados en las ramas... pudimos irradiar esa marca Mettler a nivel nacional”*. Al responder si la relación comercial existente para la época consistía en *“revender los productos en Colombia”*, afirmó, *“eso es correcto... teníamos una lista de precios de exportación... con base a esa lista nosotros hacíamos nuestros pedidos... teníamos la libertad, obviamente entre ciertos límites y hasta cierto margen, de manejar nuestros precios para poder... estar competitivos hacia terceros... [con] el costo unitario en pesos calculábamos un margen x y luego vendimos esas balanzas a nivel nacional”*²⁸.

En conclusión, las declaraciones opuestas entre sí, mencionadas por el abogado, analizadas en conjunto con el contenido de las certificaciones que voluntariamente entregó la demandada a Vansolix para acreditarla ante terceros como su autorizada para la introducción de los productos en el mercado y bajo el término ‘agente’, o la frase “distribuidor exclusivo” (art. 177 C.G.P.), no daba otra cosa a entender que se trataba de una agencia comercial, a pesar de implicar, también, la importación y distribución en el territorio de los productos que le compraba a la demandada. Las palabras usadas en estos documentos no

²⁸ Min. 49:40 y ss, 1: 18:33, Archivo AUDIENCIA ARTÍCULO 373 C.G.P., PROCESO 2017-00690 (TERCERA PARTE), subcarpeta 076DVAudiencia20210211.FL.1325, en la Carpeta CuadernoUno.



pueden considerarse inocuas o intrascendentes por la simple ausencia de un contrato formalizado por escrito o por la falta de otros medios probatorios que permitieran delinear el acuerdo celebrado con mayor precisión, si en realidad bastaba con la descripción que del encargo se hizo en ellos, iniciando por mencionar los productos que comprendía, agregando que el territorio cubierto sería la República de Colombia y continuando con indicar que aquella se obligaba a promover el negocio que constituye la razón social de Mettler-Toledo GMBH, y que además sus funciones son las que *"le correspondan de acuerdo al código comercial colombiano"*, si en este no está regulada la distribución sino la agencia. La defensa enraizada en la negación de la demandada, sin acompañamiento de otras pruebas, en lo que hace a esta etapa de la relación, no alcanza a desnaturalizar aquel vínculo comercial de la manera reclamada con apoyo en los escritos de la propia contraparte.

Este reconocimiento impone la modificación de la sentencia en cuanto dijo que el contrato innominado no fue -para esa época- de agencia.

2.4.2. La relación comercial desde el 1 de septiembre de 1999 en adelante.

Pero, así como la Sala llega a concluir que antes de septiembre del 1999 el trato entre las partes configuró una agencia comercial, a partir de las manifestaciones propias de MT y MT GMBH en su momento, también debe reconocer que con la firma del documento denominado "DISTRIBUTION AGREEMENT", las cosas sí cambiaron. Vansolix no discute que ese documento se suscribió, ni desconoció su texto, es más en el recurso insiste que no solicitó su nulidad, sino que se "dimensionara el efecto jurídico y práctico" de signarlo, ni siquiera rehusó que el contrato fuera realmente de distribución; revisada la demanda, en



resumen, lo que exigió, principalmente, es que se declarara que el Acuerdo de Distribución no tiene efectos en Colombia y, subsidiariamente, en su forma de apreciar el caso, que ese convenio no puede desconocer la agencia mercantil que venía desarrollando desde 1969, por lo que cualquiera de las previsiones en ese sentido “se tendrán por no escritas, conforme al inciso 2º del artículo 1328 del Código de Comercio”, o que por la forma posterior de ejecución del negocio no se perdieron los elementos esenciales de la agencia.

No obstante, el estudio que hizo el *a quo* sobre la validez del acuerdo no decae por los reparos formulados, pues no es transcendente que se firmara en distintas fechas -27 de abril por uno y 12 de junio de 2000 por otro-, o que faltara la rúbrica de la demandada en el que se aportó al proceso, ni que una parte lo hiciera en Bogotá, Colombia, y otra en Columbus, Ohio, o que la fecha de iniciación fuera anterior -1 de septiembre de 1999-, sino que se ejecutó en territorio nacional; luego, así se tratara de un negocio “celebrado” en el extranjero, por participar en él dos sociedades establecidas en diferentes países, o que en el presentado se dijera que “*estará sujeto a la ley de Suiza con la excepción de la Convención de Viena sobre venta Internacional de Bienes y las reglas sobre conflicto de leyes*” y que “*La jurisdicción será Greifensee Suiza*” (cláusula 26), o que el contrato de distribución es atípico en Colombia, eso no indica que sea inalcanzable por la jurisdicción colombiana pues las prestaciones cumplidas en el territorio deben analizarse a la luz de la normatividad nacional, como dispone el artículo 869 del C. de Co. En eso ha insistido el recurso, pero bajo el entendido de estar en ejecución un contrato de agencia que no puede regirse por la ley suiza. Sin embargo, aquí es claro que no se evalúa la relación contractual con otra ley ni otra jurisdicción; por eso en la primera instancia se analizó el contrato de distribución con apoyo en las normas civiles, comerciales y procesales aplicables, para determinar que no adolecía de nulidad, excepto por su



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

cláusula '26.2. Jurisdicción', dada la prohibición del artículo 1519 del C.C.; en lo demás, lo declaró válido.

Tampoco es un error "metodológico" fraccionar esta etapa en dos a partir del 14 de octubre de 2013, momento en que comunicó un acto de cesión del contrato suscrito, pues es un hecho cierto que no va encaminado a desdibujar la naturaleza de la relación, sea que se la entienda como pretende el demandante o de la forma que afirma el demandado. Otra es la discusión sobre si tuvo o no efectos, y si por ello cambió el sujeto obligado frente a Vansolix.

Lo que interesa es la interpretación y análisis del Acuerdo de Distribución. La actora, para acreditar que durante este periodo no fue tal sino de agencia comercial, dijo que seguía siendo la misma relación de antes sin ningún cambio. Aportó un "certificado de representación" emitido "a quien esto pueda interesar", el 25 de agosto de 2010, por MTSI GMBH, haciendo constar que *"es distribuidor oficial de Mettler-Toledo para productos de nuestras divisiones de laboratorio e industrial en Colombia. Por lo tanto, todas las ventas y soportes de dichos productos serán provistos solamente a través Vansolix S.A en dicho país... Así mismo, informamos también que el personal de ventas y servicio técnico ha sido entrenado debidamente por medio de cursos que dictamos regularmente"*; otro del 28 de mayo de 2013, dirigido a Nestlé de Colombia, en estos términos: *"mediante el presente documento certificamos que la compañía Vansolix S.A. es el único distribuidor autorizado de Mettler-Toledo en Colombia para la venta, comercialización, garantía y servicio post-venta"*; y el de fecha 9 de julio de 2013, "a quien corresponda", en general, con el mismo contenido de las anteriores²⁹.

Y para hacerlo con posterioridad a la comunicación de cesión, allegó "certificado de representación" expedido por MTSI GMBM, el 15 de enero de 2015 en el que hacen constar que *"la compañía Vansolix*

²⁹ Págs. 67 a la 69, 73 a la 75, Archivo 002Anexos, Carpeta CuadernoUno.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

S.A. es el único distribuidor autorizado de Mettler-Toledo en Colombia para la venta, comercialización, garantía, servicio post venta de básculas de camiones, y el único distribuidor autorizado para la venta de repuestos. Confirmamos que Vansolix S.A. tiene técnicos entrenados por METtler-Toledo para brindar soporte técnico post venta para todos los equipos y soluciones que suministran". Con similar texto, pero aludiendo a diferentes productos, se presentaron otras fechadas de febrero 26, mayo 18, junio 16 y 18, agosto 12, octubre 19, noviembre 5, 25 de 2015³⁰.

En ellas es palpable el cambio en las expresiones y en el tratamiento que se da a Vansolix, porque no aparece el término agente. Esta nueva presentación del negocio surge porque el contrato, que no desconoce haber firmado, señala como objetivo que la actora *"actúe como el Distribuidor de MT en el Territorio como se define adelante"* y en esa condición *"está interesad[a] en hacer de MT un proveedor de los productos acordados"*. En dicho escrito se pactó que *"el Distribuidor comprará y venderá en su propio nombre y a su propio riesgo y cuenta... actuará independientemente en sus negocios con MT, los clientes y distribuidores. En ningún caso el Distribuidor tendrá ninguna autorización para comprometer a MT de ninguna manera y ambas partes aceptan que mediante este Acuerdo no se intenta ninguna relación de Agencia"* (cláusula 2. Estatus del Distribuidor) y se estableció que *"con la asistencia de MT, el Distribuidor obtendrá cualquier licencia oficial, o certificación necesaria para distribuir los productos en el territorio por su propia cuenta... si la ley lo permite, las aprobaciones o certificaciones serán en nombre de MT"* (clausula 6.4. Licencias/aprobaciones).

Vansolix la justificó en la simple necesidad de Mettler de ajustar sus contratos a un modelo en todo el mundo, sin mirar que sí se introdujeron modificaciones sustanciales, principalmente, porque ya no actuaba por cuenta ajena.

³⁰ Págs. 76 a la 88, Archivo 002Anexos Carpeta CuadernoUno.



Como prueba testimonial mencionó en su sustentación a Thomas Stepke, gerente general de Vansolix entre septiembre del 2008 y diciembre de 2014, pero este testigo también afirmó que *"comprábamos los productos y los revendíamos"*; se le indagó cómo los solicitaban, e informó: *"una vez que el cliente nos ponía una orden de compra nosotros lo colocamos ante MT... había casos también que nosotros compramos stock para nuestros clientes, un stock en general, esas eran las maneras de pedir"*; comentó que MT no siempre conocía cuáles eran los clientes para los que se hacían los pedidos, diciendo: *"Nosotros sí avisábamos,... claramente no en todas las órdenes poníamos el cliente final, pero MT podía preguntar si tenía interés en saber cuál es el cliente final y en muchos casos se les compartía"*. Cuando se le interrogó por la base de datos de clientes que manejaban, atestiguó: *"Querían las bases de la compañía, cosa que yo me negaba porque las querían a cambio de nada, para hacer campañas de mercadeo"*. Agregó que la demandante era la *"responsable del servicio post venta, de la garantía y de todo el soporte al cliente para el correcto funcionamiento del equipo o del sistema que haya comprado, inclusive repuestos y reparaciones"*. Al cuestionarle si tenían la obligación de informar, de reportar o mostrar indicadores sobre la operación post venta, manifestó: *"de la actividad de reparaciones Toledo solo se enteraba, pues si teníamos algún tema específico de un producto que no pudiésemos resolver el problema, o en el caso de que nosotros, por ejemplo, digamos algún repuesto en específico, pues ella se entera, pero por lo demás, la operación de nuestro laboratorio de reparaciones era autónoma"*. Agregó que también adquirirían mercancías de otras sociedades y que *"con la lista de precios de MT, teníamos un descuento, sobre esta..., dependiendo de nuestro margen de utilidad que calculábamos, hacíamos una oferta en pesos colombianos cliente"* y que eran *"autónomos de fijar el precio al cliente"*³¹.

³¹ Mins. 32:38; 11:53; 13:19; 7:51; 13:52; 15:00; 37:08; 44:03, Archivo AUDIENCIA ARTÍCULO 373 C.G.P., PROCESO 2017-00690 (TERCERA PARTE), subcarpeta 076DVDAudiencia20210211.FL.1325 en la Carpeta CuadernoUno.



De manera que si Vansolix compraba los productos, los importaba a su nombre para venderlos al cliente que ya tenía focalizado o determinado antes de la compra y, además, su 'utilidad' en la operación era el descuento de la lista de precios de MT y el cálculo que hacían para una oferta en pesos al cliente, es pacífico que lo que terminaban ganando no era una retribución o comisión por promover el negocio para MT; incluso, si el testigo afirmó que la base de clientes era de la compañía colombiana y se opuso a entregarla "a cambio de nada", significa que no actuaba por cuenta ajena.

Esto coincide con lo expuesto por Jean Claude Alder, pues al responder sobre la fecha desde la cuál la actora empezó a comprarle productos, mencionó que esa sociedad también le compraba a Mettler Toledo China, a Mettler Toledo Alemania *"en dos plantas, diferentes productos, era distribuidor para prácticamente todo el portafolio de Mettler Toledo, para la parte industrial, laboratorio,... compraron de varios sitios... las plantas eran independientes, al final cuando se complicaron las cosas, los gerentes de esas plantas me llamaron diciendo que a nosotros tampoco nos pagan, pidiendo si 'tú no podrías asumir la coordinación entre ellos', empecé a ser portavoz de Alemania y China, porque todos se estaban quejando"*. Sobre cuál empresa fijaba los precios de venta local, afirmó que era Vansolix y que había *"clientes que reclamaron los altos precios en relación con los repuestos"*. Y si la relación que venía ejecutándose, desde el punto comercial y económico, sufrió cambios, entre el 2013 y la fecha de terminación con Vansolix, el testigo reiteró *"no hubo cambios, era siempre nuestro distribuidor, como todos los vecinos en américa latina"* ³².

La demandante trajo en su ayuda varias comunicaciones, una la remitida el 7 de diciembre de 2015 por Jean-Claude Alder, Gerente General de Mettler Toledo "y sus compañías relacionadas", informando su

³² Mins. 45:00, 1:06:58, 1:20:25, 1:24:00 y 1:30:20, Archivo 074Audiencia373F20210122Continuación, Carpeta CuadernoUno



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

decisión de *"aplicar la disposición contenida en la cláusula 16.1 del contrato y el artículo 977 del Código de Comercio Colombiano y, por lo tanto,... dar un previo aviso por escrito de la terminación... con no menos de seis (6) meses de anticipación, dejándoles saber que su relación comercial con METTLER TOLEDO, tendrá terminación efectiva a la fecha del 15 de junio de 2016"*³³; otra enviada por el mismo gerente el 11 de diciembre del 2015, en la que dijo que *"Vansolix no ha pagado en varias ocasiones las deudas pendientes"*, por lo que de conformidad con la cláusula 12.2. del contrato y las *"disposiciones legales equivalentes aplicables"*, *"a partir de la fecha de recepción de esta carta, METTLER TOLEDO requiere todos los pagos por adelantado; por lo tanto, solo se procesarán y enviarán pedidos... si la orden ha sido pre-pagada en su totalidad y que no tenga pagos pendientes a pedidos anteriores"*³⁴; una tercera, la reclamación de reconocimiento y pago de cesantía comercial enviada a MT GMHB³⁵; y la respuesta del 11 de agosto de 2016, por esa sociedad diciendo: *"lo afirmado en dicha comunicación se aparta de la realidad, ya que la relación que existió entre estas partes jamás correspondió a una agencia comercial, Vansolix S.A. tuvo una relación comercial de suministro para distribución, siendo que compraba productos para revenderlos en Colombia"*³⁶. Pero en ninguno de estos documentos aparece el reconocimiento de la demandada de una agencia comercial, aunque sí la intención de la demandante para que fuera entendido de esa manera.

También se adujo el dictamen pericial realizado por César Mauricio Ochoa Pérez, miembro de Ochoa Auditores, Auditoría & Banca de Inversión, pero se destaca que no tuvo por objeto probar la relación de agencia sino que, partiendo del supuesto de ser ese el negocio y teniendo como punto de partida el documento expedido el 3 de octubre de 1989, se dedicó a *"estimar la 'cesantía mercantil', a más de determinar las 'comisiones, regalías o utilidades' obtenidas por Vansolix en los últimos*

³³ Pág. 50, Archivo 002Anexos Carpeta CuadernoUno.

³⁴ Pág. 51, Archivo 002Anexos Carpeta CuadernoUno.

³⁵ Pág. 54 y 55, Archivo 002Anexos Carpeta CuadernoUno.

³⁶ Pág. 59, Archivo 002Anexos Carpeta CuadernoUno.



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

tres años de relación³⁷. Así, la prueba de ninguna manera se enfocó en acreditar la actividad comercial desarrollada en la modalidad de agenciamiento. Y no es que la juez hubiera reprochado las ganancias, ni que las limitara al empresario como lo afirmó el censor, lo que advirtió la funcionaria fue que Vansolix obtenía sus utilidades de la reventa de los productos de MT, que no actuando a nombre de ella ni con el propósito de incrementar o promover la marca y productos del fabricante o productor, sino la explotación de su negocio de venta de productos que le dejaba un dividendo, porque eso fue lo que se acreditó en el proceso, a partir de la forma en que negociaban las partes, pues la relación se limitó a la compra y reventa de los productos, estando la compradora obligada siempre a responder por el valor de las mercancías facturadas, al margen de los resultados que pudiera obtener de su gestión comercial directa, además de los servicios post ventas, que también estaban a su cargo y que, como ella misma lo aceptó, manejaba de manera “autónoma”, siendo el único requisito el de mantener a sus empleados capacitados para tal efecto, de allí las certificaciones de representación que se expedían también en ese sentido.

Entonces, las pruebas no permiten afirmar que a partir del contrato de distribución firmado en abril y junio de 2000, pero en vigor desde septiembre de 1999, la vinculación de Vansolix continuó siendo la misma porque su permanencia en el tiempo no es el parámetro que determina la vigencia de la agencia comercial que inició en 1968, ni que para asumir los compromisos de ese nuevo contrato no tuviera que hacer cambios internos en la estructura operativa, económica, comercial ni logística de la compañía. En esas condiciones, para la Sala, en este periodo de tiempo no se encuentra demostrado que el contrato prevalente entre las partes fuera de agencia comercial, en lugar de uno consistente en la reventa de productos adquiridos con anterioridad para venderlos

³⁷ Subcarpeta LibrosAnexosDictamenPrevio, Carpeta 01 CUADERNO PRIMERA INSTANCIA 11001310302420170069000 FISICO



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

después a fin de obtener una ganancia, característica más propia, como se ha explicado, de la relación de distribución. El contenido de los documentos y la declaración de los testigos analizados en esta etapa de la relación no se contraponen, ni evidencian un convenio diferente al previsto en el Acuerdo de Distribución; por el contrario, coinciden con su objeto, que ya se mencionó, dado que por ese documento dejó de actuar por cuenta ajena.

Y aunque se coincide con el censor en que la distribución es una de las modalidades de la agencia, conforme lo señala el artículo 1317 del C. de Co. -no se discute-, también se debe tener en cuenta lo que al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia: *"No hay duda, algunos distribuidores pueden ser agentes; sin embargo, no todos pueden considerarse agentes, independientemente de que se identifiquen con algunos de los rasgos característicos de la agencia comercial; por ejemplo, los comerciantes que adquieren bienes o servicios para revenderlos (...)".* A lo que agregó: *"(...) cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final (...)"*³⁸.

Esto es así porque el que adquiere productos y los importa, pero no los vende, perjudica a su propio negocio, no el de la empresa extranjera que ya se los vendió. En cambio, si los vende en el mercado local, recupera la inversión hecha en la compra y además obtiene una ganancia, independientemente de que a la vez esté dando a conocer la marca del producto, o al que lo fabrica, a los compradores, ese no es su

³⁸ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297).



propósito principal, ni por eso está derivando una retribución por parte del empresario foráneo.

Todo lo anterior significa que no se probó la continuación de la agencia, como pretendió la demanda, e implicará, adicionalmente, modificar la decisión que aceptó la distribución solo desde enero de 1997 hasta octubre de 2013.

2.4.3. La relación comercial y la cesión.

MT GMBH excepcionó falta de legitimación en la causa a raíz de la cesión del contrato que había realizado a MTSI GMBH. Vansolix se opuso desconociendo esa actuación, pero se declaró probada. Ya en sede de apelación, la demandante agregó argumentos novedosos, relacionados con que la cesión estaba prohibida en el mismo convenio, también que no le fue notificada en debida manera, incumpliendo “una regla básica del acto de comunicación de quien debe ceder su posición o contrato”.

De acuerdo con el artículo 887 del C. Co., los contratantes podrán hacerse sustituir por un tercero, cediendo su posición contractual en los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva. Y para los de ejecución instantánea que no hayan sido cumplidos, ya sea en la totalidad o en parte, la cesión podrá hacerse sin necesidad de aceptación expresa del contratante, “si por la ley o estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”.

En el plenario se encuentran: el contrato, en cuya cláusula 19. ‘Cesión de obligación’, se pactó: “*ninguna parte de las obligaciones bajo este Acuerdo podrán ser cedidas a terceros excepto cuando se estipule de otra manera en este Acuerdo*”; el “comunicado a socios” del 13 de septiembre de 2013, informando que “*se ha fundado una compañía separada dentro del Grupo Mettler Toledo, a partir del 14 de octubre de 2013 haremos negocios bajo*



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

el nombre de Mettler-Toledo Sales International GMBH... como entidad legal separada, cambiaremos nuestra moneda de facturación”, entre otras cosas³⁹; la comunicación enviada el 22 de noviembre por MTSI GMBH a Vansolix, poniendo en conocimiento “términos suplementarios de distribución”, que deberán “aplicarse al acuerdo de distribución”, con el propósito de “ofrecer condiciones consistentes a todos los distribuidores y asegurar que todas nuestras relaciones con los distribuidores se conforman a nuestros estándares de cumplimiento y conducta ética”⁴⁰.

En esas condiciones, no puede avalarse la supuesta cesión del acuerdo de distribución que invocaron MT GMBH y MTSI GMBH, porque, en realidad, no existe ningún documento que acredite que entre esas dos sociedades convinieron que la segunda sustituyera la posición contractual que ostentaba la primera. Ahora, al margen de la negociación privada que hubieran tenido las empresas extranjeras, lo cierto es que no le notificaron a Vansolix que hubo una cesión, tampoco se infiere de las comunicaciones remitidas a la demandante, en tanto una de ellas solo informó la creación de una nueva compañía y la otra, la modificación de ciertos términos del Acuerdo de Distribución. Sin embargo, si bien esto impidió que la actora emitiera su aceptación expresa, y no operara la cesión, lo cierto es que tácitamente convalidó la variación del convenio de distribución y continuó su relación comercial, específicamente con MTSI GMBH durante casi tres años más; así lo refleja toda la facturación entre las dos empresas, especialmente, el dictamen pericial aportado por la demandante, en el que constan los documentos de importaciones, de las notas de crédito por ventas ‘indent’ (ventas directas), mencionadas allí. Por tanto esa puntual decisión de la sentencia se debe revocar.

3. Puestas así las cosas, la sentencia habrá de modificarse para reconocer parcialmente la pretensión primera en cuanto que existió

³⁹ Págs 51 y 52, Archivo 03ContestaciónDemanda

⁴⁰ Págs. 3 y 4, Archivo



contrato de agencia desde el 1 de enero de 1968 hasta el 1 de septiembre de 1999 y de distribución en adelante según el contrato firmado en abril y junio de 2000.

No obstante, no sufrirá cambio la negación de la cesantía comercial porque el dictamen pericial aportado por Vansolix para calcularla se apoyó en su facturación entre el 2013 al 2016, las copias de las importaciones y el listado de inventario inicial y final de esos productos de MT, a fin de establecer la comisiones, regalía o utilidades en ese periodo, momento para el cual no estaba en ejecución el contrato de agencia sino el de distribución. De otra parte, no se pretendió por la demandante su reconocimiento, de manera al menos subsidiaria para la etapa inicial, es decir, la corrida hasta el 1 septiembre de 1999, ni en el expediente se aludió a los documentos contables, registros, soportes o cualquiera otros de aquella época que permitieran estimar su valor pues la actora no presentó ninguno y se limitó a los que acompañaron el dictamen pericial que, como ya se dijo, solo dan cuenta de los movimientos a partir del año 2013 en adelante.

4. Sobre la apelación de MTSI GMBH.

La Sala mantendrá lo resuelto en primera instancia sobre la demanda de reconvención, pero no porque coincida con la argumentación de la juez de primera instancia pues, ciertamente, quien pretende la declaración de un incumplimiento contractual y su consecuente indemnización, no tiene que acreditar su propio cumplimiento de manera prematura, menos si para socavar su pedimento la contraparte no ha excepcionado en ese sentido.

No obstante, pese a que Vansolix no alegó esta defensa, sí invocó una cuya prosperidad es incuestionable, denominada “la



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

demandante en reconvención actúa contra su propio acto al calificar los retrasos... como mora e incumplimiento de manera ex post”, en tanto “durante la ejecución del contrato de agencia... se abstuvo de calificar como incumplimiento [su] comportamiento continuando con la ejecución del contrato” y “solo en esta instancia... pasados tres años desde la terminación del contrato de agencia... procura interpretar la conducta de Vansolix como un incumplimiento”⁴¹.

Entonces, aunque es cierto que al plenario se aportaron los documentos que revelaban las inconformidades de la demandante en reconvención con la mora en el pago de la mercancía vendida a Vansolix y otros relacionados con la desatención de sus obligaciones como representante de MTSI, no lo es menos que esta sociedad dejó de acudir a las medidas otorgadas en el contrato para exigir la terminación del Acuerdo, conforme las disposiciones previstas en su cláusula 16.3 ‘incumplimiento’. Con otras palabras, la demandante en reconvención no hizo valer las infracciones de su contraparte; por el contrario, finalizó el contrato acudiendo a la cláusula que se lo permitía, sin invocar mas causal que el vencimiento del contrato y un preaviso (cláusula 16.1).

Recuérdese que los negocios jurídicos son temporales y terminan por las causas legales o contractuales, siendo el cumplimiento oportuno, por excelencia, el modo extintivo deseable, pero en caso contrario, todas las controversias, a propósito de la satisfacción de las estipulaciones contractuales, legitiman a las partes para acudir a los jueces; sin embargo, aquí la reconviniente permitió que se extinguiera la convención sin invocar el incumplimiento contractual que le atribuye ahora a su contraparte y que, por lo mismo, no se entrará a evaluar.

⁴¹ Pág. 13, Archivo 08ContestaciónDemanda, Subcarpeta CuadernoDos, Carpeta 01 CUADERNO PRIMERA INSTANCIA 11001310302420170069000 FISICO.



En conclusión, como prosperan solo parcialmente los reparos de Vasolix la sentencia se modificará como se ha venido indicando, sin que ello comporte acceder a las condenas pretendidas por ninguna de las partes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: Modificar el numeral 1 de la parte resolutive de la sentencia que el 23 de febrero de 2021 profirió el Juzgado 24 Civil del Circuito de la ciudad, en el asunto de la referencia, el cual quedará así: Acceder parcialmente a la pretensión primera de la demanda y DECLARAR que entre Walter Rothlisberger & Co. Ltda., hoy Vansolix S.A., y Mettler Toledo GMBH existió contrato de agencia desde el 1 de enero de 1968 hasta el 1 de septiembre de 1999 y de distribución en adelante según el contrato suscrito el 27 de abril y 12 de junio de 2000.

SEGUNDO: Revocar los numerales 2 y 4 de su parte resolutive.

TERCERO: Modificar el numeral 6 en el sentido de negar las demás pretensiones declarativas y la totalidad de las de condena de la demanda principal.

CUARTO: Modificar el numeral 7 en el sentido de negar la totalidad de pretensiones de la demanda de reconvención de Mettler



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

Toledo Sales International GMBH por la prosperidad de la excepción de “la demandante en reconvención actúa contra su propio acto al calificar los retrasos... como mora e incumplimiento de manera ex post”, propuesta por Vansolix S.A.

En lo demás la sentencia se confirma.

QUINTO: Sin condena en costas a los apelantes y no encontrarse causadas en favor de Mettler Toledo GMBH.

Devolver el expediente al despacho de origen, para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado


MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO

República de Colombia
Rama Judicial



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

MAGISTRADO PONENTE: **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**

RADICACIÓN : **110013103022201200603 01**

PROCESO : **ORDINARIO**

DEMANDANTE : **JOSÉ ECCEOMO QUINTERO PULIDO**

DEMANDADO : **LIDA VIVIANA QUINTERO Y OTRO**

ASUNTO : **ACLARACIÓN**

Decide el Tribunal la solicitud de aclaración interpuesta contra el auto emitido por la Sala Dual el pasado 4 de noviembre, implorado por el extremo pasivo.

ANTECEDENTES:

El apoderado de los demandados adujo que “JAMÁS interpuso recurso de apelación contra la sentencia que indica el Despacho y de fecha 17 de junio de 2019. Por tal razón en este asunto no tiene aplicación el referido artículo 323 del estatuto procesal civil. Como consta en el informativo, la parte demandada presentó recurso de apelación contra la sentencia de fecha 28 de mayo de 2019 y a través del auto de fecha 13 de septiembre se está admitiendo, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación contra la sentencia de fecha 17 de junio de 2019, aspecto que no es cierto y no corresponde con la realidad procesal. Por esa potísima razón es que ese Despacho no puede ni podía admitir un recurso de apelación como se hizo y ahora a través del recurso de súplica se confirma ese proceder, cuando el señor Juez Superior no puede descargar toda la responsabilidad en el a-quo y tramitar un recurso que no fue interpuesto contra una providencia que, por las razones expuesta, no tiene ninguna valides (sic) simplemente por haber sido cambiada por otra. Este delicado tema no puede pasarse por encima, pues entre otras cosas, va en contra del correcto procedimiento y del derecho al debido proceso que les asiste a los demandados en esta controversia.

(...)

También ofrece verdadero motivo de duda, pues reitero, la parte demandada apeló la sentencia de fecha 28 de mayo de 2019, y no la sentencia de junio 17 de 2019, como se ha informado de manera errada por parte de ese despacho, y por eso el trámite que se ordena está viciado de nulidad absoluta, entre otras porque en gracia de discusión, la parte demandada no puede sustentar un recurso de apelación que no presentó frente a una sentencia que no puede validarse como se ha hecho”.

CONSIDERACIONES:

1. El ordenamiento jurídico patrio autoriza al juzgador para que aclare las providencias. En efecto, el canon 285 del Código General del Proceso prevé que “[l]a sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.”

2. De entrada, se advierte la improcedencia del pedimento tendiente a esclarecer la providencia adiada 04 de noviembre de 2021, porque la parte resolutive de esa determinación, de manera alguna, denota ambigüedad u oscuridad que impida comprender las reflexiones de la misma, pues lo decidido fue “**MODIFICAR** la providencia de 13 de septiembre de 2021, proferida por el Magistrado Sustanciador, Dr. Luís Roberto Suárez González, únicamente, en el sentido de indicar que la parte que apeló la sentencia de primera instancia, dentro del proceso de la referencia, fue la parte demandada”; sumado a que la pretensión del censor es obtener, sin más, un nuevo estudio del asunto, omitiendo exponer conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda

En ese orden, si los términos en que se redactó la providencia son diáfanos, se torna abiertamente improcedente la solicitud de aclaración que elevó el extremo activo.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, en Sala Dual, **RESUELVE:**

PRIMERO: NEGAR la solicitud de aclaración de la providencia proferida por la Sala Dual, el 4 de noviembre de 2021.

NOTIFÍQUESE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado

(02220120060302)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado

(02220120060302)

República de Colombia



Tribunal Superior de Bogotá D.C.

Sala Civil

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicación: 11001 3103 009 2018 00226 02

Clase: Verbal

Demandante: Andrés Ruiz Camacho

Demandados: Mauricio Camacho Loeb y otros

Asunto: Apelación auto

Decisión: Revoca parcialmente.

ASUNTO

Se resuelve el recurso de apelación que formuló el apoderado judicial del demandante contra el auto proferido por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esta ciudad, en el curso de la audiencia celebrada el 12 de octubre del año en curso.

ANTECEDENTES

1. Las pretensiones principales de la demanda se orientan, entre otras cosas, a que se declare la nulidad absoluta de los siguientes actos jurídicos: (i) la cesión de acciones efectuada a través de la escritura pública No. 4398 de 9 de octubre de 2013 y (ii) la compraventa celebrada mediante la escritura pública No. 1096 de 26 de marzo de 2014, en la que se transfirió a favor del señor Mauricio Camacho Loeb los derechos de cuota equivalentes al 50% de la Bodega 19 y el uso exclusivo de los parqueaderos 59 y 60 del Conjunto Centro Empresarial El Dorado; consecuentemente, que se ordene la restitución de los frutos producidos o que hubieren podido producir las acciones y el 50% del mencionado bien raíz.

Y dentro de las pretensiones subsidiarias se solicita que se declare la simulación de tales negocios jurídicos¹.

2. En providencia de 11 de octubre del año que avanza, el Juzgado de conocimiento negó la prueba pericial solicitada por el demandante, pues no se aportó oportunamente *“máxime que no acreditó causal para determinar que el término previsto fuera*

¹ Cfr. Expediente digital, Carpeta “01CuadernoUno”, archivo pdf “01CuadernoUnoTomoUno”, fls. 175 y ss.

*insuficiente, ni la documental que estuviera en custodia de la sociedad demandada, para así requerírsela”.*²

En la audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso se dio lectura al contenido de dicho proveído³; seguidamente, la autoridad se pronunció en relación con las pruebas que pidieron ambas partes, negando la exhibición de documentos que invocó la parte actora, como quiera que no se cumplen los requisitos para su procedencia, pues no especificó sobre qué documentación recae la probanza; igualmente, negó el decreto de los dictámenes periciales solicitados, tras advertir que no se allegó justificación alguna de por qué no se aportaron con la demanda.

3. Inconforme, el apoderado judicial del demandante interpuso recurso de apelación⁴ alegando que para la exhibición procede cualquier documento que demuestre el pago del precio en los negocios cuya declaratoria de simulación se pretende. En lo que atañe a la prueba pericial para determinar el valor comercial de la Bodega y los frutos percibidos por dicho bien, argumentó que el extremo demandado ostenta la tenencia y posesión del inmueble, situación que hacía necesario que la Jueza lo requiriera para que prestara su colaboración para la realización de la experticia.

Y respecto del dictamen financiero y contable expresó que resultaba indispensable que el Despacho exhortara a los demandados para que suministraran toda la información que permitiera cuantificar el precio de la venta de las acciones.

CONSIDERACIONES

1. El artículo 266 del Código General del Proceso estatuye en el inciso primero que “[q]uien pida la exhibición expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento o la cosa se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, su clase y la relación que tenga con aquellos hechos. Si la solicitud reúne los anteriores requisitos el juez ordenará que se realice la exhibición y señalará la forma en que deba hacerse”.

Al revisar la demanda se observa que en el acápite 3.2.1 se pidió que se le ordene a Mauricio Camacho Loeb exhibir todos los documentos relacionados con el pago de las acciones y de la Bodega 19⁵; sin embargo, no se hizo alusión a los hechos que se pretende demostrar, como lo prevé la norma; tampoco se especificó la clase de

² Cfr. Expediente digital, Carpeta “01CuadernoUno”, archivo pdf “11AutoNiegaPrueba-OrdenaOficiar”.

³ Cfr. Archivo “13AudienciaArt.372CGP”, minuto 16:50 en adelante.

⁴ Cfr. Minuto 43:40 en adelante, ibídem

⁵ Cfr. Expediente digital, Carpeta “01CuadernoUno”, archivo pdf “01CuadernoUnoTomoUno”, fl. 181 y ss.

documentos sobre los que versaría la exhibición ni se aseveró que los mismos se encuentran en poder del demandado.

Nótese que en la audiencia inicial la directora del proceso le preguntó al apoderado judicial la clase de documento cuya exhibición pretende, a lo que este respondió que no cuenta con esa información⁶, lo que denota la imprecisión en la solicitud de la prueba pues, ciertamente, la autoridad no podía ordenar la exhibición de un documento respecto del cual el peticionario no conoce su existencia, circunstancia que imponía la negativa de su decreto, como en efecto se hizo.

Por demás, se trata de un elemento de juicio que en realidad debería aportar el extremo demandado para demostrar que pagó el precio de las acciones y de la Bodega a la que se alude en el libelo.

2. De otro lado, según lo reglado en el artículo 227 *ibídem* “[l]a parte que pretenda valerse de un dictamen pericial deberá aportarlo en la respectiva oportunidad para pedir pruebas. Cuando el término sea insuficiente para aportar el dictamen la parte interesada podrá anunciarlo en el escrito respectivo y deberá aportarlo dentro del término que el juez conceda, que en ningún caso podrá ser inferior a diez (10) días. En este evento el juez hará los requerimientos pertinentes a las partes y terceros que deban colaborar con la práctica de la prueba”.

Revisado el acápite de pruebas de la demanda se observa que en el numeral 3.5. el apoderado judicial del demandante pidió que se le concediera el término de treinta (30) días para allegar los dictámenes, y que se le ordenara a la parte demandada brindar toda la colaboración necesaria para llevar a buen término su práctica.

Sobre el particular, le asiste razón a la *a quo* al señalar que para establecer el valor comercial del inmueble, y los frutos que este produjo o pudo haber producido, no se requería ingresar al bien, ni exhortar a la parte demandada para que colaborara con su práctica, pues se trata de una pericia que el experto puede realizar apoyado en los datos existentes en las oficinas de registro y catastro, y a partir del valor comercial calcular el monto de los frutos, en virtud de lo cual no existe ninguna justificación para que esa prueba no se hubiere aportado con la demanda.

Ahora bien, en lo que atañe al dictamen financiero y contable la situación es distinta, si se tiene en consideración que esa experticia se orienta a que se determine

⁶ ⁶ Cfr. Archivo “13AudienciaArt.372CGP”, minuto 25:50 en adelante.

“con exactitud el valor de las acciones de MERCAEREO S.A.S. y la totalidad de los frutos producidos por concepto de utilidades, dividendos, intereses y demás beneficios o cualquier otra denominación que se les diere, o que se hubieren podido percibir por la participación del capital social representado en 81.683 acciones que tenía el señor GERARDO CAMACHO SILVA en esta sociedad desde la fecha de suscripción de la respectiva cesión y hasta la fecha en que se elabore el dictamen”, y para cuya práctica se requiere conminar a la parte demandada para que le permita al experto acceder a toda la información contable y financiera de la sociedad, que resulte necesaria para la elaboración de la pericia.

Además, no se puede soslayar el hecho de que en este proceso se discute la simulación de la cesión de unas acciones y se alega el ocultamiento de situaciones que ocurrieron al interior de la sociedad, circunstancias que hacen imprescindible ordenarle al extremo demandado brindar toda la colaboración que sea indispensable para la realización del dictamen.

3. En el anterior orden de ideas, se revocará parcialmente la determinación recurrida, para ordenarle a la Jueza de primera instancia conceder el término adicional que estime necesario para que el demandante aporte el dictamen financiero y contable, y requiera a la parte demandada para que colabore con la práctica de la prueba.

DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero: **Revocar parcialmente** el auto proferido por el Juzgado Noveno Civil del Circuito de esta ciudad en la audiencia celebrada el 12 de octubre del año en curso, para que la Jueza proceda a decretar el dictamen financiero y contable solicitado por el demandante, y conceda el término adicional que estime necesario para su aportación y, además, proceda a requerir a la parte demandada para que colabore con la práctica de la prueba.

Segundo: **Sin Condena** en costas.

Notifíquese,

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 Civil

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

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

Código de verificación: **673eb5faf69febe8a2ebfada126e8f1fa0fd37beece7bc8c30a67b6f42bf874c**
Documento generado en 10/12/2021 02:21:04 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado: 11001 3103 032 2019 00283 01.

Proceso: Verbal.

Recurso: Apelación de Sentencia.

Demandante: Marisol Amado Gordillo.

Demandado: Antonio José Lentino.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión de 1° de diciembre 2021, según acta No. 50]

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación que interpuso el demandado contra la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

ANTECEDENTES

1. Marisol Amado Gordillo promovió demanda¹ contra Antonio José Lentino Toledo, para que se declarara que adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la cuota parte equivalente al 50% del apartamento 401 y garaje el 14; bienes que hacen parte del edificio Altos de Pubenza PH, ubicado en la carrera 83 No. 145 - 86 de la ciudad de Bogotá, identificados con los folios de matrícula inmobiliaria No.

¹ Cfr. Expediente digital, archivo PDF "01Cuaderno1Pertenencia", folios 124 y ss [160 y ss digital]; 148 y ss [187 y ss digital].

050-0020149936 y 050-0020149876, respectivamente, cuyos linderos y demás características especificó en el libelo demandatorio.

Consecuencialmente, se ordenara *“la cancelación del registro de propiedad de los derechos de cuota correspondientes a la propiedad del 50%”* que ostenta el señor Lentino Toledo, y que se dispusiera la inscripción de la sentencia en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria de los bienes raíces en cuestión. Además, que se condenara en costas al demandado.

2. En apoyo del *petitum* la apoderada judicial de la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente: las partes son propietarias de los inmuebles en litigio, cada una en la proporción del 50%, bienes respecto de los cuales su representada ha ejercido de manera exclusiva y excluyente la posesión pacífica e ininterrumpida *“desde el año 2004 cuando terminó la relación sentimental de la demandante con el demandado y este dejó de vivir en el apartamento 401 y de usar el garaje 14, que son objeto del presente proceso, y nunca más volvió a dichos inmuebles, desentendiéndose de los mismos y de todo lo relacionado con el mantenimiento y pagos relacionados con estos”*; desde ese año ha desplegado actos de señora y dueña que evidencian claramente su *animus*, en nombre y beneficio propio, tales como el mantenimiento adecuado de los inmuebles y el pago de los impuestos, servicios públicos y cuotas de administración.

Añadió que a partir del momento en el que el demandado abandonó los inmuebles, no se ha acercado *“a oponerse y reclamar sus derechos como propietario en común y pro indiviso de la cuota parte equivalente al 50% sobre los mismos”*; que en el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá cursa el proceso divisorio que este promovió en contra de su representada *“con posterioridad a que se cumpliera el término mínimo de 10 años requeridos para declarar la prescripción adquisitiva del dominio por posesión”*.

3. El apoderado judicial del extremo demandado contestó el libelo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó *“Falta de legitimación en la causa por activa para accionar en pertenencia respecto del 50% del derecho*

*real de dominio per[t]eneciente al demandado Antonio José Lentino Toledo y “Falta de requisitos legales para accionar en pertenencia por la demandante”.*²

4. Agotadas las etapas procesales de rigor, la Jueza de conocimiento dictó sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

LA SENTENCIA APELADA³

Luego de referirse al marco jurídico que regula la prescripción adquisitiva de dominio, la autoridad precisó lo atinente a la declaración de pertenencia por el comunero, apoyada en jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia; advirtió que el apartamento y el garaje objeto de usucapión se identificaron debidamente y son susceptibles de ganarse por prescripción.

Seguidamente, se centró en el análisis de las pruebas recaudadas en el curso de la instancia, destacando que el apartamento se encuentra en buen estado de conservación, tal y como se constató en la diligencia de inspección judicial; los interrogatorios de ambas partes le permitieron tener por acreditados los siguientes hechos: la demandante es la poseedora de los bienes raíces en litigio, y es quien asiste, directamente, o por interpuesta persona a las reuniones asamblearias del conjunto residencial; el demandado convivió con la señora Marisol Amado hasta el año 2004; aunque este dijo que habían convenido que con el producto del arrendamiento se pagarían los gastos del apartamento y del garaje, no allegó prueba que respalde sus aseveraciones y, por el contrario, quedó acreditado que no ha tenido ninguna injerencia en la posesión que ejerce la parte actora, al punto que desconocía si el apartamento estaba arrendado o no.

Añadió la *a quo* que la testigo Elizabeth Lentino afirmó que desde que su hermano se separó de Marisol no regresó al apartamento, y que hace como 15 años, cuando este quiso ingresar, se encontró con que aquélla había cambiado las guardas, situación que, en criterio de la Juez, constituye una clara muestra de actos excluyentes de la coposesión; que en las bases de datos de la copropiedad siempre ha figurado la demandante como la propietaria de los inmuebles; que la comunidad vecina no conoce al otro propietario

² Cfr. Folios 131 y siguientes del cuaderno 1 [páginas 158 y ss, expediente digital].

³ Cfr. Expediente digital, archivo “70AudienciaSentencia”.

inscrita, esto es, al demandado, quien nunca ha presentado reclamación alguna en la copropiedad.

Consideró la funcionaria judicial que a partir del año 2004 la parte actora ha ejercido la posesión quieta, pública, pacífica e ininterrumpida del apartamento y el garaje en cuestión, pues desde dicha anualidad el demandado abandonó de manera voluntaria los inmuebles, quedando demostrado que la posesión de la comunera se hizo con exclusión del copropietario, sin que exista prueba que determine que su actuar era en beneficio de la comunidad, para lo cual es preciso ver que las testigos María Antonia Velandia y Elizabeth Lentino nada aportaron sobre el supuesto acuerdo de explotación económica de los bienes raíces para pagar los gastos que estos generaran, dado que informaron lo que sobre el particular les comentó el demandado, sin que tuvieran conocimiento directo de esa situación.

Finalmente, la falladora expresó que el proceso divisorio que cursó entre ambas partes no interrumpió la prescripción, dado que la demandante no perdió la posesión, amén que aquel trámite *“no constituye un reclamo legal encaminado a la restitución de la posesión”*,⁴ de suerte que no tiene injerencia alguna frente a los términos prescriptivos o a la posesión aquí alegada.

Con fundamento en tales motivaciones declaró no probadas las excepciones de mérito, declaró que la demandante adquirió por prescripción el 50% de los inmuebles objeto de la solicitud de pertenencia, ordenó la inscripción de la sentencia en los folios de matrícula inmobiliaria, dispuso el levantamiento de la medida cautelar decretada y condenó en costas al demandado.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En desacuerdo, el apoderado judicial del demandado alegó en la audiencia que la sentencia desconoce el derecho que le asiste a su representado, toda vez que *“la prueba allegada al proceso no fue tomada en cuenta bajo la sana crítica, en atención a que la posesión es un hecho y se demuestra con testigos, y la parte demandante no la probó como debía probarla en los términos*

⁴ Cfr. Audiencia de fallo, [35:04].

de la ley. Los testigos [que] fueron allegados al proceso no dieron cuenta con exactitud y claridad sobre la posesión de la señora demandante”. Criticó que la autoridad dejara de lado el proceso divisorio que promovió el señor Antonio José Lentino contra Marisol.

Agregó⁵ que en la sentencia no se precisaron con claridad los hechos posesorios expuestos por cada testigo, y se pasó por alto que el fallo que se profirió el 12 de marzo de 2020 en el juicio divisorio hizo tránsito a cosa juzgada, al haberse decretado la venta en pública subasta de los inmuebles que son objeto de este litigio de pertenencia, proceso aquél en el que la señora Marisol Amado reconoció y aceptó que el señor Lentino Toledo es el propietario del 50% de los bienes en cuestión.

El recurrente considera que la sentencia apelada genera inestabilidad jurídica “*por incongruencia en los fallos que sobre la propiedad de los inmuebles de la [L]itis, se definió ya en el Juzgado 7 Civil del Circuito de Bogotá D.C. en proceso divisorio*”.

CONSIDERACIONES

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

2. La prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria requiere la acreditación de los siguientes requisitos: (i) posesión material actual en el prescribiente; (ii) que el bien haya sido poseído durante el tiempo exigido por la ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; (iii) identidad de la cosa a usucapir y (iv) que ésta sea susceptible de adquirirse por pertenencia⁶.

3. La posesión está definida por el artículo 762 de la legislación civil como “*la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él*”, el cual preceptúa, además, que “*el poseedor es reputado dueño, **mientras otra persona no justifique serlo***”; definición legal de la que se extractan los elementos que la constituyen, el *animus* y el *corpus*; el primero, entendido como el elemento interno o

⁵ Cfr. Expediente digital, archivo pdf “72ApelaciónFallo”.

⁶ Cfr. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC16250-2017, reiterada en Sentencia CS3727 DE 2021.

subjetivo de comportarse “*como señor y dueño*” del bien cuya propiedad se pretende y, el segundo, como “*el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre, v. gr. sembrar, edificar, abrir canales de regadío, cercar el predio, etc.*”⁷.

Jurisprudencial y doctrinariamente se ha sostenido que se trata de un poder de facto que se tiene sobre una cosa corporal determinada, mediante el cual, se vincula a la persona con ella a través de su voluntad de aprehenderla para sí.

Entonces, surge de una continuada sucesión de hechos sin solución de continuidad, perceptibles en el tiempo y en el espacio, que, considerados en su conjunto, acreditan de manera inequívoca que quien se predica poseedor de una cosa, realmente lo es, por disponer de ella sin restricciones de ninguna naturaleza.

El poseedor, valga anotar, debe comportarse como propietario de la cosa y, por ende, en su actitud, debe aparecer de manera inequívoca una tendencia pública a disponer del inmueble, sin que vaya en contravía de la ley o de un derecho ajeno -*artículo 669 del C. Civil*-. Para que se pueda configurar necesita el cumplimiento de ciertos requisitos que determinan su voluntad y actitud relativa a la disposición de la cosa frente a sí mismo y frente a los demás. Se requiere, entonces, que sea quieta, pacífica, ininterrumpida y sin clandestinidad, pues cualquier actividad contraria a estos presupuestos, vicia la condición que el usucapiente debe ostentar.

Resulta ineludible, entonces, que quien pretenda beneficiarse alegando la usucapición, debe acreditar los requisitos que componen a la posesión -*corpus y animus domini*- como única forma de obtener las ventajas jurídicas pretendidas, sin olvidar lo establecido por el artículo 981 del C. Civil⁸, por lo que invariablemente se estima que ella deberá manifestarse por la realización de hechos positivos.

4. El artículo 375 del Código General del Proceso prevé en el numeral 3º que “*la declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que, con exclusión de los otros condueños y*

⁷ Cfr. José J. Gómez, *Conferencias de Derecho civil Bienes*, Bogotá, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1981, p. 358.

⁸ Se deberá probar la posesión del suelo por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras, y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.

por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad”.

5. El artículo 2532 del Código Civil, previó como término para usucapir en forma extraordinaria, el total de veinte (20) años; lapso éste que fue reducido a diez (10) por la Ley 791 de 2002⁹.

6. En el caso *sub examine* la declaración de pertenencia versa sobre el 50% del apartamento 401 y garaje 14, bienes que hacen parte del edificio Altos de Pubenza PH, ubicado en la carrera 83 No. 145 - 86 de la ciudad de Bogotá, identificados con los folios de matrícula inmobiliaria No. 50N-20149936 y 50N-20149876¹⁰, porcentaje que corresponde al demandado, pues la parte actora es la propietaria de la porción restante.

7. De los hechos se deduce que las partes aquí contendientes tuvieron la posesión conjunta del bien hasta el año 2004 que el demandado dejó el bien, por lo que en esas circunstancias se requería invocar y acreditar como intervirtió el título de coposeedora a poseedora exclusiva y excluyente conforme lo ha precisado la jurisprudencia, al decir:

“Además, cuando la persona que acude a dicha acción, acepta haber ejercido actos de tenencia sobre el bien objeto de la misma, una posesión compartida o la de heredero, y alega que transformó cualquiera de esas situaciones porque actualmente se considera único detentador con ánimo de señorío, también es menester que acredite la fecha de esa mutación, habida cuenta que la jurisprudencia ha establecido:

(...) puede ocurrir que el tenedor cambie su designio, transmutando dicha calidad en la de poseedor, mediante la interversión del título, caso en el cual, se ubica en la posibilidad jurídica de adquirir la cosa por el modo de la prescripción. Si ello ocurre, esa mutación debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del titular y acreditarse plenamente por quien se dice ‘poseedor’, tanto el momento en que operó esa transformación, como los actos categóricos e inequívocos que contradigan el derecho del propietario, puesto que para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el objeto a título precario, dado que éste nunca conduce a la usucapión; sólo a partir de la posesión puede llegarse a ella, por supuesto, si durante el periodo establecido en la ley se reúnen los dos componentes a que se ha hecho referencia. (...) De conformidad con lo anterior, cuando para obtener la declaratoria judicial de pertenencia, se invoca la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, que fue la que en este caso el Tribunal interpretó como pedida, sin que ese entendimiento haya merecido reparo, el demandante debe acreditar, además de que la solicitud recae sobre un bien que no está excluido de ser ganado por ese modo de usucapir, que igualmente ha detentado la posesión pública, pacífica e ininterrumpida por el tiempo previsto por la ley; empero, si originalmente se arrogó la cosa como mero tenedor, debe aportar la prueba fehaciente de la interversión de ese

⁹ Por medio de la cual se reducen los términos de prescripción en materia civil, y la que enseña que la prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiendo la última la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha de vigencia de la ley nueva.

¹⁰ Cfr. Expediente digital, archivo “01Cuaderno1Pertenencia”, folios 9 y siguientes [17 y siguientes digitales].

título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo el dominio de aquel, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido de 'posesión autónoma y continua' del prescribiente”¹¹.

Analizada la demanda se advierte que no se hace referencia a la interversión del título, ni la razón o razones por las que se considera poseedora exclusiva y excluyente, así como desconoció la calidad del aquí demandado, aspecto que por si mismos hubieran sido suficiente para negar las pretensiones.

Pero adviértase que la parte demandante tampoco allegó elementos de convicción contundentes para acreditar la posesión invocada, ya que recuérdese:

*“quien pretende que se le declare propietaria del bien objeto del proceso por el modo de la prescripción adquisitiva extraordinaria, **le correspondía probar de manera contundente, la posesión exclusiva del predio durante el tiempo exigido por la ley**, por lo que la Corte entrará a analizar si esta labor fue debidamente cumplida por la actora, con fundamento en las pruebas aportadas.”¹².*

8. En el presente asunto, obra el siguiente acervo probatorio:

8.1. En el interrogatorio de parte que rindió el demandado en el curso de la audiencia inicial, reconoció de modo expreso que abandonó el apartamento en cuestión desde el año 2004 y que nunca más regresó¹³, pero tales manifestaciones son insuficientes para probar la posesión de la demandante.

8.2. Con las documentales que allegó la parte actora con el libelo quedó acreditado que es ella quien ha pagado los gastos del apartamento y del garaje, como son impuestos, servicios y cuotas de administración, pero no son suficientes para acreditar la posesión, pues las facturas de servicios públicos y el pago de la administración son actos que también realizan los tenedores; y en cuanto al pago de impuestos era su obligación en su condición de copropietaria del bien.

8.3. De la prueba testimonial decretada a favor de la parte actora, solo fue posible recibir la declaración de la señora Bibiana Casadiego Castro, quien en la audiencia

¹¹ CSJ SC de 8 ago. 2013, rad. nº 2004-00255-01, reiterada en sentencia SC 13099 de 2017.

¹² C.S.J. Sentencia de octubre 12 de 2001.

¹³ Cfr. Expediente digital, archivo “27Audiencia”, [Minuto 50:07 en adelante].

manifestó que desde hacía cuatro años se desempeñaba como administradora y representante legal del Conjunto residencial en el que se ubican los inmuebles en litigio¹⁴, testimonio que no da cuenta de actos posesorios por el término exigido por la ley, dado que cualquier referencia que haya realizado respecto de hechos anteriores a dicha data la convierte en testigo de oídas.

Finalmente, en lo tocante al proceso divisorio si bien es cierto su presentación no tiene efectos interruptores respecto a la prescripción, no menos cierto es que allí la demandada tuvo la oportunidad de invocar y acreditar su calidad de poseedora¹⁵, lo que no ocurrió al haber contestado de manera extemporánea la demanda.

9. En consecuencia, fuerza concluir que la parte actora no cumplió con su carga de acreditar los actos posesorios ejercidos por el término exigido por la ley, conforme lo indicó el recurrente en su sustentación, lo que conlleva que deba revocarse la sentencia censurada, para negarse las pretensiones de la demanda y se condenará en costas a la parte actora de las dos instancias.

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: REVOCAR el fallo de 5 de octubre 2021, proferido por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, D.C. En su lugar, **NEGAR** las pretensiones incoadas por Marisol Amado Gordillo.

SEGUNDO: LEVANTAR la inscripción de la demanda. **Oficiese** por el *a quo*.

¹⁴ Cfr. Expediente digital, archivo "27Audiencia", [Minuto 1:23:34 en adelante].

¹⁵ Sobre el particular ver sentencia C-284 de 2021.

TERCERO: CONDENAR en costas de las dos instancias a la parte demandante. Las de primera instancia las señalará el *a quo* y, las de esta instancia, la Magistrada sustanciadora las fija en **\$500.000**,⁰⁰.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE¹⁶,

Adriana Ayala Pulgarin.
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

¹⁶ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 11001 31 03 006 2018 00182 01.
Proceso: Verbal [Reivindicatorio].
Recurso: Apelación de Sentencia.
Demandantes: María Clemencia Sosa Gaitán, y otros.
Demandados: Jhon Mauricio Sosa Gaitán.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión de 1° de diciembre 2021, según acta No. 50]

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de 29 de junio de 2021, proferida por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

ANTECEDENTES

1. María Clemencia, Myriam Sofía, María del Carmen, Luz Dary, María Cristina, Luis Fernando y José Gustavo Sosa Gaitán, demandaron a Jhon Mauricio Sosa Gaitán, con el fin de que: **(i)** se **declarara** que el dominio pleno y absoluto sobre el 73.885% del bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1459118, ubicado en la calle 71 A No. 78-48 de la ciudad de Bogotá, D.C., pertenece a los demandantes; consecuencia de ello, **(ii)** se **condenara** al demandado y a los indeterminados [arrendatarios] a la restitución del predio y al pago de los frutos

naturales y civiles; **(iii)** se **declarara** que los demandantes no están obligados, por ser el poseedor de mala fe, a indemnizar las expensas necesarias; **(iv)** se **ordenara** la cancelación de cualquier gravamen que pese sobre el inmueble; **(v)** se **inscribiera** la sentencia en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria y, **(vi)** se **condenara** en costas en caso de oposición.¹

2. Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señalaron, en síntesis, que el 17 de noviembre de 1999, una vez culminado el proceso de sucesión del señor José Dustano Sosa Molina, fue adjudicado el 18.155% del bien objeto del litigio a los señores Jhon Mauricio Sosa y Luz Dary Sosa, y el 63.69% restante a la señora María Olimpia Gaitán de Sosa. Tras el fallecimiento de esta última, y través de proceso liquidatorio de sucesión intestado, el 16 de diciembre de 2016 se profirió sentencia aprobatoria de la participación y adjudicación de los derechos de la señora María Olimpia Gaitán de Sosa sobre el bien que hoy día se encuentra en litigio, correspondiéndole como cuota de propiedad sobre este un porcentaje igual al 7.96% a cada uno de los demandantes como al demandado de este asunto.

Agregarón, que, desde el 2 de diciembre de 2011, fecha de fallecimiento de la señora María Gaitán de Sosa el demandado viene habitado el inmueble y actúa de forma arbitraria sin el aviso o autorización de los demandantes. El convocado se ha beneficiado del bien a través de la celebración de contratos de arriendo con terceros indeterminados. Han realizado intentos fallidos en la recuperación de la posesión del bien a través de distintas formas de conciliación [acciones policivas], y afirmaron haber realizado actos de señor y dueño, tales como la liquidación de la sucesión y los pagos del registro e impuestos.²

3. La demanda fue admitida el 10 de mayo de 2018³; notificado el señor Jhon Mauricio Sosa Gaitán, este se opuso a las pretensiones e indicó ser el propietario del 26.116% del bien en litigio, y haber habitado en este desde su nacimiento. Asimismo, afirmó que desde el fallecimiento de sus padres ha vivido allí en forma ininterrumpida, quieta y pacífica, cumpliendo con los elementos de la propiedad, animus y corpus.

¹ Cfr. Folios 33 a 34 C1 P1 [Páginas 42 a 43 expediente digital].

² Cfr. Folios 31 a 33 C1 P1 [Páginas 39 a 42 expediente digital].

³ Cfr. Folio 64 C1 P1 [Página 62 expediente digital].

Finalmente, propuso una sola excepción de mérito nominada “*Cobro de lo no debido*” de la cual indicó el cobro de usufructos inexistentes por parte de los demandantes y la celebración de contratos de arriendo para cubrir los gastos del inmueble⁴.

4. Adelantadas todas y cada una de las etapas procesales posteriores, el 29 de junio de 2021 se dictó fallo de primera instancia⁵.

LA SENTENCIA APELADA

Negó las pretensiones, ordenó la cancelación de la inscripción de la demanda y condenó en costas a los demandantes, tras considerar incumplidos los presupuestos jurídicos del proceso reivindicatorio.

Para arribar a dicha determinación, verificó los presupuestos procesales y no advirtió nulidades procesales; dio por probada la calidad de copropietarios de los demandantes y el demandado, e indicó los requisitos de la acción reivindicatoria, en concreto, la calidad de propietario del demandante y la pretensión de restitución en contra del demandado. Preciso que, para el caso concreto, el demandado no desconoce los derechos de los otros coposeedores, así pues, la posesión por él ejercida no es excluyente y su voluntad de copropietario no ha mutado con el paso del tiempo.

Anotado lo anterior, indicó que si bien se acreditó la calidad de copropietarios no es claro que la posesión ejercida por el demandante sea excluyente, es decir, que sus actos impidan la posesión y el ejercicio del derecho de propiedad de los otros propietarios. Así las cosas, consideró que el ejercicio de la posesión por parte del demandado es en representación de los otros copropietarios y está legalmente facultado para habitar y residir en el inmueble por ser propietario del bien.

En este orden de ideas, encontró acreditada la falta de legitimación por pasiva, reiterando que el demandado no desconoce los derechos de los demandantes. Visto lo anterior, declaró de oficio y probada la excepción falta de legitimación por pasiva, pues el demandado no tiene la calidad de poseedor excluyente de su grupo de comuneros.⁶

⁴ Cfr. Folios 1 a 3 C1 P2 [Páginas 1 a 3 expediente digital].

⁵ Cfr. Expediente digital Link audiencia 29 de junio.

⁶ Cfr. Expediente digital Link audiencia 29 de junio.

EL RECURSO DE APELACIÓN

Lo edificaron los querellantes, al tenor de los reparos que a continuación se sintetizan. En primer lugar, consideraron que la decisión tuvo como fundamento argumentos subjetivos tomados por el Juez con la declaración del demandado en la audiencia de instrucción y juzgamiento. Añadieron la ruptura del principio de inmediación, toda vez que el fallador no fue quien practicó las pruebas testimoniales e inspección judicial; con esto indicaron que no conoció de fondo el problema a resolver.

Sobre la posesión ejercida por el demandado, materializada en los actos de administración, celebración de contratos de arriendo y realización de reparaciones, precisaron que se trataba de actos clandestinos y de mala fe. Indicaron que la decisión del Juez se fundamentó, exclusivamente, en la prueba practicada en la audiencia de instrucción y juzgamiento, teniendo en cuenta que la parte demanda no justificó su inasistencia a la audiencia inicial y había sido sancionada por esta conducta.

Añadieron, que la contestación de la demanda no se tuvo en cuenta por haber sido presentada fuera de término, y que en las querellas aportadas al proceso el demandado si alegaba ser poseedor del bien. En igual sentido, afirmaron que este no ha tenido ánimo conciliatorio a lo largo del proceso y no se tiene certeza sobre la falta de legitimación por pasiva del demandado.

Frente a los actos ejecutados por el demandado, alegó que los demandantes no han celebrado ningún tipo de contrato de mandato con el mismo, ni le han facultado para administrar el inmueble.

Refirieron una indebida valoración probatoria, toda vez que el Juez de instancia no valoró los testimonios e interrogatorios de parte practicados en el proceso. Consideraron un cambio en el sentido del fallo derivado de la declaración recibida al demandante en audiencia de instrucción y juzgamiento, en la cual manifestó el reconocimiento de los derechos de los copropietarios, sin embargo, lo cierto es que sus actos impiden el ejercicio de sus derechos.

Alegaron una falsa motivación de la sentencia, al no existir una prueba para

concluir el reconocimiento del demandado a los derechos de los demandantes, esto es, la posibilidad de los demandados de ejercer la propiedad sobre el bien reclamado. Finalmente, aclararon que el ánimo excluyente en los actos de señor y dueño del demandado inició con el fallecimiento de la señora María Gaitán de Sosa, fecha desde la cual el demandado negó a los demandantes el ingreso al inmueble.⁷

CONSIDERACIONES

1. No hay objeción a los presupuestos procesales, ni tampoco se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación.

2. El problema jurídico radica en determinar en si están acreditados los presupuestos de la acción reivindicatoria.

3. El libro 2o., Título XII regula la acción reivindicatoria y la consagra como el medio eficaz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consustancial al dominio para así poder obtener la restitución de la cosa a su dueño.

Conforme al artículo 946 del Código Civil "*Es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla*", pues, siendo el dominio "*el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno*" (artículo 669 ejusdem), se caracteriza por conferir a su titular el poder de persecución de la cosa en manos de quien se encuentre.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido reiteradamente que para el buen suceso de la acción de dominio según los términos del artículo 946 del Código Civil, se requiere que en el litigio queden demostrados sus cuatro elementos fundamentales que consisten en: **a).** derecho de dominio del demandante; **b).** posesión material del demandado; **c).** identidad entre la cosa que se pretende y la que es poseída por el demandado; y **d).** que se trate de cosa singular o cuota determinada de cosa singular.

3.1. En cuanto al primer presupuesto, se advierte que los demandantes son propietarios del 73,885% por lo que la acción a ejercer era la prevista en el artículo 949

⁷ Cfr. Expediente digital Link audiencia 29 de junio.

del C.C., y no la consagrada en el artículo 946 del C.C., temática sobre la cual la jurisprudencia ha precisado que:

“No siendo el actor dueño de todo el predio sino de una parte indivisa – ha dicho la Corte – su acción no podía ser la consagrada en el artículo 946 del Código Civil sino la establecida en el 949 de la misma obra, ya que el comunero no puede reivindicar para sí sino la cuota parte de que no está en posesión, y al hacerlo debe determinarla y singularizar el bien sobre el cual está radicado”⁸.

Si bien en la demanda no se deduce cual de las dos acciones se está ejerciendo, dado que se entremezclan, como quiera que en la pretensión primera se pide que se declare que el inmueble pertenece a los actores en un 73,885%, en la pretensión segunda se solicita que se ordene al demandado *“restituir, una vez ejecutoriada esta sentencia, a favor de los demandantes el inmueble en mención”* cuando evidentemente solo se podría restituir hasta el porcentaje del que son dueños, pues no se puede olvidar que el demandado es propietario del saldo restante, falencia que impediría acceder a lo pretendido.

3.2. En segundo lugar, tampoco está acreditado que el demandado sea poseedor del bien inmueble desde el 2 de diciembre de 2011, como pasa a explicarse.

Es cierto como lo aduce el recurrente que en proveído de 22 de octubre de 2018⁹ se tuvo por no contestada la demanda ni la corrección de la misma, amén de que el demandado no concurrió a la Audiencia consagrada en el artículo 372 del C.G.P. lo que tiene como consecuencia procesal la confesión ficta de los hechos contenidos en la demanda, entre los que se encuentran los números 18 y 19 donde se indica expresamente que el demandado tiene la calidad de poseedor desde el 2011.

No obstante lo anterior conforme lo prevé el artículo 197 del C.G.P. *“toda confesión admite prueba en contrario”*, que es lo que ocurre en el presente asunto, dado que el aquí demandado hizo parte de las sucesiones de sus padres: José Dustano Sosa (1997) y María Olimpa Gaitán (2016), que versaron sobre el bien inmueble objeto de este proceso por lo que sus intervenciones tuvieron como efecto reconocer propiedad ajena, amén de desvirtuar la condición de poseedor que se le enrostra desde el año 2011, temática sobre la cual la jurisprudencia ha precisado que:

⁸ C.S.J. SC 30 de junio de 1989

⁹ Fl. 404 C. 2

“Pues bien, tratándose del heredero que alega haber ganado el dominio por prescripción de un bien que corresponde a la masa sucesoral, debe probar que lo posee, en forma inequívoca, pública y pacíficamente, no como sucesor del difunto, sino que lo ha poseído pasa sí, como dueño único, sin reconocer dominio ajeno, ejerciendo como señor exclusivo y con ánimo de propietario de la cosa”¹⁰

A lo que se suma que en escrito presentado el pasado 6 de marzo de 2017 en la Alcaldía Local de Engativá manifestó que *“este problema actual es porque solicito una reunión ante abogados para entregar las cuentas de la productividad producida por mi en dicho inmueble durante este tiempo, puesto que los impuestos devengados por la casa no se han resuelto de conformidad a la ley nos corresponde su cumplimiento a los herederos”*, manifestación que indudablemente constituye un reconocimiento de propiedad ajena y que desvirtúa la calidad de poseedor, por lo que contrario a lo afirmado por los actores en las querellas no ha aducido tener la calidad que se invoca.

Por lo que si bien no existe duda que el demandado tiene el corpus, no sucede lo mismo con el animus, ya que no se reconoce como poseedor, sino como comunero, y es que las controversias entre condóminos respecto de la administración de los bienes no pueden ser resueltas vía acción reivindicatoria como lo pretenden los demandantes, dado que cuentan con el proceso divisorio para finalizar la indivisión o con la designación de administrador, como quiera que mientras no se designe éste todos tienen la administración del bien, y sus diferencias no se enmarcan en esta especial acción.

4. Corolario de lo anterior es que se confirmará la sentencia apelada y se condenará en costas a los apelantes.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 29 de junio de 2021, proferida por

¹⁰ C.S.J. exp. 1999 07559, 28 de noviembre de 2013

el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, D.C.

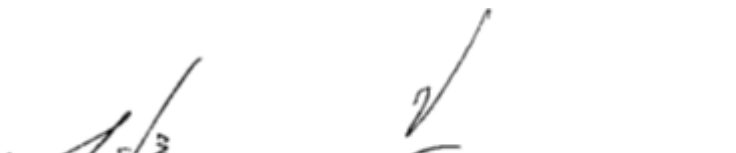
SEGUNDO: CONDENAR en costas al extremo apelante. La Magistrada Sustanciadora señala como agencias en derecho para esta instancia la suma de **\$1'000.000,00.**

En firme la presente decisión, retornen las diligencias al juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE¹¹,


ADRIANA AYALA PULGARIN
Magistrada


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada


JORGE EDUARDO FÉRREIRA VARGAS
MAGISTRADO

¹¹ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 11001 3103 028 2019 00392 01
Proceso: Verbal [Entrega del tradente al adquirente]
Recurso: Apelación sentencia.
Demandante: Suramericana de Eléctricos E Iluminación S.A.S.
Demandado: Wilson Gerardo Sánchez Monroy.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala de 24 de noviembre de 2021 según acta No. 49]

OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación que formuló la apoderada judicial del demandado contra la sentencia de 24 de febrero del año en curso, proferida por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Suramericana de Eléctricos e Iluminación S.A.S. instauró demanda contra Wilson Gerardo Sánchez Monroy, invocando las siguientes pretensiones:

1.1. Ordenar que el demandado le haga entrega inmediata *“de los inmuebles 1215 del [I]nterior 2 Torre 2, y el parqueadero R 161 primer piso que hacen parte del edificio Reserva del Álamo P.H. ubicados en la Carrera 105ª # 75-15 identificados con M.I. 50C-1771231 y 50C-1771050”*.¹

¹ Cfr. Expediente digital, archivo “01CuadernoPrincipal”, “01DemandaAnexos.pdf”, folio 25 [página 39].

1.2. Condenar al señor Wilson Sánchez a pagar a favor de la parte actora *“los frutos, administración y pagos de servicios públicos causados mientras el demandado permanezca disfrutando la propiedad”*, discriminados de la siguiente forma: \$1'500.000 mensuales por concepto de cánones de arrendamiento, \$200.000 mensuales correspondientes a administración y \$300.000 mensuales por servicios públicos, rubros estos causados desde el 24 de febrero de 2019 hasta la entrega del inmueble.²

2. La situación fáctica descrita en el libelo se puede resumir en que el demandado le adeudaba a la parte actora la suma de \$260'000.000 *“y para pagar la anterior deuda entregó a Suramericana de Eléctricos e Iluminación SAS en venta con pacto de retroventa”* los bienes raíces descritos en el acápite de pretensiones, a través de la escritura pública No. 738 de 12 de abril de 2018, registrada en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria. La sociedad demandante convino en dejar al señor Sánchez Monroy en posesión de los inmuebles hasta la fecha pactada para el pago de la suma establecida en el pacto de retroventa, esto es, hasta el 24 de febrero de 2019; sin embargo, llegada el día para el desembolso correspondiente, este no procedió de conformidad.

3. El demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones y alegó las excepciones de mérito que denominó: (i) *“Falta de legitimación activa en la causa petendi por el demandante”*; (ii) *“Falta de personería sustantiva en el demandado”*; (iii) *“Cobro de lo no debido”*; (iv) *“Fuerza y presión psicológica ejercida por parte del demandante en la voluntad del demandado para firmar el acuerdo de pago y la suscripción de la escritura de venta con pacto de retroventa”*; (v) *“Dolo cometido por el actor para la firma del convenio de pago y la escritura pública de venta con pacto de retroventa con graves perjuicios al demandado”*; (vi) *“Nulidad sustancial y absoluta tanto del acuerdo de pago y la escritura pública de venta con pacto de retroventa por vicios del consentimiento en el demandado”*; (vii) *“Causa ilícita en la firma de la escritura de venta con pacto de retroventa en contra del demandado”* y (viii) *“Enriquecimiento ilícito”*.³

4. Agotadas las etapas procesales de rigor, el Juez de conocimiento decidió de fondo la instancia.

² Cfr. Expediente digital, archivo “01CuadernoPrincipal”, “04Subsana.pdf”.

³ Cfr. Expediente digital, archivo “01CuadernoPrincipal”, “09Contestación.pdf”, [páginas 12 y ss].

LA SENTENCIA APELADA⁴

El funcionario judicial de primer grado comenzó por hacer referencia a la normatividad civil aplicable al contrato de compraventa y expresó que en el *sub lite* las partes celebraron dicho negocio jurídico, en el que estipularon un pacto de retroventa, pero llegado el día 24 de febrero de 2019, el demandado no pagó el precio convenido para “*readquirir el bien que había enajenado*”.

Seguidamente, aludió a los fundamentos que sustentan las excepciones de mérito propuestas, advirtiendo que la negociación no comporta “*una maniobra dolosa y mucho menos una coacción física o psicológica imputable a la parte demandante*” y, por el contrario, el contrato suscrito implicó una novación mediante la cual las partes extinguieron una prestación cambiaria incorporada en un pagaré.

Consideró que “*el comportamiento del demandado es contradictorio y rayano en la mala fe, pues secundó el acuerdo que condujo a la celebración del contrato de compraventa para finiquitar el proceso ejecutivo que se adelantaba en su contra en el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá; pero reniega de ese convenio ante este estrado, pretendiendo revivir el debate sobre la obligación cambiaria que consintió en finiquitar, con el manifiesto propósito de eludir la entrega del bien que dio como pago de la deuda*”. Añadió que la prueba testimonial recaudada resulta insuficiente para demostrar los fundamentos de hecho de las excepciones.

Con base en esas motivaciones declaró infundados los medios exceptivos y le ordenó al demandado hacerle entrega de los inmuebles a la parte actora, dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del fallo; además, lo condenó a pagar la suma de \$36’000.000 por “*los frutos civiles causados desde el vencimiento del pacto de retroventa hasta la fecha de esta sentencia, más \$1.500.000,00 mensuales desde esta última data hasta la materialización de la entrega al adquirente*”.

EL RECURSO DE APELACIÓN⁵

La apoderada judicial del demandado alegó en la interposición del recurso los siguientes reparos:

⁴ Cfr. Expediente digital, archivo “01CuadernoPrincipal”, “18Sentencia.pdf”.

⁵ Cfr. Expediente digital, archivo “01CuadernoPrincipal”, “19Apelación.pdf”.

- Contrario a lo que consideró el *a quo*, la prueba documental y testimonial allegada acredita que la parte actora ejerció maniobras fraudulentas para causar violencia psicológica y moral en la voluntad del señor Wilson Sánchez, y de este modo *“lograr con la apariencia de un negocio válido firmar dos documentos viciados de nulidad absoluta, convenio de pago y escritura de compraventa con pacto de retroventa”*, siendo evidente que su consentimiento se encuentra viciado por el dolo y la fuerza.

- No se analizó *“cuál fue el motivo determinante del demandado para contratar y la clara desproporción en la liquidación del crédito y honorarios cobrados al abogado respectivo, dejando de lado el claro constreñimiento del que fue objeto”*.

- No se efectuó un estudio crítico y conjunto de las pruebas, al no observarse con estricto lo reglado en los artículos 164, 165, 167, 175, 245, 280 y 281 del Código General del Proceso.

En la sustentación que presentó ante el Tribunal desarrolló tales argumentos expresando, en síntesis, lo siguiente:

- El funcionario de primer grado prácticamente *“desechó de tajo”* el testimonio de Diana Milena Quintero, sin tener en cuenta que esta tenía participación directa en el manejo contable de la empresa que gerenciaba el demandado y le constaba que los embargos excesivos afectaron la salud de este, al punto que accedió *“a toda clase de presiones de carácter mental y psicológico”* y permitió el cobro excesivo de intereses y la venta del inmueble a un precio inferior de su valor comercial.

- La autoridad judicial no consideró que el testigo Wilson David Sánchez Malambo se trajo al proceso *“no como hijo del demandado sino como [s]ubgerente de la sociedad creada con su padre”*; que este conocía los pormenores del contrato de compraventa con pacto de retroventa y sabía la situación emocional y psicológica que enfrentaba su progenitor y la presión que lo desestabilizó emocionalmente, prueba que acredita *“que el actor utilizó la fuerza y el dolo en toda la negociación del pacto de retroventa”*, fuerza que también ejercieron los subalternos de la sociedad demandante.

En el fallo no se mencionaron los estados financieros, ni de los balances generales de la empresa del demandado, como tampoco de la relación de las demandas instauradas en su contra, ni del contenido del acuerdo de pago y las cifras cobradas, elementos persuasivos que se orientaron a demostrar las irregularidades del pacto de retroventa.

- La sentencia no es congruente, como quiera que las excepciones de mérito “[n]o fueron analizadas jurídicamente”; por otra parte, en el fallo se dejó de lado que la acción ejecutiva se instauró en contra del demandado como persona natural, sin considerar que la obligada era la sociedad y, además, no se consideró *“que el contratante sufría una situación de inferioridad por causa de un peligro inminente su quiebra y muerte comercial. Y como consecuencia del peligro y necesidad, emitió su consentimiento”*.

Finalmente, la recurrente destaca que el Juez debe indagar las motivaciones de las partes para firmar el contrato, y verificar que concurren los requisitos de necesidad y proporcionalidad que deben hallarse presentes en las negociaciones bilaterales, conforme con los lineamientos contenidos en las sentencias C-226 de 2009 y C345 de 2017, y en las sentencias de casación civil de la Corte Suprema de Justicia de 15 de abril de 1969 y 30 de junio de 2011.

CONSIDERACIONES

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

2. El Código Civil protege la autonomía de la voluntad privada como cimiento fundamental de las relaciones contractuales entre los particulares, en consecuencia, dispone que sus pactos son de imperativo cumplimiento para ellas conforme lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil.

Igualmente, el artículo 1603 *ibídem* prevé que los «contratos deben ejecutarse de buena fe y, por consiguiente, obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella», de donde se deduce que las partes contratantes deben proceder conforme a lo previsto en las leyes, orden

público y buenas costumbres durante todo el trámite de la negociación y la ejecución del acuerdo, esto es, sin la intención de defraudar ni engañar a terceros.

3. En el caso *sub examine* la sociedad demandante reclama la entrega “de los inmuebles 1215 del [I]nterior 2 Torre 2, y el parqueadero R 161 primer piso que hacen parte del edificio Reserva del Álamo P.H. ubicados en la Carrera 105ª # 75-15 identificados con M.I. 50C-1771231 y 50C-1771050”, objeto del contrato que celebró con el señor Wilson Gerardo Sánchez Monroy.

La compraventa es un contrato “en que una de las partes se obliga a dar una cosa y la otra a pagarla en dinero. Aquella se dice vender y ésta comprar. El dinero que el comprador da por la cosa vendida se llama precio” (artículo 1849 *ib*). Así, la obligación principal del vendedor es la entrega de la cosa vendida (artículos 1880 y 1884 *ib*).

La tradición es un modo de adquirir el dominio de las cosas, conforme a lo reglado en los artículos 740, 741, 749 y 756 1884 *ejusdem*. En el caso de bienes inmuebles la tradición se perfecciona con la inscripción del título en la Oficina de Instrumentos Públicos y, con la entrega material, la que debe hacerse de manera inmediata después del contrato “o a la época prefijada en él” (artículo 1882 *ib*).

En el presente asunto se aportó con la demanda copia de la Escritura Pública No. 738 de 12 de abril de 2018, otorgada en la Notaría Setenta y Seis del Círculo de Bogotá, en cuya cláusula quinta, “varios”, literal c, se pactó que “EL VENDEDOR, hace en la fecha, la entrega real y material del inmueble”. Sin embargo, en el hecho tercero del libelo se afirmó bajo juramento que el señor Wilson Gerardo Sánchez Monroy no ha efectuado la entrega de los bienes raíces objeto de la compraventa.

El Código General del Proceso prevé en el artículo 378 que el adquirente de un bien cuya tradición se haya efectuado por inscripción del título en el registro, podrá demandar a su tradente para que le haga la entrega material correspondiente, precepto que en el inciso tercero estatuye que “[a] la demanda se acompañará copia de la escritura pública registrada en que conste la respectiva obligación con carácter de exigible, y si en ella apareciere haberse cumplido, el demandante deberá afirmar, bajo juramento que se considerará prestado por la presentación de la demanda, que no se ha efectuado”.

Ahora bien, debe la Sala verificar si se dan los presupuestos necesarios para la procedencia de la entrega deprecada, pues a pesar de no haber sido objeto de reparo, debe ser objeto de revisión, pues como lo ha precisado la jurisprudencia:

“(...) [E]l juez tiene el deber de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración, de acuerdo con el principio fundamental de que sólo ésta limitado a no variar la causa petendi (hechos), pero no así a determinar el derecho aplicable al juicio o a revisar si los presupuestos de cada una de las acciones se cumplen o no, dado que en virtud del principio iura novit curia las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario”.

“Es así que el mismo legislador, estableció en su artículo 282 del Código General del Proceso, que en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda». Y con mayor claridad en relación a la impugnación indica el artículo 328 de la citada codificación, que: «[E]l juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”.

“Normas de las que se desprende, que por regla general la competencia del superior está restringida a pronunciarse sobre los argumentos expuestos por el apelante, pero existen excepciones a esa restricción, tales como: (i) cuando las dos partes impugnan, pues en este caso se debe resolver sin limitaciones; y (ii) en aquellas oportunidades en que debe darse un pronunciamiento de oficio atendiendo lo dispuesto en la ley, que generalmente se da cuando la determinación de segunda instancia conlleva a que deba decidirse sobre temas íntimamente relacionados con ésta”.

*“Justamente, es en esta última salvedad es que se enmarca la consagrada en el artículo 282 ibídem, en relación a que si el juzgador encuentra probados los hechos que constituyen una excepción deba declararla de oficio, **en especial cuando se observa que no se cumplen los requisitos para acceder a la pretensión** (...)” (negrillas propias)⁶.*

Analizada la demanda y sus anexos el Tribunal advierte que este proceso de entrega de tradente al adquirente no es la vía adecuada para los propósitos acá pretendidos por la sociedad demandante, teniendo en consideración que en la cláusula quinta de la escritura en mención las partes pactaron lo siguiente:

“QUINTO.- CLÁUSULA COMPROMISORIA: Los firmantes manifiestan que se firma u[n] contrato de [c]omodato precario el cual se protocoliza con la presente escritura”.

A pesar de su incorrecta denominación, ya que no contiene como tal una cláusula que remita al conocimiento de los árbitros las controversias que surjan entre las partes, sino que se estipuló fue un comodato precario que conlleva que “*el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo*” (art. 2219 del C.C., por lo que, indiscutiblemente, la parte actora se equivocó al promover la presente acción, como

⁶ CSJ. STC 23 de julio de 2019, exp. 11001-02-03-000-2019-02206-00.

quiera que la tenencia del inmueble por parte del demandado deriva del contrato en mención, situación que indefectiblemente ubica la controversia en un escenario judicial diferente a este.

Ahora bien, aunque ni en la demanda, ni en la contestación nada se dijo acerca de la existencia del mencionado contrato, lo cierto es que la Sala no puede, de manera alguna, soslayar la manifestación que sobre el particular aparece consignada en el instrumento público en estudio, que no fue tachado de falso a lo que cabe agregar que no aparece prueba que lo allí estipulado se hubiese dejado sin efecto.

Aunado a lo anterior, en el hecho tercero de la demanda se indicó que *“El comprador Suramericana de Eléctricos e Iluminación S.A.S. convino dejar al vendedor [s]eñor Wilson Gerardo Sánchez Monroy en posesión del inmueble hasta la fecha pactada para el pago de la suma establecida en el pacto de retroventa, es decir, hasta el 24 de febrero de 2019 (...)”*, lo que ratifica que la entrega como tal se hizo.

4. En el anterior orden de ideas, es claro que la pretensión de entrega no podía prosperar, lo que impone que el Tribunal revoque en su integridad el fallo apelado, para en su lugar denegar el *petitum* invocado por la parte actora, y condenarla en costas de las dos instancias al ser la parte vencida, conforme lo prevé el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

Por 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: REVOCAR la sentencia proferida el 24 de febrero del año en curso por el Juzgado Veintiocho Civil del Circuito de esta ciudad, y en su lugar negar la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de las dos instancias a la parte actora. Las de primera las fijará el *a quo* y las de segunda, la magistrada sustanciadora la fija en la suma de **\$1'000.000,00.**

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE⁷,

Adriana Ayala Pulgarin.
ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

⁷ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 11001 3199 003 **2019 02728 01**
Proceso: Verbal [Acción de protección al consumidor]
Recurso: Apelación de Sentencia.
Demandante: Comercializadora Ragged y Cia. S.A.
Demandada: Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala de 24 de noviembre de 2021 según acta No. 49]

OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación que formuló Acción Sociedad Fiduciaria S.A. contra la sentencia de 22 de febrero del año en curso, proferida por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia - SFC.

ANTECEDENTES

1. Comercializadora Ragged y Cia. S.A., actuando por conducto de apoderada judicial, formuló acción de protección al consumidor financiero¹ en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., para que previos los trámites del proceso verbal, se declare el incumplimiento contractual de la compañía demandada, y se realicen los siguientes pronunciamientos:

¹ Cfr. Expediente digital, carpeta "000", archivo "2019120884-000-000.pdf"

a) Se “*oblige*” a la demandada a devolverle la totalidad de los recursos que depositó en desarrollo del contrato de encargo fiduciario individual No. 0001100010273, que ascienden a la suma de \$2.095’358.500.

b) Se ordene que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. pague los intereses legales liquidados desde la fecha de los desembolsos que efectuó la demandante, hasta que se verifique el reintegro total.

c) Se le ordene a la demandada realizar la devolución de las sumas de dinero debidamente indexadas.

2. Los fundamentos fácticos de las pretensiones admiten el siguiente compendio:

- A la demandante le ofrecieron vincularse a un proyecto denominado Centro Comercial Marcas Mall Cali, el que se desarrollaría en la carrera 1ª con calles 52ª, 54 y 55 de la ciudad de Santiago de Cali.

- Con miras al desarrollo del mencionado proyecto, y en aras de vincular a los futuros compradores de las unidades comerciales, el 17 de diciembre de 2013 la sociedad Urbo Colombia S.A.S. celebró, en calidad de promotora, un contrato con Acción Sociedad Fiduciaria S.A., denominado *encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall*, a efectos de que dicha fiduciaria realizará la “*transferencia de los recursos [dineros cancelados por los promitentes compradores] a la [p]romotora, una vez SE CUMPLIERA UNA SERIE DE REQUISITOS*”², negocio jurídico que esta última cedió posteriormente a la promotora Marcas Mall Cali S.A.S.

- El 3 de septiembre de 2014 la parte actora suscribió con la demandada el encargo fiduciario individual No. 0001100010273, orientado a que la sociedad administrara “*los recursos por ella depositados para adquirir el local comercial Nro. 1-052*”.

- El valor total de la inversión ascendió a la suma de \$2.327’065.000; la demandante cumplió a cabalidad las obligaciones del contrato, empero, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no hizo lo propio, pues no acató las condiciones que se

² Dichos requisitos reposan en la cláusula tercera del contrato referido.

requerían previo a la transferencia de los recursos a la promotora, dado que no comprobó que la propiedad del predio estuviera a nombre del fideicomiso; tampoco verificó que se hubiera alcanzado el punto de equilibrio, ni constató que la totalidad de los convenios de preventa ascendiera al 52% de las ventas estimadas del proyecto, y soslayó la necesidad de la carta de aprobación o preaprobación del crédito constructor.

- En el acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 la fiduciaria *“acreditó unas condiciones inexistentes que le sirvieron de soporte para efectuar a partir de esa fecha la transferencia indebida de los recursos de los inversionistas a la promotora, a otros fideicomisos administrados por ella, a terceros (...)”*, todo lo cual le irrogó a la demandante un grave detrimento patrimonial porque *“no cuenta con su inversión dado que no se le ha reintegrado la totalidad de la misma, no cuenta con el bien inmueble pues no le fue ni escriturado, ni entregado, y el proyecto [no] se desarrolló toda vez que fue descapitalizado debido al indebido manejo de los recursos de los inversionistas por parte de la fiduciaria”*.

- La fiduciaria incumplió su obligación de liquidar el contrato de encargo fiduciario de preventas Promotor MR-799 Marcas Mall, como lo exige la ley; por otro lado, se abstuvo de dar respuesta a la reclamación directa y omitió pronunciamiento alguno en relación con la solicitud de devolución de los dineros que invirtió la compañía demandante, la que, por demás, no tiene derecho a participación de alícuota sobre el inmueble en el que se desarrollaría el proyecto, toda vez que en el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria no se le otorgó a los inversionistas la calidad de beneficiarios del patrimonio autónomo, sino de terceros compradores.

3. Acción Sociedad Fiduciaria contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones mediante la formulación de las excepciones de mérito que denominó: (i) *“Cláusula Compromisoria”*; (ii) *“Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable”*; (iii) *“Error en la identificación del contrato celebrado”*; (iv) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”* y (v) *“excepción genérica”*.³

Además, llamó en garantía a AIG Seguros Colombia S.A. -hoy SBS Seguros Colombia S.A.-, aseguradora que planteó las siguientes excepciones de mérito contra el

³ Cfr. Expediente digital, carpeta “016”.

libelo: (i) *“Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”*; (ii) *“Falta de legitimación en la causa por pasiva- Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S”*; (iii) *“Procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración”* y (iv) *“Excepción genérica”*.⁴

De igual manera, se opuso al llamamiento en garantía y propuso los medios exceptivos de: i) *“Ausencia de cobertura- inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”*; ii) *“Ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 [de] 30 de septiembre de 2017 a 30 de septiembre de 2018 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas [en los] numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro”*; iii) *“improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de cada una de las secciones de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”*; iv) *“Improcedencia de la acumulación de los límites asegurados bajo la póliza No. 1000099”*; v) *“Aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza No 1000099”* y vi) *“Excepción genérica”*.

4. Adelantadas las etapas procesales de rigor, el *a quo* profirió sentencia el 22 de febrero del año en curso.

LA SENTENCIA APELADA⁵

La autoridad de primera instancia comenzó por establecer que la excepción de cláusula compromisoria no tiene vocación de prosperidad porque debió proponerse como previa; seguidamente se refirió al negocio fiduciario inmobiliario celebrado con la finalidad de desarrollar el proyecto del Centro Comercial Marcas Mall, en el que *“convergen dos figuras contractuales para cada una de las dos etapas, el encargo fiduciario MR 799 y el contrato de fiducia mercantil FA 2351”*; en el primero de estos los adquirentes *“entregaban unos recursos en la etapa de ‘preventas’ a Acción Fiduciaria S.A., para que después fueran remitidos al citado patrimonio autónomo, y así generar una fuente de liquidez; y el segundo, que consiste en el desarrollo o ejecución del proyecto”*, figura que se estructura como un solo negocio jurídico,

⁴ Cfr. Expediente digital, carpeta “017”.

⁵ Cfr. Expediente digital, archivo pdf “118”.

pues los contratos están coligados para efectos de un análisis integral de la relación entre el adquirente de una unidad inmobiliaria y la fiduciaria.

Determinó que ambas partes se encuentran legitimadas en la causa, y advirtió que para efectos de su vinculación a los negocios coligados antes mencionados, la sociedad demandante suscribió con Acción Sociedad Fiduciaria S.A. el encargo fiduciario individual No. 1100010273, de fecha 3 de septiembre de 2014, para que administrara los recursos de su inversión, conforme a las sumas de dinero acordadas, los cuales debían transferirse al promotor del proyecto inmobiliario, una vez se cumplieran las condiciones pactadas en el contrato, obligación que la fiduciaria no cumplió porque omitió poner en marcha los procedimientos de control para determinar, evaluar y verificar que el punto de equilibrio establecido por el fideicomitente no comprometiera la viabilidad del proyecto y que no se presentaran desviaciones de los recursos recaudados; además, no gestionó un crédito constructor, ni comprobó que el inmueble en el que se desarrollaría el centro comercial se encontrara inscrito a su nombre, situaciones que le impedían transferir los recursos aportados por los inversionistas al fideicomiso Marcas Mall.

Destacó que desde el fideicomiso FA 2351 Marcas Mall se giraron \$14.838'833.110 para pagar el lote de terreno en el que se construiría el proyecto, es decir, se usó el dinero de los inversionistas siendo que el inmueble debía ser aportado por el fideicomitente; constató actuaciones *“más graves y preocupantes, respecto de una entidad a la que le fue autorizada por el Estado una actividad de interés público, que comportaba unos estándares especiales de diligencia en el desarrollo de sus labores”*, pues se acreditó la indebida administración del negocio fiduciario por parte de la oficina de la fiduciaria en la ciudad de Cali, como lo demostró el *“Informe Definitivo Investigación y Consolidación Evento de Riesgo Operativo en la Sociedad Fiduciaria”*, cuyos hallazgos muestran que se giraron dineros a otros fideicomisos, y a la sociedad *“Inversiones 88 S.A.S.”*, cuya accionista es Rosalba Romero, madre de Álvaro José Salazar gerente de la oficina de Cali, todo lo cual dio lugar a que la fiduciaria instaurara la respectiva denuncia penal ante la Fiscalía General de la Nación.

Con fundamento en tales circunstancias, la Superintendencia encontró claramente comprometida la responsabilidad de la fiduciaria, por haber direccionado los pagos de la demandante a otro fideicomiso sin efectuar la correspondiente conciliación de cuentas, pese a tener pleno conocimiento, a partir de la entrega del informe de auditoría, acerca de la existencia de irregularidades en el destino de los recursos del mencionado fideicomiso.

Memoró que en virtud de lo dispuesto en los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, las falencias de las empresas corren por cuenta de la selección de sus funcionarios, y por el ejercicio de sus deberes, lo cual cobra vigor si se tiene en cuenta que Salazar era uno de los representantes legales de la fiduciaria demandada, por lo que no puede perderse de vista que las entidades financieras deben establecer controles orientados a evitar que la actividad de sus dependientes genere daños a terceros.

Encontró probado el daño, pues *“los dineros pedidos por la actora ingresaron al patrimonio autónomo”*, dado que la sociedad demandante pagó \$2.095'065.000, valor que deberá ser reembolsado por la fiduciaria, debidamente indexado.

En punto del llamamiento en garantía precisó que la conducta fraudulenta que dio origen a los hechos objeto de controversia configura una de las causales de exclusión prevista en la póliza de responsabilidad civil profesional.

Con fundamento en todo lo anterior, la autoridad de primer grado declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la fiduciaria y la declaró civilmente responsable de los perjuicios irrogados a la compañía demandante, condenándola a pagar la suma de \$2.510'232.866,56; además, le abrió paso a los medios exceptivos denominados *“Ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 [de] 30 de septiembre de 2017 a 30 de septiembre de 2018 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas [en los] numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro”* y *“Sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.”*, que formuló la aseguradora llamada en garantía.

EL RECURSO DE APELACIÓN⁶

El apoderado judicial de la demandada expuso ante la Superintendencia los reparos concretos de su inconformidad, que se circunscriben a los siguientes: que el fallo no se fundamentó en el vínculo contractual, sino en aspectos internos del funcionamiento de la fiduciaria; que no se integró el litisconsorcio necesario con el promotor del proyecto inmobiliario; que la autoridad valoró las pruebas en forma individual y aislada, y no de modo sistemático como lo prevé el artículo 176 del Código General del Proceso; que no existe obligación contractual alguna, si se tiene en consideración que su representada acató la normatividad vigente, específicamente el Decreto 2649 de 1993, el que no consagra reglas específicas *“asociadas con la necesidad de hacer conciliaciones bancarias de los dineros que son depositados por tercero[s] o clientes”*, por manera que Acción Sociedad Fiduciaria *“es quien tiene la potestad para definir e implementar los procedimientos de control que considere pertinentes y adecuados para garantizar que se cumplan las normas de información financiera, que se cumplan las cualidades requeridas de la misma y que se cumplan los objetivos pedidos en la norma”*.

Añadió que en este caso no se configura la responsabilidad contractual, toda vez que la fiduciaria cumplió con sus deberes y nunca actuó con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible, ni le causó daño alguno a la sociedad demandante; que la parte actora no identificó los requisitos que se exigían para la transferencia de los recursos y, finalmente, que el análisis que la Superintendencia hizo en punto del llamamiento en garantía resulta superfluo *“y atado a un supuesto de hecho que no ha sido probado”*, soslayando el material probatorio e interpretando *“las declaraciones de la representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA como una confesión, cuando por el contrario lo único que se indicó en el interrogatorio de parte es que mi representada conoció de hechos que serían presuntamente fraudulentos y procedió a dar alerta a las autoridades competentes como indica su deber legal”*.

CONSIDERACIONES

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

⁶ Cfr. Expediente digital, Carpeta “121”.

2. En el presente asunto, la acción de protección al consumidor que instauró la sociedad Comercializadora Ragged y Cia. S.A. se orienta a obtener una condena de orden patrimonial, con fundamento en la responsabilidad contractual que le atribuye a Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

En virtud de lo anterior, para la prosperidad de las pretensiones se requiere, entonces, demostrar la concurrencia de los presupuestos axiológicos de la responsabilidad, a saber: a) el incumplimiento de una obligación de naturaleza contractual; b) la existencia de un daño sufrido por la parte demandante y c) una relación de causalidad entre estos dos presupuestos.

3. Para lo que habrá de resolverse recuérdese que la fiducia mercantil *“es un contrato por el cual, una persona encarga a otra para que cumpla con una finalidad específica en relación a unos bienes concretos, cuya titularidad le transmitirá con el propósito de que pueda cumplir el fin propuesto, a favor de uno o varios beneficiarios”*⁷

En este tipo de contrato se configura una operación triangular entre el fiduciante o fideicomitente, la fiduciaria y el beneficiario; respecto de la fiduciaria, se requiere de una entidad profesional dedicada exclusivamente a dicha operación, que tiene a su cargo tres tipos de obligaciones: profesionales, legales y contractuales.

4. Ahora bien, en el presente asunto la autoridad de primer grado concluyó que la fiduciaria incumplió con sus obligaciones legales y contractuales, determinación que el Tribunal confirmará en su integridad, pues la abundante prueba recaudada en el trámite de la primera instancia así lo devela con nitidez.

En efecto, en el contrato de encargo fiduciario individual que la sociedad demandante suscribió el 3 de septiembre de 2014 (aportado con los anexos del libelo) se estableció que su objeto consistía en la administración de los recursos depositados por el inversionista, los cuales debía transferir la fiduciaria al promotor, una vez cumplidas las condiciones allí previstas, entre ellas, que se contara con la aprobación de

⁷ Arrubla Paucar. Jaime. Contratos mercantiles, tomo IV, pág. 154).

un crédito constructor y que el lote en el que se desarrollaría el proyecto inmobiliario se encontrara a nombre del fideicomiso.

Así mismo, en la cláusula quinta del contrato de encargo fiduciario MR 799 se pactaron las obligaciones a cargo de la fiduciaria como, por ejemplo, la de mantener los recursos recaudados, separados del resto de sus activos y de los recursos que correspondan a otros encargos fiduciarios, deber que igualmente se estipuló en el numeral 3° de la cláusula octava del contrato de encargo fiduciario individual.

En este orden de ideas, resulta indubitable que Acción Sociedad Fiduciaria S.A., previo a la transferencia de recursos al promotor, tenía la obligación de verificar las condiciones de punto de equilibrio, como se desprende de lo estatuido en los contratos de encargo matriz (cláusula tercera del contrato MR-799) y encargo fiduciario individual (cláusula primera), propendiendo porque lo certificado por el Promotor se encontrara debidamente acreditado, lo cual evidentemente no hizo, pues no constató la aprobación del crédito constructor, ni tampoco la titularidad del derecho de dominio sobre el lote en el que se construiría el Centro Comercial Marcas Mall, inmueble que para la fecha de suscripción del acta de verificación de 4 de noviembre de 2014 no era de propiedad del fideicomiso administrado por esa fiduciaria, como se desprende de la anotación No. 11 del certificado de tradición y libertad aportado con la demanda, y se corroboró con las manifestaciones que sobre el particular expresó la representante legal de la fiduciaria en el curso del interrogatorio practicado en la audiencia inicial (Expediente digital, carpeta “057”, archivo “Exp. 2019-2728 Audiencia 1”).

Esa negligencia por parte de la fiduciaria puso en riesgo, desde un comienzo, la viabilidad del proyecto inmobiliario, situación que no resulta plausible desde ningún punto de vista, si en consideración se tiene que, como bien lo dijo la autoridad de primera instancia, *“la sociedad fiduciaria como experto y especialista en el nicho de la fiducia mercantil”* se halla compelida a *“contar con procedimientos adecuados y metodologías para la gestión y control de riesgos, así como disponer de una adecuada estructura organizacional para asegurar una eficaz toma de decisiones con respecto a la administración, manejo e inversión de los bienes fideicomitidos”*.

Entonces, si la demandada no cumplió verificó con estrictez las condiciones para la transferencia de recursos, debió, indefectiblemente, proceder a la devolución de los dineros aportados por los inversionistas, lo cual evidentemente no realizó y, por el contrario, hizo uso de los mismos para pagar más de catorce mil millones de pesos por el lote en el que se desarrollaría el proyecto inmobiliario, siendo que eso le correspondía hacerlo al fideicomitente.

Aunado a todo lo anterior, quedó plenamente demostrado el incumplimiento de un deber legal y contractual por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., consistente en “[m]antener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios” (numeral 2º, artículo 1234 del Código de Comercio), obligación que se estipuló expresamente en la cláusula quinta del encargo fiduciario.

Sobre el particular milita en el expediente una prueba contundente, consistente en el *“Informe Especial de Auditoría – Oficina Cali”*, rendido por Rafael Alonso Uribe Contreras el 21 de enero de 2018 (exp. digital, carpeta “095”, pruebas Femme), en cuyo acápite de descripción del trabajo se precisó que *“La Presidencia de la Junta Directiva y la Dirección General de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., a través de la dirección general de negocios fiduciarios solicitó un trabajo especial de auditoría, relacionado con la identificación y análisis de situaciones inusuales relacionadas con la administración de negocios fiduciarios en la Oficina de Cali, en especial, al Gerente de la Oficina”*.

En los hallazgos de dicho informe se advirtió que, de diversos fideicomisos, incluyendo el Marcas Mall, se hicieron diferentes pagos a la sociedad Inversiones 88 SAS, por más de dos mil ochocientos millones de pesos, compañía cuya representante legal es Rosalba Romero Torres, quien es *“la madre de Álvaro José Salazar”*, gerente de la Oficina de la ciudad de Cali.

En las páginas 21, 22, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31 y 32 del aludido informe se presentan cuadros resumen que reflejan la salida de dineros del fideicomiso Marcas Mall. En la actualización de dicho informe, realizada el 2 de febrero de 2018 se

evidenciaron otras irregularidades, las que se ampliaron en informe de 17 de abril de esa anualidad.

En el mes de julio de ese mismo año, se presentó un informe definitivo en el que se expusieron de manera pormenorizada todas y cada una de las situaciones anómalas verificadas en la oficina de Cali, consistentes, entre otras, en retiros y abonos no autorizados de fondos en las cuentas de propiedad de los fideicomisos cuyo resultado refleja un saldo negativo a favor de los mismos; operaciones en las que se permite al constructor recibir directamente recursos provenientes de la venta de unidades inmobiliarias; suscripción de pagarés en favor de terceros en representación de la fiduciaria, sin una instrucción para ello.

En las páginas 4, 5 y 6 del informe se realiza un cuadro en el que se indica el rol que desempeñaron en esas actividades algunos empleados de la Oficina de Cali; en el informe se destaca, además, el impacto económico tras las operaciones en las que se sustrajeron recursos pertenecientes a algunos fideicomisos, bajo la administración de la fiduciaria en la oficina de la mencionada ciudad. Y en las páginas 181 a 184 se registra la lista extensa de recursos *“girados desde el fideicomiso Marcas Mall que no tienen relación con el proyecto Marcas Mall”*.

El gestor de esos informes, esto es, el auditor Rafael Alonso Uribe Contreras rindió declaración en audiencia celebrada en otro proceso ante la Superintendencia Financiera de Colombia, la que se acopió al expediente como una prueba trasladada (ver carpeta 106 del expediente digital), diligencia en la que explicó en forma detallada los pormenores de cada uno de los hallazgos observados al interior de la Oficina de Cali.

Surge incontestable, entonces, el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales por parte de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., que impactaron de manera directa a la sociedad demandante, que en su condición de beneficiaria de área pagó la suma de \$2.095'358.500, tal y como lo relató su representante legal en la audiencia inicial, al absolver el interrogatorio de parte (carpeta “057”, minuto 57 en adelante).

En este orden de ideas, no prosperan los argumentos de la apelación, mismos que, en su mayoría, se orientan a desconocer la responsabilidad contractual de la fiduciaria. Destaca el Tribunal que la autoridad de primera instancia apreció en conjunto los elementos de juicio recaudados, pruebas que mostraron sin dubitación el manifiesto incumplimiento de las obligaciones a cargo de la demandada.

Por demás, las alegaciones relacionadas con la falta de integración del contradictorio con el promotor del proyecto constituyen aspectos propios de una excepción previa y, por lo mismo, lucen del todo improcedentes a estas alturas del proceso.

Finalmente, tampoco se abre paso el reclamo del apelante en punto del llamamiento en garantía, como quiera que la fiduciaria reconoció de modo expreso que tanto el gerente de la sucursal de Cali, como otros empleados de esa oficina incurrieron en maniobras fraudulentas, consistentes en el manejo indebido de recursos, y en la manipulación de algunos documentos de la fiduciaria, al punto que instauró la denuncia penal respectiva ante la Fiscalía General de la Nación, situación que configura las causales de exclusión del amparo, previstas en los literales a) y b) del numeral 3.7. del acápite de exclusiones de la póliza constituida por Acción Sociedad Fiduciaria

5. Como natural corolario de las anteriores motivaciones, se impone confirmar en su integridad el fallo apelado, con la consecuente condena en costas a la parte recurrente conforme lo prevé el numeral 3 del artículo 365 del C.G.P.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero del año en curso por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la fiduciaria demandada. Se fija como agencias en derecho la suma de **\$2'000.000,00.**

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE⁸,

Adriana Ayala Pulgarin
ADRIANA AYALA PULGARIN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FÉRREIRA VARGAS
MAGISTRADO

⁸ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

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

Bogotá, D. C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3010 2016 00744 02 - **Procedencia:** Juzgado 11 Civil del Circuito.
Proceso: Cooperativa Multiactiva Saes. vs. Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual n°. 51
Decisión: Revoca Parcial.

En cumplimiento de lo previsto por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelve por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Civil del Circuito el 10 de junio de 2021 y corregida el 14 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

1. La Cooperativa Multiactiva Saes instauró demanda en contra de Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A. –actualmente en reorganización-, con el propósito de:

i. Que se declarara que entre las partes existió un contrato de depósito mercantil en el que el 21 de noviembre de 2014 la demandante entregó al demandado un total de 136.341 bolsas de azúcar marca San Jacinto, cada una con 50 kilogramos del producto, y que el depositario incumplió el aludido negocio al no restituir a la actora la cantidad de 6.943 sacos.

ii. En consecuencia, que se condenara a la sociedad Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A. al pago de perjuicios, estimados bajo juramento, así: \$441.100.454 a título de daño emergente y que corresponde al valor de los sacos de azúcar que no fueron devueltos; y

¹ Por el 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 la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.//En este caso el auto dictado en segunda instancia alcanzó firmeza y cumplió su finalidad.

\$280.791.546 como lucro cesante por el valor dejado de percibir como utilidad al no comercializarse el azúcar, sumas que se reclamaron actualizadas al momento de la sentencia, más intereses moratorios.

2. El fundamento de las pretensiones se resume como sigue:

a. Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A., en desarrollo de su objeto social recibe a título de depósito comercial mercancías de propiedad de particulares y se encarga de la conservación, custodia y manejo de las mismas, sociedad que envió a la demandante la oferta comercial No. 764 de 31 de julio de 2014 para la prestación de servicios de agenciamiento aduanero, almacenamiento y/o operación portuaria de azúcar.

b. El 2 de septiembre de 2014 se suscribió el respectivo convenio en el que Almagrario S.A. se obligó a brindar los servicios conforme a la oferta mercantil, contrato en el que se comprometió a ejercer custodia de la mercancía entregada a modo de depósito.

c. La Cooperativa Multiactiva Saes compró el 24 de octubre de 2014 en el Perú 150.000 sacos de azúcar marca San Jacinto, producto que fue transportado vía marítima en la motonave TINOS desde el puerto de Chimbote hasta el puerto de Cartagena de Indias, para lo cual se expidieron dos BL² y/o conocimiento de embarque.

d. Una vez arribó el cargamento al puerto de Cartagena de Indias fue sometido a los trámites y controles contemplados en la legislación colombiana para la respectiva nacionalización; fueron retenidos 3 sacos de azúcar por las autoridades sanitarias para lo de su competencia.

² Bill of lading.

e. De la azúcar importada la demandada recibió la cantidad de 136.341 sacos y cada uno contenía 50 kilogramos del producto. Siguiendo las instrucciones acordadas la cooperativa emitió con destinó a Almagrario órdenes por un total de 129.283 sacos para que ésta los entregara a terceras personas. Es decir, no restituyó la cantidad de 6.943 bolsas de azúcar, lo que ha causado a la actora ‘enormes perjuicios materiales’.

3. La entidad demandada no ejerció oposición por haber acudido extemporáneamente, según auto del a-quo de 21 de junio de 2017.

LA SENTENCIA APELADA

Declaró que la sociedad demandada incumplió el contrato de depósito y que es responsable por la no restitución a la convocante de 6.943 bultos de azúcar. Por tanto, la condenó al pago de perjuicios en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, y para el efecto tomó en cuenta las cuantías descritas en la demanda, pero indexadas.

Indicó el a-quo que en el expediente obra el contrato No. 425 de 2 de septiembre de 2014 suscrito por las partes, en el que la convocada se obligó a: ejercer con diligencia y cuidado la guarda y custodia de la mercancía entregada a título de depósito; conservarla en el estado que la recibía; preparar los respectivos despachos de acuerdo a las instrucciones del cliente; realizar periódicamente los informes de los inventarios, entre otros.

Así, después de hacer referencia a las pruebas practicadas, encontró acreditado que en virtud de un contrato de depósito oneroso, a Almagrario le fueron entregados 136.341 sacos de azúcar que, a su vez, debía dar a terceros por medio de la expedición de órdenes de cargue; que se despacharon un total de 129.283 bultos; y que la sociedad demandada no logró demostrar y/o justificar lo que sucedió con 6.943

sacos que contenían la mercancía, excepto 287 de los que admitió que se perdieron debido a la humedad. De otro lado, expuso que el argumento de la demandada según el cual existían órdenes repetidas por cantidades diferentes del producto no sobrepasó su propio dicho, extremo que debe soportar las consecuencias procesales de no haber contestado la demanda.

Agregó que no se cuestionó el cumplimiento de las cargas convencionales asumidas por la Cooperativa Multiactiva Saes. Y cuando abordó el detrimento causado a la actora consideró que cada bulto de azúcar ascendía al valor de \$63.351.67, para una cifra por daño emergente de \$441.100.454, monto que fue estimado bajo juramento en la demanda y no hubo objeción por la pasiva.

Frente al lucro cesante también profirió condena por la suma señalada en la demanda y que corresponde a la ganancia que la demandante proyectó obtener por la comercialización de los 6.943 sacos de azúcar, comoquiera que -según la juez-, se reportó con documentos que el valor del kilogramo del producto en Colombia para el 19 de octubre de 2016 valía \$2.700 lo que equivale a que cada bulto costaba \$135.000, cifra que de cara al daño y su cuantificación la redujo a \$104.000 con base en lo que dijo el representante legal de la cooperativa en el interrogatorio de parte y la prueba testimonial.

LA APELACIÓN

La parte demandada en su recurso expuso que:

1. No es cierto que cada BL de mercancías tuviera un contrato independiente, tampoco es cierto que Almagrario S.A. no llevara un sistema de control de los bultos de azúcar recibidos de parte de la demandante.

2. Con el interrogatorio de parte que rindió la representante legal de Almagrario S.A. se acreditó que la empresa reportaba a diario la cantidad de bultos que salían de sus instalaciones, sin que la actora presentara objeción alguna, ya que siempre estuvo conforme con la información brindada.

3. En la sentencia se pasa por alto que no era obligación de la demandada entregar la mercancía a los clientes propios de la cooperativa. Almagrario S.A. recibía órdenes de salida del producto vía correo electrónico y demás medios digitales.

4. En la actuación está probado que la sociedad demandante no hizo un registro minucioso de la salida de mercancías, puesto que Almagrario S.A. recibió órdenes por escritos realizados a mano alzada, desde el sistema de la cooperativa y de correos electrónicos de dominio de la convocante emitidos por funcionarios encargados de tales funciones. Es decir, no se llevaba un único formato de órdenes de salida para un mejor control.

5. Se demostró que la demandada varias veces recibió órdenes para ser tomadas de inventarios que ya no contaban con saldo de mercancía, por lo que tuvo que llamar la atención al cliente quien finalmente manifestaba que el despacho se hiciera de otro inventario (lo cual se prueba con el interrogatorio que rindió la representante legal de Almagrario S.A.)

6. No se allegó como prueba las órdenes de salida de mercancía, con el fin de corroborar que efectivamente se habían emitido a cargo de la depositaria. Por el contrario *‘en el interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, se indicó que la empresa cuenta con copias de cada una de las órdenes de salida emitidas por SAES a cargo de Almagrario, con su correspondiente control de salida expedido*

por la Almacenadora, prueba que no fue aceptada por la a quo, para ser incorporada al expediente, en la diligencia de interrogatorio de parte’.

Se adujo que como lo expuso la representante en la declaración de parte, Almagrario S.A. puso a disposición de la cooperativa información sobre los despachos con los que contaba *“es decir copias de las órdenes de salida emitidas por SAES y copias de los controles de salida emitidos por Almagrario acatando las órdenes de SAES, sin tener por parte de la demandante una respuesta a esa invitación que evitara el inicio de este proceso, pues se reitera Almagrario cuenta con documentación que soporta la salida de la totalidad de los bultos de azúcar que se recibió de propiedad de la demandante”*. Para el efecto solicitó que el tribunal decrete de oficio la incorporación de esos documentos.

7. La demandante manifiesta que no recibió 6.943 sacos de azúcar, pero —continúa el recurso— no logró probar que los mismos fueran requeridos a la almacenadora ya que no presentó copias de las órdenes de salida *‘que dieran cuenta que le solicitó a la demandada la totalidad de la mercancía almacenada para concluir, sin lugar a dudas, que la empresa dejó de entregarle la cantidad de sacos alegada’*.

8. Que perdió de vista el a-quo que una de las obligaciones de Almagrario S.A. era abstenerse de entregar mercancía recibida en depósito a persona alguna, salvo que cuente con autorización previa y expresa del cliente, deber contractual que fue cumplido.

9. Que para endilgar la responsabilidad de un daño debe existir un nexo causal que no fue probado por la demandante pues para acreditar *‘que las órdenes de salida de las mercancías emitidas por ésta, iban precisamente dirigidas a Almagrario, debió aportar copia de las mismas y no sólo enlistarlas, como lo hizo en el hecho 16 de la demanda’*, es decir que *‘no*

logró probar que tales sacos no fueron entregados por la empresa a través de los inventarios correspondientes’.

10. Que no es cierto que las testigos no estuvieran autorizadas para emitir órdenes de salida de la mercancía.

11. Que pese a que la contestación de la demanda fue extemporánea *‘basados en una decisión injusta, inadmisión que no se debió al descuido o desatención del demandado sino a una interpretación errónea del a quo y del ad quem’*, es claro que el juez tiene la obligación de buscar la verdad en aras de sustentar su decisión en pruebas que le confieran claridad sobre los hechos expuestos, por lo que de haber decretado oficiosamente los documentos con los que contaba Almagrario S.A. le hubiera permitido hallar esa verdad *‘y evitar fundamentar un fallo acudiendo a una presunción legal injusta’*. (Cita la sentencia SU-768 de la Corte Constitucional).

12. Y que la sociedad demandada, para el día de los hechos, tenía la calidad de almacén general de depósito, por lo que no podía ser condenada al pago del lucro cesante por así disponerlo el artículo 34 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

CONSIDERACIONES

1. De entrada se advierte que aunque en la sustentación de la apelación la parte demandada planteó que se aceptaran como pruebas de oficio los documentos que se intentaron adosar al expediente cuando se practicó el interrogatorio de parte y que el a-quo denegó tal incorporación, lo cierto es que su aducción en el trámite de la segunda instancia es improcedente, comoquiera que la petición que a modo de reparo se propone no se adecua a ninguna de las causales establecidas en el artículo 327 del Cgp.

A lo expuesto se suma que el deber de decretar pruebas de oficio no es absoluto, sobre todo en el curso de la segunda instancia, comoquiera que el fallador en ejercicio de esa labor debe ser meticulado en su decreto pues si bien tiene la carga de establecer la verdad de los hechos objeto de debate –como se propone en el recurso con soporte en una sentencia de la Corte Constitucional-, su actuar no puede romper el equilibrio de los deberes procesales de las partes, mucho menos corregir las fallas en la actividad probatoria de quien ejerce o resiste la acción³.

En este caso la sociedad Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A. no contestó la demanda en tiempo, por lo que fue su propia omisión lo que generó que no postulara pruebas, de allí que resulta improcedente la incorporación oficiosa de los documentos que se aducen en la impugnación. Y a más de que para cuestionar la sentencia no es de recibo tratar de revivir debates cuya definición quedó sellada por determinaciones en firme, de todos modos la decisión del juez de primera instancia en punto a la extemporaneidad del escrito de oposición no puede catalogarse de injusta –como lo aduce el recurrente-; y tampoco lo que resolvió este tribunal frente a la apelación propuesta en contra del auto que denegó una petición de nulidad, pues tales providencias fueron adoptadas con fundamentos jurídicos y acordes con la realidad procesal, específicamente en atención a la tardía presentación del escrito con el cual pretendió contestarse la demanda.

2. Despejado lo anterior, y al abordar el reparo en este otro aspecto del fallo apelado, se impone revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, comoquiera que si bien se comparte la argumentación que

³ “la atribución para decretar pruebas de oficio no es ilimitada o absoluta, ni puede servir de pábulo para suplir la falta de diligencia de las partes, pues ‘de otra forma, se desdibujaría el equilibrio judicial que gobierna a los litigios y que impone respetar las cargas probatorias procesales que la normatividad vigente ha reservado para cada uno de los sujetos que intervienen en esa relación procesal’” CSJ sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp. 2006 00712 01. Citada recientemente en sentencia SC282-2021 de 15 de febrero de 2021. Radicación n.º 08001-31-03-003-2008-00234-01.

ofreció el a-quo en la resolución de la controversia, habida cuenta que la sociedad demandada no probó el destino que le confirió a los 6.973 bultos de azúcar que le fueron entregados en virtud del contrato de depósito de mercancías que suscribió con la Cooperativa Multiactiva Saes; sin embargo, producto de la responsabilidad contractual no podía condenarse a la convocada al pago del lucro cesante con ocasión de la no entrega de la mercancía a su contraparte, conforme se explica a continuación:

Al respecto conviene recordar que con ocasión del contrato de depósito⁴, una persona le confía a otra una cosa para que la guarde con cargo de restituirla (C.C., arts. 2236, 2253 y 2240; C. de Co. arts. 1170 a 1179). Se trata, por expresa disposición legal, de un negocio jurídico real que se perfecciona con la entrega de la tenencia de la cosa al depositario. Es un negocio remunerado cuando se caracteriza por ser comercial (art. 1170 C. de Co.). Además, el depositario responderá hasta de la culpa leve en la custodia y conservación de la cosa, pero se presumirá que la pérdida o deterioro se debe a culpa suya; y, para liberarse del deber de resarcir, debe probar la existencia de una causa extraña (art. 1171 *ibídem*).

Ahora bien, tratándose de los llamados Almacenes Generales de Depósito, calidad que ostenta la aquí demandada, o que al menos reunía para cuando se celebró el contrato acá debatido, existe reglamentación especial que regula el régimen de responsabilidad por el incumplimiento

⁴ “Se trata de un contrato real, pues sólo se perfecciona con la entrega de la cosa” (C.S.J. sent de 19 de noviembre de 2001, exp. 5933), por lo que “(...) la plena demostración de su existencia implica, indefectiblemente, acreditar la efectiva realización de dicha entrega, a través de alguna de las diversas modalidades que el ordenamiento jurídico contempla para el efecto (...) Y como en la regulación comercial del contrato de depósito no se encuentra referencia alguna a la forma de perfeccionamiento de tal tipo negocial, es necesario concluir que el depósito mercantil, al igual que el de carácter civil, es un contrato de forma específica, pues requiere para su perfeccionamiento de ‘la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario’, tal como con claridad lo dispone el artículo 2237 del Código Civil.” (Sent. 26 de febrero de 2010, exp. 11001-3103-039-2001-00418-01).

en los compromisos que asumen con ocasión de la celebración de contratos de depósito.

Así, se tiene que el artículo 34 del Decreto 663 de 1993 –Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, preceptúa que: *“los almacenes generales de depósito serán responsables por la conservación, custodia y oportuna restitución de las mercancías que les hayan sido depositadas, pero en ningún caso responsables por pérdidas, mermas o averías que se causen por fuerza mayor o caso fortuito; ni por pérdidas, daños, mermas o deterioros que provengan de vicios propios de las mismas mercancías, salvo que el depósito sea a granel; en silos o recipientes análogos; ni serán responsables por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño, merma o avería de las mercancías quedando limitada, su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los almacenes, el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad”*.

Por tanto, surge la necesidad, en primer lugar, de precisar si la solución al caso debe realizarse con base en las normas comerciales que regulan en general el contrato de depósito, o sí, por el contrario, dada la particular condición de la demandada, el asunto debe tratarse conforme a lo prevé el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, discusión que fue objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia, entidad que concluyó que:

“..la Corte juzga que para el caso particular la responsabilidad del almacén general de depósito frente a sus depositantes debe regirse por la disposición que acaba de transcribirse [Estatuto Orgánico], la que regula de modo especial y autónomo la materia planteada, pues además de constituir norma propia para la actividad financiera, gobierna las

*consecuencias de la pérdida de las mercancías en manos del profesional del depósito. De conformidad con lo dicho, el almacén general de depósito sólo se exonera si acredita caso fortuito o fuerza mayor, lo que hace inaplicable la primera parte del artículo 1171 del Código de Comercio por cuya virtud "el depositario responderá hasta de la culpa leve en la custodia y conservación de la cosa"*⁵.

Con base en lo expuesto, se tiene que en el *sub lite*, para exonerarse del deber de reparar la demandada debía probar la existencia de una fuerza mayor o un caso fortuito en el pérdida de los bultos de azúcar, en los términos del Decreto 663 de 1993.

2.1. Dicho lo anterior, se destaca que el caso concreto no hay discusión en torno a que entre las partes se celebró el negocio que denominaron ‘condiciones operativas de contrato de depósito de mercancías’⁶, convenio en el que se estableció que Almagrario, se encargaría de prestar los servicios de agenciamiento aduanero, almacenamiento, y/o operación portuaria de mercancías consistente en azúcar –cláusula primera objeto-. Que la obligación principal de la demandada consistió en ‘*conservar la mercancía en el estado que la recibe, para lo cual se obliga a tomar todas las medidas que sean necesarias para la correcta ejecución del contrato de depósito*’ –cláusula sexta núm. 1-; y que asumiría la responsabilidad de la ‘*conservación, custodia y oportuna restitución o entrega de la mercancía*’ –cláusula décima tercera-⁷.

⁵ CSJ sentencia de 21 de noviembre de 2005. Expediente No. 11001-3103-003-1995-07113-01.

⁶ Páginas 33-40 archivo ‘04CuadernoUnoPrincipal’.

⁷ Pero se aclaró que “Almagrario no será responsable por pérdidas, daños o averías de las mercancías, que sean causadas por fuerza mayor o caso fortuito, ni que provengan de vicios ocultos de tales mercancías o su empaque. En caso de que las pérdidas daños, mermas o averías a las mercancías se produzcan por causas diferentes a la fuerza mayor, caso fortuito o vicios propios de la mercancía o su empaque, Almagrario deberá restituir especies iguales, en igual cantidad y calidad a las depositadas o si así lo prefiere pagará el valor por el cual dichas especies se hubieran registrado en su contabilidad, todo ello, en los términos del artículo 34 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”.

Asimismo, en la actuación está demostrado que con ocasión del negocio de marras la Cooperativa Multiactiva Saes entregó a Almagrario S.A., para que ésta procediera al almacenamiento y custodia, un total de 136.341 sacos de azúcar, cada uno con un total de 50 kilogramos del producto, tal como se corrobora con el documento ‘actas operativas 069’⁸ firmado por el jefe de operaciones de la demandada, donde se certificó sobre la recepción de la cantidad en mención y que fue importada al país en la motonave ‘TINOS’ en dos BL o conocimiento de embarque, así: 82.500 sacos en el BL 1 y 53.841 sacos de azúcar en el BL 2. Incluso, la admisión de esa mercancía y por las montos en referencia, fue una situación que aceptó la representante legal de la acá apelante en el interrogatorio de parte.

Por manera que, probada como se encuentra la existencia de una relación negocial, en donde la demandada, quien asumió la calidad de depositaria, se obligó a almacenar y proteger bienes de su contraparte a cambio de una remuneración, y acreditado, por demás, que recibió la cantidad de bultos de azúcar que se aduce en la demanda, todo ello constituye un cúmulo de situaciones de las que se sigue que era ese extremo procesal quien tenía la carga de probar la devolución a su propietario de la totalidad de la mercancía en buenas condiciones, o cuando menos poner de presente la existencia de una eventual causa mayor y/o caso fortuito que la hubiera llevado a incumplir con los compromisos adquiridos, pero ningún elemento de juicio trajo Almagrario S.A. al proceso para corroborar que en realidad cumplió en íntegro con sus deberes contractuales, y tampoco propuso argumentos que dieran cuenta de eventos fortuitos o de fuerza mayor determinantes del incumplimiento.

⁸ Página 79 *ibídem*.

La inobservancia del deber de probar por parte de la accionada, cobra mayor evidencia frente a la negación indefinida que se planteó en el hecho décimo octavo de libelo, donde se mencionó que la depositaria no restituyó la cantidad de 6.943 sacos de azúcar, puesto que contrario a lo que se afirmó en la sustentación del recurso⁹, esa vicisitud estaba exenta de prueba, pues se trata de negaciones o afirmaciones indefinidas y en este caso el extremo demandado no las controvirtió, a tal punto que no contestó la demanda (art. 97 cgp) y dejó de ejercer alguna oposición eficaz.

Valga recabar en ello: al demandante le basta enunciar (a fuer de denunciar) el estado de incumplimiento –como que, en línea de principio, se trata de una negación indefinida- para que en cabeza de la contraparte quede la carga de suministrar una prueba contraria, trátase de la de su cumplimiento, ora la del evento (fuerza mayor o caso fortuito) que la releve de la responsabilidad por inejecución.

Inclusive, el hecho constitutivo de una negación se presume por cierto debido al desinterés que mostró el extremo demandado en el decurso del litigio, confesión ficta que, por demás, reúne los parámetros contenidos en el artículo 191 del Cgp, porque de haber sido provocada mediante interrogatorio de parte se tenía la capacidad para confesar, contiene efectos que le producen consecuencias desfavorables a la pasiva, favorecen a la parte actora y no existe formalidad alguna para su concreción.

En suma, concluye la sala, como acertadamente lo definió el juez de primer grado, que en el *sub lite* se daban todos los presupuestos para que se declarara el incumplimiento por parte de la sociedad convocada,

⁹ Se dijo que la actora ‘no logró probar que tales sacos no fueron entregados por la empresa’.

habida cuenta que, se repite, ningún medio de juicio adosó en tiempo y que diera cuenta sobre la devolución a la propietaria de los 6.943 sacos de azúcar que sí le fueron dados para su cuidado, de suerte que no existe la supuesta ruptura del nexo causal entre el incumplimiento y el daño causado, en los términos que se propusieron en la impugnación.

2.2. En punto a los reparos, de entrada baste decir que la mayoría de ellos no cuestionaron el motivo central que llevó a la falladora a declarar el desacato contractual, esto es, que Almagrario S.A. no acreditó la entrega del producto faltante, pues aseveraciones tales como: (i) que no es cierto que cada BL de mercancías tuviera un contrato independiente; (ii) que no es verdad que Almagrario S.A. no llevara un sistema de control; (iii) que reportaba a diario los bultos de azúcar que salían de sus instalaciones y que su co-contratante estuvo conforme con la información brindada; (iv) que no era obligación entregar la mercancía a clientes de la cooperativa, entidad que no tenía un control minucioso; (v) las supuestas falencias que se alegan en las órdenes de entrega que expedía la demandante (dirigidas a saldos que no contaban con mercancía); (vi) que la actora tenía que traer al proceso las órdenes de salida; (vii) que no es cierto que las testigos no estuvieran autorizadas para emitir órdenes de salida de mercancía, etc.; en verdad son aspectos que en el hipotético caso de ser ciertos no tendrían la virtud para revocar la sentencia, o derruir las consideraciones del juez, habida cuenta que no atacan la tesis principal de la sentencia censurada.

De lo anterior es dado colegir que la parte apelante no cuestionó, en gran parte de sus inconformismos, la realidad, la valoración y análisis realizado en la sentencia proferida, en tanto que no intentó refutar de manera concreta las razones y conclusiones que sobre el caso sentó la funcionaria.

Es imperioso señalar que para la existencia del reparo en la forma en que se encuentra diseñada tal figura en el sistema que actualmente rige (art. 327 Cgp y art. 14 D.L. 806/20), y a pesar de la exigencia de ser concreto, es necesario que la parte apelante argumente cuál es la antítesis frente a la postura del juez y exponga los fundamentos; en otras palabras, que manifieste las razones por las cuales, en su sentir, no anduvo afortunado el juez a-quo en sus consideraciones y porqué habría lugar a la revocatoria de la providencia impugnada. No obstante, se repite, ello no sucedió frente a los motivos de impugnación a los que ya se hizo referencia y el extremo demandado se limitó a exponer situaciones, sin que en momento alguno hubiere concretado un aspecto determinado de la controversia según lo decantado por la juez, y sin indicar la desavenencia específica contra la labor efectuada por aquella.

Bajo tal línea, debe acotarse que la figura del ‘reparo concreto’ a la que el legislador condiciona la procedibilidad del recurso de apelación conforme las normas atrás citadas, no podría satisfacerse con manifestaciones por completo ajenas al análisis, fundamento y conclusiones que llevaron al juez a adoptar la decisión respectiva en la sentencia.

Sobre el punto, la jurisprudencia ha expuesto que “cuando el legislador, en la norma aquí comentada –inciso 2, numeral 3 del artículo 322 del C.G.P.- le asigna al apelante el deber de “*precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión*”, le exige expresar de manera “*exacta*” y “*rigurosa*”, esto es, “*sin duda, ni confusión*”, ni vaguedad, ni generalidad, las censuras realizadas a la sentencia origen de su reproche, inconformidades que luego habrá de sustentar ante el superior”¹⁰.

¹⁰ CSJ, sentencia STC3374-2017. Radicación No.: 76001-22-03-000-2016-00936-01.

Por tanto, sin más, no hay lugar a que el tribunal se pronuncie sobre los puntos en mención, de los que valga recabar algunos se formularon con sustento en lo que dijo la representante legal de sociedad demandada en el interrogatorio de parte, cuando es conocido que el dicho de los litigantes sobre las circunstancias que le favorecen, sin soporte demostrativo adicional, no sirven de fundamento para corroborar los supuestos de hecho en que fincan sus posiciones de cara al diferendo en ciernes. Es decir, como a lo largo del tiempo se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, a nadie le es dado fabricar su propia prueba a partir de su particular versión sobre el litigio, argumento adicional para descartar el mérito de los reparos anunciados frente a la revocatoria pretendida.

2.3. En lo que sí le asiste razón a la apelación es en que Almacenes Generales de Depósito Almagrario S.A. no podía ser condenada al pago del lucro cesante, por expresa prohibición del artículo 34 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero¹¹, habida consideración que:

“Emerge de lo visto que reconocidas como obligaciones del depositario las de conservar y restituir los bienes depositados, el compromiso subsiste alternativamente con el valor de dichas especies, aún ante la pérdida, daño, merma o avería, de donde se deduce que si el Tribunal, con vista en el artículo 34 del Decreto 663 de 1993, enunció como regla general de indemnización sólo el daño emergente, y excluyó el lucro cesante, su interpretación se encuentra lejos de constituir el yerro endilgado en el cargo. Dicho de otra manera, la lectura correcta de la norma señala que los almacenes generales de depósito en ningún caso

¹¹ “ni serán responsables por el lucro cesante que ocasione la pérdida, daño avería de las mercancías, quedando limitada su obligación a restituir especies iguales, cuando fuere el caso, en igual cantidad y calidad a las depositadas, o si así lo prefieren los almacenes, el valor por el cual dichas especies se hubieren registrado en su contabilidad”

*son responsables si hay caso fortuito o fuerza mayor, "ni serán responsables" de lucro cesante."*¹².

En consecuencia, se revocará el ordinal cuarto de la sentencia impugnada, porque no había lugar a la condena por el lucro cesante que se pudo haber causado producto de la no devolución de la reclamada falta de bultos de azúcar, sin que la interpretación de la norma que propone el no apelante en la réplica sea válida, puesto que la Corte Suprema de Justicia en la providencia en cita dejó claro que en ningún caso los Almacenes Generales de Depósito podían ser condenados al pago del daño en estudio.

Por último, aunque en el aparte de ‘peticiones’ del escrito de sustentación se solicitó reducir la indemnización al valor de la mercancía declarado por la demandante, el artículo 34 del Decreto 663 de 1993 hace alusión a la devolución del valor ‘*por el cual dichas especies [mercancía] se hubieren registrado en su contabilidad*’, no del monto declarado, siendo eso lo único que se dijo en la alzada (art. 328 Cgp).

3. En resumen, no demostró la parte recurrente el destino que le otorgó a los 6.943 bultos de azúcar que le fueron entregados, menos hizo referencia a la configuración de una fuerza mayor o un caso fortuito que la liberara de responsabilidad, pero de todos modos no podía ser condenada al pago del lucro cesante, por lo que se revocará el ordinal cuarto de la sentencia impugnada y ante la prosperidad parcial del recurso no se impondrá condena en costas en esta instancia.

DECISIÓN

¹² CSJ, providencia ya citada.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3010 2016 00744 02

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** el ordinal cuarto de la sentencia proferida el 10 de junio de 2021, corregida el 14 de julio de 2021 por el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar se niega el reconocimiento del lucro cesante. En lo demás, la sentencia se mantiene incólume. Sin costas de segunda instancia. Devuélvase el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



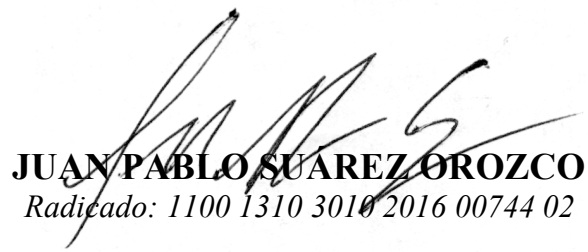
GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Radicado: 1100 1310 3010 2016 00744 02



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Radicado: 1100 1310 3010 2016 00744 02



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1310 3010 2016 00744 02

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

DEMANDANTE	:	Raúl Eduardo Abella Ramírez
DEMANDADO	:	German Bochica Moncada
RECURSO	:	Extraordinario de Revisión

Se encuentra al despacho el recurso extraordinario de revisión que presento el señor Leonardo Fabio Arzuaga Zuleta en contra de la sentencia que dictó el Juzgado 35 Civil Municipal de Bogotá el día 24 de julio de 2019, dentro del proceso de restitución de inmueble de Raúl Eduardo Abella Ramírez en contra de Germán Bochica Moncada para examinar si reúnen los requisitos previstos en el art. 358 del C.G.P., y proceder según corresponda.

Revisada la demanda del recurrente se encuentra que como causal de revisión invocó la prevista en el numeral 6º del art. 355 ibidem, sin embargo se advierte que se presentó de manera extemporánea, porque superó el término de 2 años previsto en el art. 356 ibidem, conforme pasa a exponerse:

1. El Juzgado 35 Civil Municipal de Bogotá profirió sentencia el 24 de julio de 2019, que quedó ejecutoriada el 30 del mismo mes y año.
2. El inciso 7 del art. 118 del C.G.P., señala “cuando el término sea de meses o de años su vencimiento tendrá lugar el mismo día que empezó a correr del correspondiente mes o año”, es decir que el término de 2 años para instaurar el recurso venció el 30 de julio de 2021.
3. No obstante, con ocasión de la emergencia sanitaria que decretó el Gobierno Nacional por COVID19 los términos judiciales fueron

suspendidos del 16 de marzo al 30 de junio de 2020 – Acuerdo PCSJA20-11517 y siguientes, lo que equivale a 3 meses y 16 días.

4. Ante la interferencia de este lapso de suspensión se debe adicionar el mismo tiempo y contabilizarlo a partir del 30 de julio de 2021, obteniendo como fecha máxima para interponer el recurso el 16 de noviembre de 2021.

5. El recurso se radicó para su reparto vía electrónica en la secretaría de esta Corporación el 24 de noviembre de 2021.

6. De acuerdo con todo lo dicho, es claro que el recurso invocado es extemporáneo con relación a la causal invocada, por lo que, de acuerdo con el inciso 4° del artículo 358 id. se impone su rechazo.

En mérito de lo expuesto, es **RESUELVE:**

Rechazar por extemporáneo el recurso extraordinario de revisión formulado por Leonardo Fabio Arzuaga Zuleta contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Civil Municipal de Bogotá, el 24 de julio de 2019.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Se niega por improcedente el recurso de apelación que presentó la parte actora en contra de la sentencia proferida el 24 de noviembre de 2021, dentro del trámite del recurso extraordinario de revisión comoquiera que tan solo procede contra las sentencias de primera instancia tal como lo señala el art. 321 del C.G.P., sin que la decisión que pretende censurar tenga tal connotación por corresponder a la proferida en el curso de un recurso extraordinario contra una sentencia ya ejecutoriada (art. 354 ib.)

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : Miriam Contreras Cadena.
DEMANDADA : Aramse S.A.S.
CLASE DE PROCESO : Verbal – Responsabilidad civil contractual.

Se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación formulado por la demandante, contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2021, por el Juzgado 8º Civil del Circuito, dentro del proceso de la referencia.

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

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

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : Rosaura Blanco Bello, heredera determinada
de Pablo Enrique Blanco y Ana María Bello.
DEMANDADA Olga Liliana Ríos Correa.
CLASE DE PROCESO : Verbal – Reivindicatorio.

Se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación formulado por la demandante, contra la sentencia proferida el 23 de abril de 2021, por el Juzgado 6º Civil del Circuito, dentro del proceso de la referencia.

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

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

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : Policarpo Medina Amaya.
DEMANDADA Fabio Medina Amaya,
herederos indeterminados de María Teresa
Amaya de Medina y
Luis Fernando Medina Amaya.
CLASE DE PROCESO : Verbal - Simulación.

Se ADMITE, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación formulado por el demandado Fabio Medina Amaya, contra la sentencia proferida el 12 de octubre de 2021, por el Juzgado 41 Civil del Circuito, dentro del proceso de la referencia.

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

Tanto la sustentación como la réplica se remitirán al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 del Decreto mencionado, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : Martha Esperanza Muñoz Córdoba.
DEMANDADA : Pablo Emilio Pedreros.
CLASE DE PROCESO : Ejecutivo.

Se ADMITE, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación formulado por el demandado, contra la sentencia proferida el 4 de octubre de 2021, por el Juzgado 11 Civil del Circuito, dentro del proceso de la referencia.

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

Tanto la sustentación como la réplica se remitirán al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 del Decreto mencionado, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : Alba Nelly Arango a nombre propio y en
representación de María José y Nicolás
Arizmendi Arango
DEMANDADA Rosa María Muñoz
CLASE DE : Responsabilidad médica.
PROCESO

No se accederá a la solicitud elevada por la apoderada judicial del llamado en garantía DR. RAFAEL FERNANDO DUQUE RAMIREZ, de declarar desierta la sustentación de la apelación formulada por la parte demandante, contra la sentencia proferida el del 12 de agosto de 2021 por el Juzgado 22 Civil del Circuito, dentro del proceso de la referencia, toda vez que se presentó en tiempo. Nótese que la admisión de la alzada se notificó el 2 de noviembre del año en curso, el término de ejecutoria se surtió los días 3, 4 y 5 siguientes, el previsto para sustentar el recurso corrió entre los días 8 al 12 del mismo mes y el escrito de los censores se allegó el día 10, en tiempo y conforme el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, según lo certificó el secretario de esta Sala.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : GUSTAVO ALBERTO ROSADO VÁSQUEZ
DEMANDADOS SARA VALENTINA e ISABELLA PRADA PATIÑO, EN
CALIDAD DE HEREDERAS DETERMINADAS DEL
CAUSANTE HERNANDO PRADA PEÑA,
REPRESENTADAS POR SU MADRE ALIX ADRIANA
PATIÑO TRIANA E INDETERMINADOS.
CLASE DE : ORDINARIO DE PERTENENCIA
PROCESO

Teniendo en cuenta lo informado por la abogada Francia Elena Cerquera Lozano, frente al requerimiento realizado en auto del 24 de noviembre de 2021, se le precisa que la única prueba que se encuentra pendiente por practicar, y de la que viene tratando toda la actuación precedente en esta instancia, es aquella ordenada por auto de sala dual el 9 de julio de 2021 y es precisamente sobre esa que se le pidió a la apoderada que adecuara su requerimiento. Luego, aquí no se está discutiendo la “renuncia” a otros medios probatorios como correos electrónicos, ni extractos bancarios y consignaciones a los que alude aquella; por ende, todas las manifestaciones realizadas al respecto, no tienen cabida en esta etapa y no deben generar confusión sobre las pruebas ya obrantes en el expediente frente a aquella en la que insiste se debe practicar.

Nótese además que, aunque Cerquera Lozano reitera en su escrito que “se hace muy difícil abrir el correo, como lo han manifestado todos y cada uno de los ingenieros de sistemas que se han consultado” y por lo mismo manifestó “el desistimiento de la práctica de la prueba de la inspección judicial”, persiste en que se realice, por eso, el Despacho,
RESUELVE:

1. Designar a Yefrin Garavito Navarro, en su calidad de Director de Laboratorio de Informática Forense, Unidad de Investigación Criminal de la Defensa para que, asista a la “inspección judicial” y rinda experticia sobre el “computador que utilizaba el señor Hernando Prada para recibir mensajes electrónicos”.

Remítase copia de la totalidad del expediente digital al profesional convocado utilizando los datos de notificación que refirió la abogada en el escrito en que lo propuso.

2. Para llevar a cabo la inspección judicial, con intervención de perito, sobre el computador que utilizaba el señor Hernando Prada para recibir mensajes electrónicos, con el fin de verificar los hechos de la demanda y de la contestación, se fija la hora **8:30 a.m.** del día **27 de enero de 2022.**

La actuación se realizará de forma presencial, en las instalaciones del Tribunal Superior de Bogotá. El equipo de cómputo sobre el cual se debe practicar la inspección deberá ser presentado al estrado judicial por la parte demandada, en la fecha fijada para esta prueba.

Para tal efecto, cítese al perito Yefrin Garavito Navarro. Secretaría comuníquesele al profesional el presente auto por el medio más expedito.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 035 2021 00115 01 - Procedencia: Juzgado 35 Civil del Circuito.
Ejecutivo: Bancolombia S.A. Vs. José Salvador Polo Ángel.
Asunto: **Apelación de auto se rechazó una solicitud de nulidad.**

Se resuelve la apelación interpuesta por la parte demandada contra el auto 9 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

1. Mediante la providencia materia de impugnación, el *a quo* rechazó la solicitud de nulidad que formuló el demandado con base lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 133 Cgp. En sustento, señaló que tal nulidad se alegó *“una vez fue saneada, ya que actuó sin proponerla. Obsérvese que se aportó poder y se le conoció (sic) personería el 19 de agosto de 2021, sin que en dicha oportunidad haya alegado el vicio acá invocado, de ahí que, en la hora actual, se encuentre saneado”*.

2. En su recurso, el apoderado del ejecutado adujo que en la solicitud elevada el 4 de agosto de 2021 se pretendía el reconocimiento de *“personería y el acceso digital al expediente, por cuanto no se tenía conocimiento de todo lo actuado en el proceso”*; que, en ese orden, sólo fue hasta el 20 de agosto, fecha en que tuvo acceso al expediente digital, que *“se tuvo conocimiento de las notificaciones realizadas...”*; que la petición de anulación se radicó el 27 del mismo mes, *“estando en término para alegar lo anteriormente explicado, siendo así es deber del juez resolver la nulidad de fondo por cuanto no se tenía conocimiento del expediente con anterioridad, y se debe propender a salvaguardar el derecho al debido proceso, siendo este un derecho fundamental”*.

CONSIDERACIONES

1. De entrada se advierte que el auto apelado será ratificado, comoquiera que, de hipotéticamente haberse configurado la nulidad de que trata el numeral 8 del artículo 133 Cgp (no haberse practicado la notificación en legal forma) y tener por cierto que los hechos que se invocan, aquella habría quedado saneada de conformidad con el numeral 1 del artículo 136 ib. y el inciso segundo *in fine* del canon 135, comoquiera que luego del momento de su supuesta estructuración, la parte que ahora la alega actuó en el trámite sin proponerla, por lo que no quedaba otro camino al juez de primer grado que rechazar la petición (inciso final art. 135).

En efecto, nótese que el 4 de agosto de 2021 el apoderado del demandado concurrió al proceso, presentando memorial y poder: que en auto de 19 de agosto siguiente se le reconoció personería y solo hasta el 27 del mismo radicó vía correo electrónico la solicitud de nulidad, conducta procesal que *aparejó el saneamiento* de un eventual vicio en torno al asunto planteado, como acertadamente lo estimó el juez *a quo*.

Bajo tal línea, es claro que en el primer momento en que se acudió a este trámite, y como acto primigenio, debió invocarse la nulidad que a juicio del demandado tuvo ocurrencia, máxime si se tiene en cuenta que dicho extremo habría tenido conocimiento de la existencia del trámite en su contra, pues, no por otra razón, otorgó poder y su mandatario judicial acudió al mismo, y en esa senda, el demandado mismo podría haber tenido acceso al expediente virtual.

De este modo, entonces, si el demandado consideraba que no había sido enterado del auto en virtud del cual se libró el mandamiento de pago, lo propio era poner de presente esa supuesta omisión en el instante inicial en

que se acudió al proceso, en aras de salvaguardar sus derechos de raigambre constitucional, no obstante, ello no sucedió.

Cabe acotar que, en un caso de circunstancias muy similares al presente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de impugnación de acción de tutela, encontró razonable la decisión de los Despachos allí convocados de rechazar la solicitud de nulidad propuesta¹. En efecto, en tal providencia dicha Corporación señaló:

“Nótese, los despachos convocados evaluaron la conducta procesal del promotor y advirtieron que la tardanza en la presentación de la nulidad no estaba justificada, pues bien pudo aducirse la invalidez tan pronto como se allegó el poder conferido por el censor a su abogado, esto es, el 4 de abril de 2019, máxime si dicho mandatario habría podido verificar el decurso de manera directa, antes de elevar cualquier reclamación. Con esa comprensión, la falta del accionante, en torno a la exposición de la nulidad aquí invocada, en su primera intervención, suscitó la superación de cualquier anomalía en los trámites de notificación.

Bajo ese horizonte, para la Corte, no se incurrió en la trasgresión aducida porque los despachos enjuiciados, al abrigo de lo reglado en el numeral 1° del artículo 136 del Código General del Proceso², estimaron que, ciertamente, el precursor tuvo la oportunidad de invocar las posibles irregularidades en el diligenciamiento y, pese a ello, actuó con dilación, tardanza que no halla justificación en el tiempo usado para el recaudo de elementos demostrativos, dado que, para lograr su recepción, nada impedía demandar la intervención del despacho cognoscente”.

3. Ahora bien, en el recurso de apelación de manifiesta que solo se tuvo acceso al expediente el 20 de agosto de 2021 y que el 4 del mismo mes se había solicitado tal permiso, por lo que hasta la primera fecha de conocieron los actos de notificación que obraban en el proceso y antes de ello no se habría podido invocar la nulidad.

¹ Fallo STC4297-2020 de 9 de julio de 2020, Radicación n.º 47001-22-13-000-2020-00102-01.

² “(...) Artículo 136. Saneamiento de la Nulidad. La nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: (...).
1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla (...)” (se destaca).

Sin embargo, tal argumento no puede salir avante, habida cuenta que, para otorgar poder, es evidente que el demandado tenía los datos del proceso ejecutivo, de donde puede colegirse que él mismo habría podido acometer la revisión del expediente de manera virtual, y, incluso en compañía de su apoderado, así tener la posibilidad de verificar los hechos relativos a la notificación, para que, si tenían reparos sobre ello, aducir lo pertinente en el primer momento en que acudiera con tal apoderado. Y es que aceptar tal postura implicaría que se avalara el descuido o incuria de la parte convocada en punto a las cargas iniciales y pasos previos una vez tuvo noticia del litigio.

Por lo tanto, como el interesado (demandado) tiene acceso al expediente, debieron analizar los asuntos pertinentes para acudir en su defensa o plantear las supuestas irregularidades. Y como ello no tuvo lugar en el caso, cualquier eventual vicio fue saneado.

Además, teniendo en cuenta la figura de la preclusión de términos y que el demandado podía acometer la revisión necesaria habiendo tenido conocimiento de la existencia del trámite, ha debido acudirse directamente a promover la nulidad y no ejecutar actos procesales antes de invocarla.

4. En suma, el numeral 1 del artículo 136 Cgp establece que irregularidades como la acá invocada se considerará saneada *“cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla”*, en otras palabras, si acudiendo al proceso no la puso en conocimiento en el primer momento en que actuó, deberá inferirse que aquella fue convalidada, como ocurrió en el presente caso.

Al respecto, debe precisarse que *“[t]odo cuanto concierne a los procedimientos judiciales, a menos que lo haya establecido directamente la*

Constitución, corresponde al legislador, como surge con claridad de los artículos 29, 228, 229 y 230 de aquélla, entre otros. Por supuesto, es precisamente el legislador el llamado a definir los hechos y circunstancias que dan lugar a las nulidades y también el encargado de estatuir lo relativo a las posibilidades de saneamiento o convalidación de actos o etapas procesales, la manera y términos en que pueden obtenerse”³.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, **CONFIRMA** el auto proferido el 9 de septiembre de 2021 por el Juzgado 35 Civil del Circuito.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE
El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Rad.: 11001 31 03 035 2021 00115 01

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: 033f5a6905ce2e2b44f637aaaaea14e25010fb8115f0cb54e6ba20878a2f4c47
Documento generado en 10/12/2021 04:52:54 PM

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

³ Sentencia C 217 de 1996.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013103009201900510 01

Se decide el recurso de apelación que la parte demandada interpuso contra la sentencia de 16 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado 9º Civil del Circuito de la ciudad en el proceso que le promovieron Neddy Etelvina del Socorro Pradilla de Martí, Diana Paola y Sandra Milena Martí Pradilla.

ANTECEDENTES

1. Las referidas demandantes llamaron a proceso verbal a Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. para que se declare que tienen derecho al pago de la indemnización por la ocurrencia del siniestro amparado con la póliza banca seguros grupo con plan familia No. 11000 – certificado 1000293365, por lo que debe condenarse a su demandada a pagarles \$100 000 000, junto con los intereses moratorios causados desde el 28 de agosto de 2017.

2. Para sustentar sus pretensiones, manifestaron que el señor Antonio Martí Monroy suscribió con la aseguradora demandada un contrato de seguro de “banca seguros grupo plan familia”, incluido en la póliza No. 11000, que amparaba a los clientes de la red Multibanca Colpatria S.A. y a sus familias en caso de fallecimiento o de incapacidad total o permanente del asegurado.

Agregaron que el señor Martí, desde el año 2004 y hasta el día de su fallecimiento (28 de agosto de 2017), suscribió múltiples certificados

individuales que hacían parte de la referida póliza, por renovación automática y previo el pago de la prima pactada. La última vigencia se dio respecto del certificado individual No. 10002933365, contrato que, según la aseguradora, terminó por mora en el pago el 24 de marzo de 2018, a pesar de que el asegurado había fallecido 7 meses antes, situación que la aseguradora conocía.

Adujeron que, tras la muerte del señor Martí, el 5 de septiembre de 2017 pidieron el pago del valor asegurado; sin embargo, la aseguradora objetó la reclamación el 2 de octubre siguiente, porque la póliza tenía previsto, para el amparo básico de vida, una edad máxima de permanencia de 70 años, y el señor Martí tenía 71 años el día de su fallecimiento. Luego, en respuesta a una queja que interpusieron ante la Superintendencia Financiera, añadieron a la objeción la reticencia del asegurado, dados sus antecedentes médicos.

Las demandantes consideraron que la aseguradora olvidó su deber de diligencia, porque renovó el seguro a sabiendas de que el señor Martí ya contaba con la edad máxima de permanencia y, además, continuó cobrando la prima.

3. Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. se opuso a las pretensiones y propuso, a manera de defensa, las excepciones que denominó: (i) “la póliza No. 11000 no tenía cobertura al momento de la ocurrencia del siniestro”; (ii) “nulidad relativa del contrato de seguro”; (iii) “oportunidad para proponer la nulidad relativa del contrato de seguro”; (iv) “disminución del valor a pagar por la aseguradora por reticencia en la declaración del estado del riesgo”; (v) “no hay lugar al pago de intereses moratorios”; y (vi) “límite del valor asegurado y aplicación del deducible” (pp. 76 a 83, archivo 01, cdno. 1).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La jueza declaró la existencia y vigencia del contrato de seguro expedido el 26 de agosto de 2015, razón por la cual concluyó que las demandantes tienen derecho al pago del valor asegurado. En consecuencia, condenó a la

aseguradora demandada a pagarles \$100 000 000, junto con los intereses de mora desde el 5 de septiembre de 2017, hasta que se verifique el pago.

Para arribar a esas conclusiones, consideró que en la póliza no existe ninguna cláusula que permita establecer qué sucede cuando el asegurado la renueva teniendo 70 años y en unos meses alcanza la edad máxima de permanencia, por lo que, tratándose de un contrato por adhesión, debe interpretarse a favor de quien adhiere extendiéndose su protección hasta el final de la última renovación. Por tanto, el contrato no se terminó cuando el señor Martí cumplió 71 años.

En relación con la reticencia, precisó que fue demostrado que – de tiempo atrás - el señor Martí era un cliente de la aseguradora, quien debía conocerlo, por lo que estaba obligada a conocer su situación de salud. Además, en atención a la avanzada edad del asegurado, tenía la obligación de practicarle un examen médico o exigirle uno para determinar el riesgo. Afirmó que no se podía culpar al asegurado por faltar a la verdad o actuar de mala fe, pues tras conocer su diagnóstico en el 2013, seguramente estaría convencido de que no habría inconveniente con el seguro, en razón a que era un cliente antiguo.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La aseguradora pidió revocar la sentencia porque la jueza interpretó el contrato de seguro perdiendo de vista la cláusula 5ª de las condiciones generales de la póliza, que claramente regula la edad máxima de permanencia para el amparo básico de vida, por lo que no era cierto que en ella no se estableciera lo que sucedía cuando el asegurado cumplía la edad en ella prevista.

Agregó que el señor Martí, al cumplir 71 años el 7 de mayo de 2017, “superó el límite establecido en la póliza y por tanto salió del grupo asegurado, razón por la cual, para el momento de su deceso, 28 de agosto de 2017, la póliza no tenía cobertura” (p. 4, archivo 06, cdno. Tribunal). Resaltó también que el señor Martí fue diagnosticado con diferentes patologías durante los años 2013 y 2014, antes de la declaración de asegurabilidad de 16 de marzo de 2015, en la que manifestó que “su estado de salud era normal, que no

M.A.G.O. Exp. 110013103009201900510 01

padecía enfermedades que incidan sobre sistemas orgánicos del cuerpo, que no sufría enfermedades, afecciones que repercutan sobre su estado de salud, manifestando expresamente no tener obesidad” (p. 5, ib.), aun cuando era consciente de las consecuencias de la falta de veracidad o inexactitud en sus declaraciones.

Coligió que, habiéndose probado la mala fe del asegurado, se aplicó indebidamente el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, porque “no está demostrado que la aseguradora trasgredió el deber de conocer el estado del riesgo del asegurado, ni fue en modo alguno negligente al no procurarse información sobre el mismo, en tanto que carecía de datos suficientes e indicativos que le hubieran permitido, con mediana diligencia, llegar a la precisión de los hechos que el asegurado se reservó indebidamente”; además, no se puede sostener que el asegurador debe “desconfiar” de las manifestaciones del asegurado, “para constituirse en un investigador profesional con miras a descubrir sus falsas declaraciones” (p. 6, ib.). Añadió que la carga de la prueba sobre los hechos que sustentan el referido inciso estaba en cabeza de la parte demandante.

CONSIDERACIONES

1. Si se miran bien las cosas, las partes no disputan la celebración del contrato de seguro de “banca seguros grupo con plan familia”, probado como fue con la póliza No. 11000 (certificado individual No. 1000293365) expedida el 26 de marzo de 2015, en el que fungieron como tomador, asegurador y asegurado el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A., Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. y Antonio Martí Monroy, respectivamente, siendo beneficiarias Diana Paola Martí, Sandra Milena Martí y Neddi Pradilla, en virtud del cual se cubrió el riesgo de muerte ocurrida durante su vigencia, que lo fue por un año – renovable - a partir del 24 de marzo de dicho año, con un valor de \$100 000 000. (archivo 01, cdno., 1, pp. 11 y 12)

Tampoco se controvierte que, según la cláusula quinta de las condiciones generales y particulares, la edad máxima de ingreso a la póliza era de 65 años – aunque en el momento de ajustarse el negocio aseguraticio el señor

Martí tenía 68 años y 10 meses -; que esa misma estipulación previó como edad máxima de permanencia los 70 años – pese a lo cual fue renovada el 26 de marzo de 2016, cuando apenas le faltaban al asegurado un poco menos de dos meses para cumplir dicha edad (dado su nacimiento el 7 de mayo de 1946), y que, incluso, volvió a renovarse el 26 de marzo de 2017, poco antes de la realización del riesgo asegurado, pues el deceso ocurrió el 28 de agosto de 2017. Sobre esta última renovación se destaca que operaba en forma automática (cláusula 14), y que el extracto de la tarjeta de crédito del Banco Colpatria a la cual estaba asociado el seguro, evidencia que el 23 de marzo de 2017 se hizo un cargo por la suma de \$1 349 982, por concepto del “PLAN FAMILIA AXA”, cuyo pago fue diferido a 12 cuotas. (archivo 01, cdno., 1, pp. 9 a 15 y 21).

La discusión se ha limitado a dos temas: (i) si el contrato es nulo por causa de reticencia del asegurado, (ii) y determinar si, por cuenta de la referida cláusula 5ª, el seguro terminó cuando el señor Martí cumplió 70 años, 11 meses y 29 días, es decir, antes de alcanzar los 71 años – por lo que no habría amparo para el momento de su muerte.

a. En lo que concierne a la reticencia acusada por la aseguradora, es asunto averiguado que si el tomador en el negocio aseguraticio se guarda para sí hechos relevantes sobre el estado del riesgo, o da cuenta de ellos con imprecisión, vaguedad o inexactitud o da respuestas mentirosas a las preguntas contenidas en el cuestionario que le planteó el asegurador en la respectiva declaración, el juez, ante la oportuna protesta del asegurador, debe reconocer la nulidad relativa del contrato, salvo que la inexactitud o reticencia provengan de error inculpable, o que el asegurador, “antes de celebrarse el contrato”, haya conocido o debido conocer las circunstancias sobre las que versan los vicios de la declaración (C. de Co., art. 1058).

También es pacífico que sobre la base de esa disposición se encuentra el deber de obrar con apego a los postulados de la buena fe, por lo que el tomador debe proceder “con rectitud, con honestidad”, ajeno a “obras fraudulentas, engaños, reserva mental, astucia o viveza”¹ (C.C., art. 1603; C. de Co., arts. 835 y 863). Más aún, esa manera de obrar, apreciada en el

¹ G.J. LXXXVIII, pp. 222 a 243
M.A.G.O. Exp. 110013103009201900510 01

marco del contrato de seguro, cobra especialísima importancia en la medida en que el candidato a tomador debe declarar con sinceridad y sin reserva todos los hechos y circunstancias que determinan el estado el riesgo (C. de Co., art. 1058), para que el asegurador pueda decidir, libremente y a su arbitrio y, desde luego, debidamente informado, si asume todos o algunos de los riesgos que se le quieren trasladar (art. 1056, ib.).

En el caso que ocupa la atención de la Sala, fue probado que para la época en la que el señor Martí suscribió la declaración de asegurabilidad de 16 de marzo de 2015 (p. 91, archivo 01, cdno. 1) ya le había sido diagnosticado, en abril de 2013, un “tumor maligno” en la próstata, como lo precisa la información consignada en su historia clínica el 12 de noviembre de 2013, en la que también aparecen otras patologías y se destaca que tenía “obesidad mórbida” (p. 94 y 95, archivo 01, cdno. 1).

Sin embargo, a ello no le sigue la nulidad relativa del contrato de seguro, toda vez que la aseguradora bien pudo conocer los hechos que ahora invoca como vicios de la declaración, lo que excluye la sanción de nulidad relativa, según el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, máxime si se considera que la relación contractual entre las partes venía desarrollándose desde el año 2004, aunque en forma discontinua, pues sucesivamente se expidieron certificados de asegurabilidad para la misma póliza (11000) que le dieron vigencia a seguros que amparaban la vida del señor Martí, incluso antes de que le fueran detectadas esas enfermedades, como lo revela la comunicación expedida por la aseguradora el 8 de junio de 2018, en la que refirió los distintos certificados (Nos. 1000002242, 7100068, 100067894, 1000150283/85, 1000293365 y 1000293374, de 9 de agosto de 2004, 2 de febrero de 2009, 15 de febrero de 2010, 26 de octubre de 2001 y 24 de marzo de 2015, en su orden).

Sobre el particular, esta Sala, en decisión de esta misma fecha sostiene que,

(...) el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio puntualiza que la sanción de nulidad relativa no se aplica “si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, **ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración...**” (se resalta). Por tanto, aunque el tomador sea

reticente, o si se quiere hablar con un lenguaje más asertivo, si mintió a sabiendas, si ocultó información que no podía ocultar, pero el asegurador fue pasivo y omisivo, si, pudiendo informarse, se abstuvo de hacerlo y optó por la negligencia o la quietud, no podrá luego censurar a su contratante para reclamar la invalidez del negocio aseguraticio. Al fin y al cabo, como profesional especializado, el asegurador tiene que ser diligente, por lo que debe obrar en forma acuciosa o solícita, máxime si el tomador lo autorizó para acceder a información a la que, en principio, no tendría acceso. Por tanto, más allá de la mala fe del tomador, el asegurador no puede obviar esa variable, por manera que si en el proceso se demuestra que pudo informarse de los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, su pretensión de nulidad relativa fracasará aunque haya demostrado la reticencia. (se subraya)²

Al respecto, la Corte Constitucional también ha señalado que el asegurador “está sujeto a unos deberes mayores”, entre ellos el de “desplegar todas las conductas pertinentes para, por una parte, fijar adecuadamente las condiciones del contrato de seguro y, por otra parte, comprobar el elemento subjetivo en la configuración de reticencia. Sobre el despliegue de las conductas pertinentes, podría decirse que ellas están encaminadas a que el asegurador verifique que, efectivamente, hay correspondencia entre la información brindada y el estado real del tomador (o asegurado).”³

En este orden de ideas, aunque es cierto que el señor Martí tenía el deber de informarle a la aseguradora que padecía de un cáncer de próstata, no lo es menos que Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. bien pudo conocer ese dato en la medida en que el tomador, en la declaración de asegurabilidad, la autorizó para acceder y consultar su historia clínica (archivo 01, cdno 1, p. 31)⁴. Más aún, la obesidad mórbida no podía desconocerla por cuanto debía advertirse por el empleado respectivo en el momento mismo de la contratación. Y si bien es cierto que la aseguradora no está obligada a practicar exámenes médicos, como se desprende del artículo 1158 del estatuto mercantil, en todo caso no es posible declarar la nulidad relativa habida cuenta que, según el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio, esa grave sanción no puede deducirse si el asegurador pudo

² Sentencia, exp.: proceso verbal No. 110013103015201800278 01

³ Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2019

⁴ “6. (...) autorizo (...) a cualquier persona natural o jurídica (médicos, I.P.S., E.P.S., clínicas, hospitales, centros de salud, etc.) que me hayan prestado atención médica para que suministren en cualquier tiempo y lugar a las compañías de seguros, previa solicitud, copia completa de mi historia clínica y que tenga información que ella considere necesaria respecto a mi estado de salud” (p. 31, archivo 01, cdno 1).

conocer los hechos, previamente a la celebración del contrato, máxime si su asegurado venía siéndolo de tiempo atrás y había suscrito otros certificados como se explicó.

Incluso, si se aceptara la reciente postura de la Corte Suprema de Justicia según la cual, “la sanción de nulidad relativa del seguro solo se produce si los vicios de la declaración del estado del riesgo son «relevantes», tampoco podría abrirse paso esa defensa por cuanto en el proceso no se demostró “la incidencia de los vicios en el consentimiento”, específicamente que la aseguradora, “de haber conocido la información ocultada, tergiversada o falseada, se habría «retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas» (artículo 1058, inciso 1º del Código de Comercio).⁵

b. En lo que concierne a la edad máxima de permanencia, es cierto que la quinta de las estipulaciones de las condiciones generales de la póliza prevé que “[l]a edad máxima de permanencia en la póliza para el amparo básico de vida e incapacidad total y permanente será de setenta (70) años” (p. 15, archivo 15, cdno. 1).

Sin embargo, la Sala no puede pasar por alto varios hechos relativos a la contratación que, en los perfiles de este caso, evidencian que la aseguradora, pese a dicha cláusula, decidió asegurar al señor Martí.

En efecto, obsérvese que (a) la póliza fue contratada el 26 de marzo de 2015, pese a que el señor Martí ya había cumplido la edad máxima de ingreso, que era de 65 años (su nacimiento ocurrió el 7 de mayo de 1946); (b) el seguro fue renovado el 26 de marzo de 2016 por un año más, cuando al asegurado estaba a menos de dos meses de cumplir 70 años; (c) aunque cumplió dicha edad durante esa renovación, la aseguradora no se negó a renovarla otra vez el mismo día y mes del año 2017, (d) y cual si fuera poco, cobró la totalidad de la prima causada, como se probó con el extracto de la tarjeta de crédito del Banco Colpatria que tenía el señor Martí, en la que aparece un cargo – el 23 de marzo de ese año - por la suma de \$1 349 982,

⁵ Cas. civ. sentencia de 1º de septiembre de 2021. SC 3791-2021
M.A.G.O. Exp. 110013103009201900510 01

por concepto del “PLAN FAMILIA AXA”, cuyo pago se amortizaría en 12 cuotas. (archivo 01, cdno., 1, pp 9 a 15 y 21).

Que la aseguradora, pese a las condiciones generales, decidió otorgar cobertura, lo evidencia la comunicación de 8 de junio de 2018 dirigida por la Lider Operativa de Axa Colpatria, Isabel Tibaduiza Puentes, a la señora Neddy Etelvina Pradilla de Martí, en la que precisa que la póliza 11000, certificado 1000293365, con inicio de vigencia el 24 de marzo de 2015, terminó el 24 de marzo de 2018 (archivo 001, cdno. 1, p. 38). Y aunque el asegurado falleció el 28 de agosto de 2017, esa información prueba que el seguro había sido contratado y la prima pagada.

A lo dicho se agrega que en la cláusula séptima de las condiciones generales, relativa a la “terminación del seguro individual”, no se incluyó el cumplimiento de la edad máxima de asegurabilidad, pues se limitaron a (a) la falta de pago de la prima, (b) el vencimiento de la póliza, (c) la imposibilidad de renovación por ser el grupo asegurado inferior a 10 personas, (d) transcurrir 30 días desde la fecha de retiro del grupo del asegurado principal, (e) cuando el asegurado principal deje de pertenecer al grupo asegurado, (f) la revocatoria del seguro, y (g) cuando uno cualquiera de los dos asegurados en el certificado individual fallezca o se incapacite en forma total y permanente (p. 15, archivo 01, cdno. 1), hecho este que fue el que, en este caso, le puso fin al seguro.

Luego hizo bien la juzgadora al interpretar las condiciones generales del negocio aseguraticio con miramiento en tres variables: la primera, que se trata de un contrato por adhesión, predispuesto por el asegurador; la segunda, que en estos pleitos debe aplicarse una interpretación *pro consumatore*, y la tercera, que los conflictos de intereses entre las partes debe resolverse de forma tal que prevalezca el de los consumidores financieros, según lo dispuesto en las leyes 1328 de 2009 (art. 3, lit. e.) y 1480 de 2011 (art. 4, inc. 3).

Sobre el particular ha precisado la Corte Suprema de Justicia que:

“[P]ara decirlo sin ambages, ciertas peculiaridades de los referidos contratos, relativas a la exigua participación de uno de los contratantes
M.A.G.O. Exp. 110013103009201900510 01

en la elaboración de su texto; la potestad que corresponde al empresario de imponer el contenido del negocio; la coexistencia de dos tipos de clausulado, uno necesariamente individualizado, que suele recoger los elementos esenciales de la relación; y el otro, el reglamentado en forma de condiciones generales, caracterizado por ser general y abstracto; las circunstancias que rodean la formación del consentimiento; la importancia de diversos deberes de conducta accesorios o complementarios, como los de información (incluyendo en ese ámbito a la publicidad), lealtad, claridad, entre otros; la existencia de controles administrativos a los que debe someterse; en síntesis, las anotadas singularidades y otras más que caracterizan la contratación de esa especie, se decía, le imprimen, a su vez, una vigorosa e indeleble impronta a las reglas hermenéuticas que le son propias y que se orientan de manera decidida a proteger al adherente (interpretación *pro consumatore*).”⁶

Por consiguiente, hizo bien la juzgadora al concluir que el contrato de seguro estaba vigente en el momento de la muerte del señor Martí, razón por la cual la aseguradora debe hacer el pago reclamado.

3. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia impugnada. La parte recurrente pagará las costas de la segunda instancia.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de 16 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado 9º Civil del Circuito de la ciudad dentro de este proceso.

Costas del recurso a cargo de la parte apelante. Liquídense.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado

⁶ Cas. Civ. Sentencia de 4 de noviembre de 2009. Exp. 1100131030241998417501 M.A.G.O. Exp. 110013103009201900510 01



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación:

e0c344384a6e732f80e04e7de45303aed38b5e3f9e596042e9db2fbf9d2ab0bf

Documento generado en 10/12/2021 05:04:52 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013103015201800278 01

Se decide el recurso de apelación que Allianz Seguros de Vida S.A. interpuso contra la sentencia de 19 de julio de 2021, proferida por el Juzgado 15 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso que promovió contra Ana de Dios Álvarez de Acosta.

RESEÑA DEL LITIGIO Y DEL PROCESO

1. La sociedad demandante convocó a proceso verbal a la señora Álvarez para que se declare la nulidad relativa del contrato de seguro incorporado en la póliza No. 021835654/0, celebrado con su fallecido cónyuge, el señor José Raúl Acosta Cuellar, por causa de reticencia.

Para sustentar sus pretensiones, adujo que el 13 de octubre de 2015 el señor Acosta diligenció y suscribió “la solicitud seguro de vida individual – Allianz Vida modalidad deudores”, en la que manifestó que no padecía de ninguna enfermedad. Tras su muerte, la demandada presentó reclamación el 20 de marzo de 2018, para que la aseguradora pagara la obligación hipotecaria que su esposo tenía con el Banco Colpatria, pero fue objetada el 16 de abril siguiente porque el tomador “no declaró la existencia de las enfermedades denominadas cáncer de próstata, diabetes, hipertensión arterial y colecistectomía”, pese a que “le habían sido diagnosticadas muchos años antes, como se evidenció en la historia clínica, evento 54, generado el día 13 de marzo de 2018 por la Fundación Santa fe de Bogotá” (derivado 01, p. 124 a 131).



2. La señora Álvarez se opuso a la demanda y planteó como defensas el cumplimiento del contrato de seguro y la buena fe.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez negó las pretensiones porque no se demostró la mala fe del tomador, amén de que la aseguradora no le practicó exámenes médicos en el momento de suscribir la póliza, con el fin de verificar su estado de salud.

Consideró que no era suficiente acreditar un hecho preexistente para que se configure la reticencia, siendo necesario, además, probar la mala fe.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La aseguradora pidió revocar ese fallo, porque el artículo 1058 del Código de Comercio no prevé la mala fe del tomador como requisito para declarar la nulidad relativa del contrato de seguro por reticencia; basta el incumplimiento de la obligación de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo. Incluso, según el artículo 1158 de ese código, la realización de exámenes médicos es potestativa para la aseguradora, por lo que no se puede afirmar que, en ausencia de ellos, asume el riesgo.

Precisó que la comparación entre la solicitud de seguro de vida individual con la historia clínica del señor Acosta permite concluir que el estado de salud declarado por el señor Acosta no era cierto, pues negó sus antecedentes médicos de cáncer, diabetes, hipertensión arterial y colecistectomía, así como hospitalizaciones, por lo que se configura el presupuesto establecido en el artículo 1058 del C. Co. para declarar la nulidad relativa del negocio jurídico.



Finalmente, manifestó que en los contratos de seguro la buena debe apreciarse con mayor severidad, pues su ejecución está supeditada a la información que brinda el tomador, la cual no requiere de verificación.

CONSIDERACIONES

1. Si se miran bien las cosas, las partes no disputan la existencia del contrato de seguro, probado como fue con la póliza No. 021835654/0, en el que fungieron como tomador, aseguradora y beneficiario el señor José Raúl Acosta Cuellar, Allianz Seguros de Vida S.A. y el Banco Colpatria, respectivamente, en virtud del cual se amparó el fallecimiento del primero, por una suma de \$188'000.000,00, que se pagarían al establecimiento de crédito “hasta el monto de los intereses y/o acreencias (saldo insoluto de la deuda)...” (derivado 1, p. 23 y 24).

Tampoco se controvierte que el asegurado, al suscribir la solicitud de “seguro de vida individual – Allianz Vida Modalidad Deudores” (13 de octubre de 2015), negó que había sido intervenido quirúrgicamente y que padecía de hipertensión arterial, cáncer de próstata y diabetes, como lo revela el referido documento (derivado 01, p. 21 y 22), pese a que en los años 2009, 2010 y 2011 fue diagnosticado con esas tres patologías, y que se le practicó una colecistectomía, según la historia clínica aportada con la demanda (derivado 01, p. 43 y 44). Luego se probó que el señor Acosta faltó a la verdad, que no fue sincero, pese a que debía serlo en un negocio jurídico en que se exige obrar con ubérrima buena fe. (C. de Co., art. 1058)

La controversia, en estricto, se circunscribe a establecer si, además de probar el incumplimiento de la obligación a cargo del tomador, consistente en declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, era necesario demostrar la mala fe del asegurado para que se abriera paso el reconocimiento de la nulidad relativa del contrato de seguro,



por causa de reticencia, y si la aseguradora tenía la obligación de practicarle exámenes médicos con el fin de verificar su estado de salud.

En cuanto a lo primero, el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio puntualiza que la sanción de nulidad relativa no se aplica “si el asegurador, **antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración...**” (se resalta). Por tanto, aunque el tomador sea reticente, o si se quiere hablar con un lenguaje más asertivo, si mintió a sabiendas, si ocultó información que no podía ocultar, pero el asegurador fue pasivo y omisivo, si, pudiendo informarse, se abstuvo de hacerlo y optó por la negligencia o la quietud, no podrá luego censurar a su contratante para reclamar la invalidez del negocio aseguraticio. Al fin y al cabo, como profesional especializado, el asegurador tiene que ser diligente, por lo que debe obrar en forma acuciosa o solícita, máxime si el tomador lo autorizó para acceder a información a la que, en principio, no tendría acceso. Por tanto, más allá de la mala fe del tomador, el asegurador no puede obviar esa variable, por manera que si en el proceso se demuestra que pudo informarse de los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, su pretensión de nulidad relativa fracasará aunque haya demostrado la reticencia.

Respecto de lo segundo, el artículo 1158 del estatuto mercantil es claro al prever que, “aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, ni de las sanciones a que su infracción dé lugar.” Por consiguiente, contrario a lo que sostuvo el juzgador de primer grado, el asegurador no está obligado a practicarle exámenes al tomador para verificar el estado del riesgo, sin que a ello le siga que aquel no deba procurarse información, pues una cosa es que el primero tenga la opción de acudir a un experto para determinar el estado de salud del segundo, y otra muy distinta que pueda conformarse con los datos suministrados, así tenga a su



disposición las herramientas necesarias para adquirir un mejor conocimiento del riesgo que se le quiere trasladar.

Como se deduce, entonces, la medula de la cuestión radica en el deber que tiene el asegurador de autoinformarse en el marco del principio de debida diligencia. No se trata de exigirles más de lo que pueden hacer, ni de minimizar el deber de suministrar información por parte del candidato a tomador. El punto es que las falencias de este no excusan las omisiones de aquel. Si el asegurador pudo saber al contratar, no puede luego decir que fue engañado si postergó, para el momento de la reclamación, el acceso a lo que tenía la posibilidad efectiva de conocer desde un principio.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el asegurador “está sujeto a unos deberes mayores”, entre ellos el de “desplegar todas las conductas pertinentes para, por una parte, fijar adecuadamente las condiciones del contrato de seguro y, por otra parte, comprobar el elemento subjetivo en la configuración de reticencia. Sobre el despliegue de las conductas pertinentes, podría decirse que ellas están encaminadas a que el asegurador verifique que, efectivamente, hay correspondencia entre la información brindada y el estado real del tomador (o asegurado).”¹

3. En este caso es cierto que el señor Acosta debió informar al asegurador que – años atrás - había sido diagnosticado con hipertensión arterial, cáncer de próstata y diabetes. Pero también lo es que Allianz Seguros de Vida S.A. bien pudo conocer esos datos porque el tomador, desde un comienzo, la autorizó para acceder a su historia clínica (derivado 01, p. 22). Por tanto, aunque hubo reticencia y vicio, no era viable pronunciar la nulidad relativa porque el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio expresamente señala que tamaña sanción no debe ser aplicada, si el asegurador pudo conocer los hechos.

¹ Corte Constitucional, sentencia T-027 de 2019



El Tribunal no desconoce que en la cláusula 9ª de la solicitud suscrita por el señor Acosta el 13 de octubre de 2015, expresamente se pactó un “compromiso de sinceridad y veracidad de las declaraciones”, en virtud de la cual se previó que, “de conformidad con lo estipulado en el artículo 1056 del Código de Comercio”, el tomador hacía “constar que las respuestas que he dado a las preguntas contenidas en el cuestionario precedente son sinceras y veraces y pueden servir de fundamento a la compañía Allianz Seguros de Vida S.A. para tomar la decisión de asumir o no los riesgos de seguros de vida... En consecuencia, de lo anterior, cualquier reticencia o inexactitud en que el suscrito solicitante haya incurrido la viciará de nulidad relativa del contrato de seguro y la compañía aseguradora podrá alegar por acción u excepción, quedando facultada para abstenerse de pagar la indemnización que se reclame”². Y también es claro que, según el capítulo IV de las condiciones generales del contrato de seguro, el asegurado estaba en la obligación de “declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que se propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre los hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato o inducido a estipular condiciones más onerosas producen la nulidad relativa del seguro”³. Pero que ello sea así no significa que la aseguradora estaba relevada del deber de verificar la veracidad de las declaraciones realizadas por el señor Acosta, pues, se insiste, fue expresamente autorizada para acceder a su historia clínica con el fin de comprobar su estado de salud⁴. Y como el literal e) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009 establece la prevalencia de los intereses de los consumidores financieros, es claro que aquellas clausulas no pueden interpretarse en beneficio de la demandante, menos aún si se considera que, por mandato del artículo 34 del estatuto del

² Derivado 01, p. 22.

³ Derivado 01, p. 174.

⁴ Derivado 01, p. 22, num. 10.



consumidor, “las condiciones generales de los contratos serán interpretadas de la manera más favorable al consumidor”.

3. Por estas razones, se confirmará la sentencia impugnada. Se impondrá condena en costas a la parte recurrente.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** la sentencia proferida el 19 de julio de 2021 por el Juzgado 15 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

Se condena en costas de segunda instancia a la parte recurrente. Liquídense.

NOTIFIQUESE

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO

RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado
Con salvedad de voto

República de Colombia



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

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación:

1db945a27282b52b4298fab0889f6da67a24dda58dae5b62494b4cc30d19bf12

Documento generado en 10/12/2021 05:11:15 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

República de Colombia
Rama Judicial



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-031-2009-00283-02**
PROCESO : **ORDINARIO**
DEMANDANTE : **MIGUEL EUGENIO CIPRIAN POVEDA**
DEMANDADO : **DORA SILVA**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión de 10 de diciembre de 2021, según acta No. 049 de la misma fecha.

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes, frente a la sentencia proferida el 22 de julio del año en curso, por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Circuito de Bogotá, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. El actor, en el libelo incoativo, solicitó que se “(...) *declare la responsabilidad civil extracontractual de DORA SILVA y, consecuentemente se le obligue a reconocer y pagar (...)*”, a título de daño emergente, la suma de \$115’632.281,00, que corresponden al “(...) *total de las obras que deben introducirse al inmueble (...) en el propósito de resanarlo y ponerlo en condiciones aptas para su ocupación, disfrute y goce (...) sin perjuicio que tales sumas sean indexadas y se reconozca sobre ellas la tasa de interés más alta en el mercado.*” Por lucro cesante deprecó \$4’950.000,00, que corresponden a los cánones de arrendamiento generados durante dieciocho meses que estuvo desocupado el predio, cada uno por valor de “\$450.000,00.” “\$1’000.000,00, por trabajos de reparación del inmueble”, y pidió el reconocimiento de perjuicios morales,

equivalentes al 10% "(...) de los daños inferidos a la estructura, reflejo de la angustia y las afugias [padecidas por él] y su núcleo familiar".

Como sustento fáctico de las aspiraciones imploradas, puso de presente que su inmueble, cuya titularidad adquirió en el año 2002, colinda por la parte norte con el predio de la accionada, situación que ha ocasionado problemas de "tipo estructural, de arrastres, de agrietamiento y de notorios asentamientos que han ocasionado un marcado desnivel en detrimento de [sus] intereses, ya que su inmueble ha venido sufriendolos con el evidente peligro de precipitarse a tierra[; lo que obedece] a que la demandada compró el inmueble y, luego lo elevó hasta cuatro (4) pisos, recostándolo sobre [su] propiedad, el cual ha venido cediendo y hundiéndose paulatinamente ante un peso considerable que no es el suyo y que le ha producido todos los problemas esbozados arriba."

Historió que "ha tratado de solventar los daños de manera inapropiada imponiendo columnas y vigas metálicas que, en manera alguna, ofrecen solución, o, por lo menos, alejan el potencial peligro que se cierne sobre quienes habitan el inmueble", y pese a conminar amigablemente la refacción pertinente, no ha obtenido respuesta alguna por parte de la involucrada.¹

2. Vinculada formalmente, Dora Silva se opuso a las pretensiones del reclamante, proponiendo como medios de enervación los que intituló "la demandada no es responsable, por cuanto los daños de la casa de propiedad de la demandante tiene una causa inherente a su propia construcción"; "la demandada no es responsable civilmente, por cuanto su conducta no es reprochable a título alguno"; "la demandada no es civilmente responsable por cuanto no existe relación de causalidad entre los daños de la casa y la conducta de la demandada"; "culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber construido el inmueble sin las especificaciones técnicas exigidas"; "culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber construido el inmueble sin la respectiva licencia y por haberle hecho modificaciones con las respectivas exigencias técnicas".²

II. LA SENTENCIA APELADA

1. Agotada la ritualidad correspondiente a este tipo de asuntos, la juzgadora de primera instancia, tras declarar parcialmente probadas las excepciones de "culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber

¹ Folios 181 a 185, PDF 01Cuaderno1Digitalizado, expediente electrónico.

² Folios 301 a 307, *ídem*.

construido el inmueble sin las especificaciones técnicas exigidas”, “Culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber construido el inmueble sin las respectivas licencias y por haberle hecho modificaciones sin las respectivas exigencias técnicas” y desestimar la defensas denominadas “La demandada no es responsable civilmente, por cuanto los daños de la casa de propiedad del demandante tienen una causa inherente a su propia construcción”, “La demandada no es responsable civilmente, por cuanto su conducta no es reprochable a título alguno” y “La demandada no es civilmente responsable por cuanto no existe relación de causalidad entre los daños de la casa y la conducta de la demandada”, accedió parcialmente a las pretensiones incoadas, con soporte en las siguientes argumentaciones:

Inicialmente, tuvo por demostrado el daño ocasionado, lo cual estribó en las evidenciadas grietas en los muros, pisos, cielos rasos y las fallas estructurales que comprometen la estabilidad del predio del demandante. Acto seguido, se refirió a la comprobada actividad peligrosa desarrollada por la pasiva, precisando que ésta no tomó “(...) *las precauciones debidas y necesarias para no afectar el inmueble aledaño (...) lo cual resulta suficiente para poder determinar que la ruina del mismo se debe principalmente a la causa que logró ser determinada y además a las actuaciones que se omitieron realizar al momento de desplegar (...) la actividad peligrosa*”. Sin embargo, anotó que a pesar de que la intimada no desvirtuó la presunción de culpabilidad que recaía sobre ésta, por encontrarse acreditada la ejecución de la actividad peligrosa de la construcción, señaló que, en el caso en concreto, la responsabilidad es compartida, en un 50%, entre los aquí enfrentados, por cuanto el constructor de la casa del actor omitió realizar los estudios pertinentes para su levantamiento, pues los informes revelan que ésta se encontraba cimentada sobre un estrato no competente, de naturaleza heterogénea y de contenido orgánico (basuras); aunado a que el interesado adquirió un predio sin las condiciones estructurales pertinentes para evitar los detrimentos demostrados en las diligencias.

Al analizar el resarcimiento del daño emergente, precisó que, aunque no fue petitionado el reconocimiento del valor total de la vivienda, al encontrar probado la pérdida total de la edificación, para la tasación de dicho menoscabo partió de dicha estimación, por lo que decretó en favor del querellante, por este concepto, la suma de \$119'795.876,00. El lucro cesante

peticionado también fue concedido al demandante en el porcentaje correspondiente, empero denegó el perjuicio moral, ante su falta de respaldo suasorio.

III. LAS APELACIONES

1. En desacuerdo con el fallo de primera instancia, el apoderado del convocante interpuso recurso de apelación en forma verbal, inmediatamente después de pronunciada la decisión, centrando su inconformidad en dos puntos torales, a saber: **a)** la compensación de culpas declarada por la funcionaria cognoscente, y **b)** la tasación del daño emergente y lucro cesante.

Por su parte, el mandatario judicial de la encausada, *in genere*, resistió el fallo proferido en cuanto a la valoración probatoria de los dictámenes arrimados al proceso y la responsabilidad achacada a su representada, pues, en su sentir, debió absolversele de toda condena en el presente asunto.

2. Dentro del término previsto en el inciso segundo de la regla 3ª del artículo 322 del C.G.P., el gestor de esta contienda expuso por escrito sus reparos, ahondando en que no existió concurrencia de culpas; que el lucro cesante fue mal calculado, al no tener en cuenta que los 18 cánones reclamados ascendían a la suma de \$8'100.000,00, que olvidó reconocer los arriendos causados después de la presentación de la demanda, junto a su respectiva indexación; dejándose de lado por el sentenciador los criterios de equidad y reparación integral pregonados en el ordenamiento jurídico.

A su turno, la parte conminada increpó que se le haya tenido como coparticipe de la responsabilidad declarada, pretermitiéndose que la vivienda de la demandante adolece de graves vicios constructivos y de "*suelos no competentes*", lo que lleva indefectiblemente a concluir que la única razón de los detrimentos denunciados fueron los referidos aspectos y no la edificación de cuatro pisos levantada. Igualmente, puso de relieve que los dictámenes de Mario Camilo Torres, Carlos Restrepo y Harold Muñoz fueron apreciados indebidamente y que se halló equivocadamente una relación causal entre la construcción del edificio y los daños de la casa del actor, omitiendo las características de las obras involucradas.

Finalmente, se alzó contra la estimación dada al informe técnico utilizado para el reconocimiento del lucro cesante, el cual fue objetado por error grave y que, en su opinión, debió desecharse ante sus graves falencias demostrativas.

3. En la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los extremos aquí enfrentados sustentaron los reparos formulados contra la decisión de primera instancia, ahondando en las mismas argumentaciones expuestas en forma escrita ante la *a quo*, las cuales, en esencia, versan sobre la no concurrencia de culpas e indebido cálculo del lucro cesante -inconformidades de la parte actora-; la ruptura del nexo causal por culpa de la víctima; presencia de elemento extraño y la errada valoración de los dictámenes militantes en el proceso -embates propuestos por la parte pasiva-.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales necesarios para adoptar la decisión de fondo correspondiente a esta instancia, y verificada la inexistencia de alguna irregularidad capaz de invalidar lo rituado, debe precisarse que esta Sala se circunscribirá a analizar, exclusivamente, los motivos de censura demarcados por los opugnadores, acatando los lineamientos del inciso 1º de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso; embates que, desde ya debe decirse, dejan al margen del escrutinio del Tribunal lo concerniente al reconocimiento del daño emergente y la denegatoria de los perjuicios morales; el primero porque no fue debidamente sustentado por el actor en esta instancia, y la segunda, por cuanto no fue objeto de cuestionamiento por ninguno de los contrincantes.

2. Clarificado lo anterior, viene bien memorar que la juzgadora cognoscente halló acreditados los postulados axiológicos de la responsabilidad civil extracontractual deprecada, poniendo de presente que no se desvirtuó la presunción de culpabilidad que recaía sobre la intimada por el ejercicio de la actividad peligrosa desplegada, al construir el edificio de 4 pisos involucrado en este proceso. No obstante, apuntaló que, en el *sub lite*, hubo concurrencia de culpas entre los aquí contendientes, porque el constructor de la casa del convocante no efectuó los estudios necesarios para su levantamiento, ya que

ésta se encontraba cimentada sobre un estrato no competente, de naturaleza heterogénea y de contenido orgánico (basuras); situación que llevó a responsabilizar a ambas partes, en un 50%, y, en consecuencia, el reconocimiento de los perjuicios materiales peticionados en el mismo porcentaje; empero, denegó el menoscabo moral, ante su orfandad probatoria. Decisión que fue criticada por ambos extremos del litigio, basilarmente, porque, en sentir del demandante, la culpa compartida declarada por la *a quo* no está demostrada y el lucro cesante fue calculado indebidamente; mientras que la intimada reparó en que el nexo causal se rompió con el actuar exclusivo de la víctima. Recabando, además, en la presencia de elemento extraño en el hecho dañoso y que los dictámenes militantes en el proceso fueron valorados equivocadamente.

3. Sobre ese proscenio confutatorio, debe memorarse que el presente asunto concierne a una acción de responsabilidad civil extracontractual para alcanzar el resarcimiento de los menoscabos ocasionados por una construcción, tópico sobre el cual la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que “(...) encuentra su principal fundamento en el artículo 2341 del Código Civil, que impone a quien ha cometido delito o culpa infiriendo daño a otro el deber de indemnizarlo. Además, correspondiendo el hecho generador de la lesión al levantamiento de una edificación, procede su encuadramiento bajo la teoría de las actividades peligrosas desarrollada con base en el artículo 2356 *ibídem*, como doctrinaria y jurisprudencialmente ha sido calificada la construcción de inmuebles (CSJ SC 153 de 27 abr. 1990). En tal eventualidad y con el fin de establecer la responsabilidad deprecada, a la víctima le basta acreditar el ejercicio de la actividad peligrosa desarrollada por su contendiente, el daño que padeció y la relación de causalidad entre aquella y este; al paso que el demandado sólo puede exonerarse demostrando que el perjuicio no fue producido por dicha operación, es decir, que obedeció al devenir de un elemento extraño y exclusivo, como la fuerza mayor o caso fortuito, la intervención de la víctima o la de un tercero, únicas circunstancias que rompen el nexo causal citado. Es desacertado, entonces, enfocar la defensa alegando la ausencia de culpa de los enjuiciados, toda vez que estos sólo pueden exonerarse de responsabilidad rompiendo la causalidad.”³

4. Dentro del marco jurisprudencial antes descrito, siendo un tema pacífico los considerables daños sufridos en el inmueble del actor, así como la

³ CSJ SC 2905 de 2021.

edificación realizada en el predio de la demandada -realidad que sin dificultad puede corroborarse con los distintos informes técnicos aportados por las partes a la actuación- corresponde analizar, en esta oportunidad, si en el *sub judice* existe relación de causalidad directa y exclusiva entre la actividad peligrosa desplegada por Dora Silva y los reseñados deterioros padecidos en el predio de Miguel Eugenio Ciprián Poveda, o si éstos surgieron del actuar de la víctima, de un tercero, del devenir de un elemento extraño, o si en las afectaciones confluyó la coparticipación de los aquí enfrentados como lo concluyó la falladora -punto medular de las impugnaciones formuladas-; para, luego, si es del caso, verificar lo atinente al lucro cesante, único reconocimiento sobre el cual los extremos de la litis manifestaron su descontento, manteniendo posiciones antagónicas en cuanto a su causación y cuantía concedida.

4.1. Partiendo de ese escenario litigioso, es pertinente hacer referencia a los elementos suasorios acopiados en el proceso, que dan cuenta de los siguientes hechos:

4.1.1. A tono con el concepto rendido por el ingeniero calculista, especialista en estructuras, Jair Useche Macias, el inmueble ubicado en la Carrera 55 No 69-67, de propiedad de Miguel Eugenio Ciprián Poveda, presentó “(...) *desniveles en la placa de contrapiso lo que indica asentamientos diferenciales (...) la placa se encuentra agrietada de manera importante, dando un indicio grave de inestabilidad (...) [los] muros [de carga] (...) se encuentran en mal estado (...) muestran actualmente indicios de inestabilidad (...) muros de fachada (...) son los que se encuentran más afectados, presentan grietas de más de 1 cm de espesor, traspasan los muros en su totalidad (...). Como principal causa de la inestabilidad generada en la estructura de la casa en referencia es la construcción de un edificio en el costado norte de la casa. El edificio después de la construcción present[ó] algunos asentamientos causando ‘arrastre’ de la casa vecina afectándola de una manera crítica, hasta el punto de poner en riesgo la estabilidad de la totalidad de la estructura. La estructura se ha intentado reparar en diferentes ocasiones pero el agrietamiento se ha incrementado con el tiempo.*”

Ultimó que “[e]l estado de la casa es crítica, hay indicios graves de inestabilidad haciendo imposible un reforzamiento estructural. La casa no debe estar habitada ya que bajo un sismo de baja densidad puede presentar el colapso poniendo en riesgo la integridad física de los habitantes (...) se recomienda que las placas sean

*demolidas y se construya una nueva estructura aporticada (...) se debe armar una nueva cimentación (...)*⁴

4.1.2. Diagnóstico de comportamiento y las recomendaciones para el refuerzo de la casa del accionante, elaborado por la firma Espinosa & Restrepo Ingeniería de Suelos, en el cual se indicó que *"(...) la casa existente de 2 pisos construida en mampostería estructural combinada con algunas columnas interiores, ha venido presentando a lo largo de los últimos años algunos asentamientos hacia el costado norte coincidiendo en el tiempo con la construcción de un edificio de 4 pisos vecino por el norte, generando la fisuración de los muros y las columnas (...) la estructura se observa bastante deteriorada y deberá ser objeto de un levantamiento estructural completo".* En el análisis geotécnico se dijo que *"(...) la cimentación actual de los muros de la casa consiste en una serie de vigas corridas de 0.25m de altura y un ancho aproximado de 0.04 m apoyada sobre rellenos heterogéneos existentes. Así mismo se pudo determinar la cimentación de las columnas nuevas consistentes en una zapata asimétrica apoyada también sobre los rellenos superficiales. Se debe anotar que dicha cimentación es desde el punto de vista técnico muy pobre. (...) De lo anterior se concluye que el tipo de cimentación descrita se encuentra trabajando con un factor de seguridad de 2.14, el cual aunque bajo, se encuentra de los rangos comúnmente aceptados para este tipo de análisis."* Luego, señaló que *"(...) [l]a casa se encuentra cimentada sobre un estrato no competente dada su naturaleza heterogénea y contenido orgánico (basuras). A pesar del suelo de cimentación, los análisis efectuados arrojaron factores de seguridad a la capacidad portante aceptables así como asentamientos normales dentro de los rangos comúnmente manejados para el sistema de cimentación desarrollados en el momento de la construcción de la vivienda. La construcción del edificio vecino por el norte coincide con una reactivación en las deformaciones, las cuales ya tenían que haberse desarrollado dada la antigüedad de la casa. (...) Los análisis realizados reflejan un incremento en los asentamientos hasta de 5cm adicionales únicamente en la condición elástica, que unidos a la consolidación de las arcillas generaron diferenciales que han venido ocasionando las fisuras y grietas observadas."*⁵

4.1.3. Evaluación del comportamiento estructural del inmueble perteneciente a la enjuiciada, efectuado por Harold Alberto Muñoz Muñoz, quien aseveró que la construcción fue levantada de acuerdo con la normatividad vigente a la fecha de la obra, y *"(...) con base [en] los resultados*

⁴ Folios 39 a 47, PDF 01Cuaderno1 digitalizado.

⁵ Folios 57 a 84, *ídem*.

[del estudio de cimentación] *no existe la más mínima posibilidad de que el edificio presente desplomes o asentamientos diferenciales que afecten su estructura o la de edificaciones vecinas. (...) la edificación no presenta ningún tipo de deterioro o daño que sugiera algún mal comportamiento de la edificación. Particularmente se observó el piso del primer nivel en la búsqueda de manifestaciones de daño, tales como fisuras o grietas sobre el piso y se concluye, de forma categórica, que no existe ningún tipo de tales afectaciones (...). De Acuerdo con la evaluación efectuada a los documentos con los que se obtuvo la Licencia de Construcción y posteriormente la construcción del edificio SILVA como también la inspección de cada área del edificio, la evaluación analítica, el cálculo del centro de masa y centro de rigidez de la cimentación además la nivelación de cada una de las placas que conforman los entresijos, se concluye de manera diáfana que la edificación posee un óptimo comportamiento sin evidencia de ningún tipo de daño (...) que genere acciones sobre las edificaciones que se encuentran en su vecindad. A los daños que se puedan presentar o que efectivamente se evidencien en las edificaciones vecinas, se les debe establecer su naturaleza a partir de la interpretación técnica debidamente soportada que permita conocer sobre los antecedentes, comportamientos, reformas, ampliaciones, modificaciones y demás aspectos que pueden influir en la respuesta estructural, inclusive con las consideraciones técnicas que permitan prever daños en las edificaciones vecinas en el mediano o corto plazo.*"⁶

4.1.4. Se recepcionó la declaración de Harold Alberto Muñoz, quien, además de manifestar ser ingeniero civil con estudios de doctorado, afirmó que, en el 2006, fue contactado por Dora Silva para realizar unos análisis de patología estructural al predio de cuatro plantas, en el que pudo corroborar la horizontalidad de cada placa de entresijo y que, según la experticia realizada por la firma Espinoza Restrepo, la cimentación de la casa vecina es pobre en varios aspectos, "(...) uno de ellos es el material del suelo y otro es la estructura de la cimentación". También, al preguntársele si "(...) con la construcción de los cuatro pisos (...) se pudieron generar el incremento de los asentamientos en la casa de propiedad del demandante (...)", contestó: "Yo no tengo evidencias de que se haya presentado esa condición, pero toda la teoría elástica del comportamiento estructura (sic) señala que tanto es la fuerza como la deformación, tanto que la norma reconoce un límite permisible de asentamiento de 30cm para los edificios como es este caso y son precisamente los ingenieros geotecnistas quienes deben evaluar la magnitud de esos asentamiento supra que estén dentro de las

⁶ Folio 115 a 124 *ibidem*.

tolerancias permitidas por la ley. Con esto quiero señalar que los asentamientos son permitidos, los diferenciales son aquellos que se presentan cuando un lugar de la cimentación se asienta más que otro causando la inclinación de los edificios, la ley señala cuánto es esa diferencial y cuánto el ángulo límite de tolerancia."

Al indagársele si *"las averías que al parecer se causaron en las paredes del inmueble demandante (...) pueden ser generadas por las modificaciones internas que se le hubieran hecho al inmueble demandante"*, respondió: *"las grietas son manifestación de daño, no el daño en sí mismo, yo no podría opinar sobre las grietas o fisuras (...) debido a que ellas no se deben evaluar de forma particular sin conocer la situación de conjunto (...) para mí solamente mediante un estudio integral de la edificación permitiría establecer la naturaleza de las mismas (...)".* Más adelante, aseveró que *"(...) en el estudio que yo elaboré establecí que no hay fundamento para señalar que el edificio de (...) Dora Silva se haya recostado con la casa vecina (...) pero debo afirmar que cuando realicé el estudio conocí del estudio geotécnico realizado por la firma Espinoza y Restrepo al predio vecino y en él, de forma inequívoca, se concluye que el terreno sobre el cual se encuentra la cimentación de la casa no es competente para soportarla".* Al averiguársele sobre el *"¿Por qué los daños en el predio del [demandante] si dependen solamente de su tipo de suelo, por qué se originan visualmente y coincidencialmente más o menos a la par con el asentamiento del edificio vecino?"*, contestó *"yo no he estudiado la casa vecina del señor Ciprián y solamente conozco de ella la referencia de los daños que tiene, por lo tanto no puedo dar respuesta apropiada a su pregunta".⁷*

4.1.5. Igualmente, se incorporó al plenario el dictamen pericial rendido por el auxiliar de la justicia Mario Camilo Torres Suárez, quien puso de relieve haber desarrollado la experticia con fundamento en los estudios y datos dados por las partes, que obran en el expediente.

Asimismo, llamó la atención en los siguientes aspectos:

"La edificación de la parte demandante se compone de una edificación de dos pisos de altura, sin sótanos, (...) construida en la década de los 80's (...). La estructura se conforma de muros de carga con columnas de apoyo distribuidas en la planta, y cimentación mediante zapatas y vigas de cimentación apoyadas en suelos naturalmente blandos, dada la estratigrafía de la zona donde se emplazó la vivienda (...) las cargas aplicadas por la súper-estructura son igualmente bajas y en ningún

⁷ Folios 406 a 411, cit.

caso superan por sí mismas la capacidad de soporte (capacidad portante) de los suelos de fundación, al menos frente a la acción de cargas normales y ordinarias, como las que se relacionan con cargas de construcción y ocupación.

(...)

Descripción general del edificio - parte demandada[.] Se trata de una edificación construida en el 1995 (...) Externamente el edificio se observa en buenas condiciones estructurales, no obstante no fue factible el acceso al mismo, aunque se cree que puede tener algunas afectaciones, si no importantes, al menos menores, en el lindero sur con la casa vecina. (...) Se tiene un edificio que debe estar soportando niveles de carga importantes, al menos en relación con el peso de los materiales de fachada (...)[.]

(...)

4.1.1. Clasificación del suelo a partir del contexto geológico (...) la ubicación de las viviendas se encuentra en un depósito Fluvio- Lacustre, el cual se caracteriza por ser un depósito de arcilla, con intercalaciones importantes de bancos de arena y grava, ocasionalmente capas delgadas de ceniza volcánica y turbas (materia orgánica en descomposición)[.]

(...)

Diagnóstico de la vivienda – parte demandante

(...)

En consideración a las características de los materiales presentes en los suelos de fundación de la casa, similares a las determinadas durante la fase de exploración del subsuelo para la fundación de edificio vecino, se esperaría que los asentamientos por consolidación tuviesen lugar en períodos de tiempo relativamente extensos (en condiciones normales de drenaje de las aguas del subsuelo, conocida como carga no drenada) ya que se trata de suelos arcillo-limonosos con relativos bajos grados de permeabilidad.

(...)

Para el caso en consideración, se tiene que el nivel freático generalizado del área podía encontrarse localizado alrededor de los 2.0 m de profundidad; mientras el Estudio de Suelos del edificio vecino del año 1993 estableció una profundidad cercana a los 2.1 m, el estudio contratado por la propietaria de la vivienda demandante encontró en 2005 que tal nivel estaba a una profundidad comprendida entre 2.0 y 3.2 mm reflejando con ello que 10 años después de construido el edificio, el nivel freático había descendido en promedio cerca de 0.50 m, es decir que debió existir una circunstancia externa que indujera tal reducción de la tabla de agua de modo que, (...) se presentaron condiciones suficientes para que se acelerara la tasa

de disipación de las presiones de poros y en consecuencia de los asentamientos por consolidación.

(...)

Estado actual de la vivienda. En conclusión, los daños y afectaciones que ha sufrido la vivienda de dos pisos son gravísimos y comprometen su estabilidad estructural, de modo que cualquiera que sea la decisión de responsabilidad civil que se tome en este caso, éste deberá considerar la inhabilitabilidad de la casa e incluso su irreparabilidad, dado que las reparaciones superarían en mucho los costos directos de construir una nueva vivienda y ni siquiera se podría garantizar su efectividad.

(...)

Escenario antes de la construcción. (...) Tanto la vivienda de dos pisos como posteriormente el edificio vecino de cuatro niveles y una estructura enterrada para tanque de almacenamiento, fueron construidos de acuerdo con las prácticas de diseño y construcción que se aplicaban comúnmente en la época respectiva en que cada estructura se construyó, esto es, mediante investigaciones simples del subsuelo (subsolar y métodos de cimentación simples que cumplieran básicamente requerimientos de resistencia. Los suelos sobre los que se construyeron las edificaciones son materiales arcillosos, blandos, sobre yacidos por materiales de diversas texturas (...) incluyendo trazas de materia orgánica y otros propios de zonas que fueron antiguos depósitos superficiales de rastros de basuras o desechos de construcción.

Escenario después de la construcción. (...) Es claro que ambas edificaciones han experimentado los asentamientos normales esperados, unos relacionados con el corto plazo debidos a las cargas de la construcción y ocupación, y otros relacionados con el largo plazo debidos a la compresión de los suelos arcillosos saturados que están bajos los cimientos de las edificaciones. (...) El presente concepto determinó que los daños y afectaciones experimentadas por la vivienda de dos pisos se dio de forma progresiva en el tiempo (más corto de lo esperado), prueba de ello son los 'arreglos' e intervenciones acordadas entre el antiguo propietario de la casa y el dueño del edificio vecino, las cuales lamentablemente resultaron ineficaces, dado que no obedecieron a un análisis (...) profundo de la situación, creyéndose nuevamente que los daños se relacionaban con las cargas aplicadas y su distribución (...) cuando el problema real tenía mayor relación con el manejo de las aguas de escorrentía superficial y subsuperficial, las cuales, se conoce, no fueron tratadas."

Como conclusiones manifestó que "(...) las construcciones datan de 1995 para el caso del edificio vecino y al menos unos 10 años antes para el de la casa de dos plantas. Se emplazaron en terrenos con deficiencias geomecánicas,

conformados por materiales arcillosos blandos, suprayacidos por una capa superficial de suelos heterogéneos, con trazas de materia orgánica y otros materiales de relativa baja competencia. (...) El edificio del (...) demandado, al parecer no ha experimentado afectaciones importantes que puedan comprometer su estabilidad global, lo cual no necesariamente descarta que se hayan presentado asentamientos inmediatos (elásticos) (...). No obstante (...) el presente estudio estableció que en el edificio se construyó una estructura subterránea para un tanque de almacenamiento de agua, lo cual necesariamente indujo cambios importantes en los estados de refuerzos que conllevaron a modificaciones en las trayectorias de flujo subsuperficial, asociadas a excavaciones requeridas para la construcción de la estructura enterrada. De otra parte y en forma complementaria, el peso de la edificación vecina y su distribución en el terreno de apoyo, (...) necesariamente conlleva al incremento de esfuerzos en los terrenos aledaños, por tanto las construcciones medianeras se verán al menos afectadas por cambios en los estados de refuerzos al suelo bajo cimientos. (...) los asentamientos que han tenido lugar en la vivienda de dos pisos se han acelerado de tal manera que sobrepasan en mucho los máximos esperados para una construcción de esta clase (...)[.] Tales deformaciones exageradas explican las gravísimas afectaciones estructurales que ha sufrido la casa de dos pisos, concentradas particularmente en el lindero norte contra del edificio vecino; en el otro costado al sur (a escasos 8m) se han presentado asentamientos totales relacionados con hundimientos generalizado del terreno, el cual se asocia al incremento en las tasas de flujo de aguas subsuperficiales que se presentan desde tiempo atrás en este mismo lindero. En conclusión, es claro y contundente (...) que el comportamiento ingenieril de los suelos de fundación de la vivienda de dos plantas se ha visto seriamente afectado desde hace cerca de una veintena de años con un crecimiento 'acelerado' en los últimos años, induciendo asentamientos por consolidación muy superiores a los previstos en estos casos. Las afectaciones a las que se refiere este concepto (efectos) están claramente relacionadas con los cambios en los estados de esfuerzos (causas), que se han inducido sobre los suelos de fundación de la vivienda dos pisos y que se deben principalmente a mayores esfuerzos en el lindero norte por las cargas de construcción y ocupación del edificio vecino como cambios en condiciones de flujo por variaciones del nivel freático, inicialmente compartido por ambas edificaciones. Todas estas afectaciones iniciaron prácticamente con la construcción del edificio vecino (...). Lo anterior se debió fundamentalmente a que no se comprendió la fenomenología de los daños y que éstos se debían al cambio progresivo en los estados de esfuerzos, los cuales a su vez modificaban las condiciones de flujo de aguas subsuperficiales y por tanto reducían la resistencia al corte, al pasar de carga drenada (los esfuerzos los soporta el agua de poros) a carga

drenada (suelos arcillosos blandos de muy baja resistencia) acelerando en todo caso el proceso de consolidación primaria de los suelos de fundación y por tanto de los asentamientos relacionados. El informe pericial finaliza precisando que aun cuando la construcción del edificio en el lindero norte de la vivienda de dos pisos cumplió con la normativa sismo resistente vigente para la época de su construcción (1995) debieron hacerse tomado mayores cuidados en términos de análisis, diseño, y construcción de las estructuras subterráneas que allí se proyectaron, ya que a la postre fueron estas las que modificaron en forma sensible las condiciones de esfuerzos y de flujo de aguas subsuperficiales, por alteración del nivel freático de la zona, además de los mayores esfuerzos (cargas) inducidas en los bulbos de esfuerzos que se generan en el entorno de la cimentación de la estructura. (...) De otra parte se considera que hay suficiente información de referencia, tanto de primer como de segundo nivel, para endilgar la responsabilidad de las principales afectaciones y daños que ha sufrido la casa de dos pisos a su vecino del lindero norte (...).⁸

4.2. Bajo el acopio de los medios persuasivos *ut supra* relacionados, así como de la apreciación individual y conjunta de cada uno de las glosadas pruebas, aunado a que no se discute que la pasiva fue quien ejerció la actividad peligrosa de la construcción al levantar el edificio de cuatros pisos en el terreno alledaño donde se encuentra ubicada la vivienda del demandante -que se caracteriza por consagrar una presunción de culpa sobre el artífice y/o propietario-⁹, este Tribunal encuentra a la convocada como única responsable de los deterioros del inmueble de Miguel Eugenio Ciprian Poveda, al no aparecer demostrado, para desligarse de la autoría del suceso, que una causa extraña o el actuar del demandante hubiere producido o siquiera incidido en las afectaciones constructivas denunciadas, tal como pasa a explicarse:

4.2.1. En primer lugar, es del caso anotar que del concepto estructural rendido por Jair Useche Macías y el diagnóstico de comportamiento realizado por la firma Espinosa & Restrepo Ingeniería de Suelos es dable desgajar que el hecho ocasionador de los daños, cuya reparación ahora se depreca, halló génesis en la edificación levantada por el extremo encausado, pues, según los mentados elementos de convicción, se tiene “[c]omo principal causa de la inestabilidad generada en la estructura de la casa en referencia es la construcción de un edificio en el costado norte de la casa”, y “(...) la casa existente

⁸ Folios 462 a 498, *op cit.*

⁹ CSJ SC 512-2018.

de 2 pisos construida en mampostería estructural combinada con algunas columnas interiores, ha venido presentando a lo largo de los últimos años algunos asentamientos hacia el costado norte coincidiendo en el tiempo con la construcción de un edificio de 4 pisos vecino por el norte, generando la fisuración de los muros y las columnas (...) la estructura se observa bastante deteriorada”; aserciones que armonizan con las inferencias presentadas por el experto Mario Camilo Torres Suárez, quien señaló que “(...) [l]as afectaciones a las que se refiere este concepto (efectos) están claramente relacionadas con los cambios en los estados de esfuerzos (causas), que se han inducido sobre los suelos de fundación de la vivienda dos pisos y que se deben principalmente a mayores esfuerzos en el lindero norte por las cargas de construcción y ocupación del edificio vecino como cambios en condiciones de flujo por variaciones del nivel freático, inicialmente compartido por ambas edificaciones. Todas estas afectaciones iniciaron prácticamente con la construcción del edificio vecino (...)”, considerando que “(...) hay suficiente información de referencia, tanto de primer como de segundo nivel, para endilgar la responsabilidad de las principales afectaciones y daños que ha sufrido la casa de dos pisos a su vecino del lindero norte”; conceptos que, apreciados de manera conjunta y teniendo en cuenta que no fueron desconocidos por la parte demandada oportunamente, dejan en evidencia que la obra constructiva realizada por Dora Silva sí incidió directa y determinadamente en el predio del demandante.

Y es que, a decir verdad, con los elementos de persuasión relacionados anteladamente, en particular, el concepto de Torres Suárez, no puede acogerse la tesis impugnativa de que la encartada debe ser absuelta por el simple hecho de haber construido su edificio con apego a las normas urbanísticas, con total diligencia y cuidado -no siendo esto una causa extraña de responsabilidad-, cuando lo corroborado en la *lite* es que su obra constructiva trajo modificaciones en las trayectorias de flujo subsuperficial, generando asentamientos diferenciales hacia el costado norte, por fuera de los topes máximos de una construcción de esta estirpe; dictamen que, a juicio de este cuerpo decisorio, contiene la fuerza demostrativa necesaria para soportar la solución del presente caso, al ofrecer explicaciones técnicas de sus planteamientos, ser emitido por una persona versada en esos asuntos, sin que haya sido contradicho por la intimada en su oportunidad -lo que pone de relieve que en el *iter* del proceso no se cuestionaron las razones de su dicho-.

Tampoco se diga que el auxiliar de la justicia conceptuó infundadamente la incidencia del edificio de cuatro pisos sobre el bien raíz del pretensor y que no se tuvieron en cuenta las características de aquél, pues, si bien el experto dejó registrada su imposibilidad de acceder al mismo - obstáculo que deja en evidencia la falta de colaboración de la conminada en la práctica de la prueba, emergiendo las consecuencias del inciso 2° del artículo 233 del C. G. del P.,¹⁰ teniéndose por confesado que el daño sufrido en la vivienda del actor provino de la construcción efectuada por la demandada- lo avizorado en las diligencias es que el perito tomó como base para realizar su trabajo los dictámenes y datos entregados por ambos extremos de la litis, entre esos, los estudios de suelo y el informe técnico de Harold Alberto Muñoz, quien supeditó su análisis al predio de la encartada; acaecimiento que permite inferir a esta Colegiatura que sus conclusiones resultan sustentadas y acorde con las facticidades por las que se le indagó.

4.2.2. Las prenotadas explicaciones argumentativas, sin duda, dan al traste con la viabilidad de las exceptivas de *"la demandada no es responsable civilmente, por cuanto su conducta no es reprochable a título alguno"*; y *"la demandada no es civilmente responsable por cuanto no existe relación de causalidad entre los daños de la casa y la conducta de la demandada"*, toda vez que, en puridad, al ser la construcción del edificio la que propició el deterioro de la heredad del aquí pretensor -tal y como se dictaminó en los piezas suasorias antes descritas- no resulta plausible tener por resquebrajado el nexo causal entre su comportamiento y lo sucedido, lo que no logra superarse con la simple alegación de una conducta diligente, si en mente se tiene que la responsabilidad nacida del ejercicio de actividades peligrosas no se disipa con la acreditación de dicho elemento subjetivo, ni tampoco se tiene como suficiente para derruir la presunción impuesta por el legislador al ejecutor de una actividad que, en sí misma, comporta peligro, la que, ciertamente, no se encuentra desvirtuada.

4.2.3. Sobre ese mismo derrotero, destáquese que la llamada a la actuación invocó como exceptivas *"culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber construido el inmueble sin las especificaciones técnicas exigidas"* y

¹⁰ Disposición que reza: "Si alguna de las partes impide la práctica del dictamen, se presumirán ciertos los hechos susceptibles de confesión que la otra parte pretenda demostrar con el dictamen y se le impondrá multa de cinco (5) a diez (10) salarios mínimos mensuales."

"culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber construido el inmueble sin la respectiva licencia y por haberle hecho modificaciones son las respectivas exigencias técnicas". Frente al primer medio de enervación, dígame, de una vez, que éste se encuentra confinado al fracaso, debido a que, según el trabajo efectuado por el perito Mario Camilo Torres Suárez, al referirse sobre el "escenario antes de la construcción", resaltó que "[t]anto la vivienda de dos pisos como posteriormente el edificio vecino de cuatro niveles y una estructura enterrada para tanque de almacenamiento, **fueron contruidos de acuerdo con las prácticas de diseño y construcción que se aplicaban comúnmente en la época respectiva en que cada estructura se construyó, esto es, mediante investigaciones simples del subsuelo (subsolar y métodos de cimentación simples que cumplieran básicamente requerimientos de resistencia**"; manifestaciones que, al devenir de un experto en la materia y no haber sido controvertidas en la fase procesal correspondiente, tienen la entidad suficiente para traer certeza de que la morada afectada fue levantada con la metodología constructiva utilizada para el momento de erigir la edificación, conclusión que, sin más, logra desmentir las afirmaciones del extremo opositor sobre ese particular aspecto de la alzada interpuesta.

La misma suerte le sigue a la defensa de haberse construido el inmueble sin licencia y modificarlo sin las exigencias técnicas pertinentes, pues aunque se encuentra documentado que la cimentación de las nuevas columnas que se dispusieron en el predio del actor para mitigar los daños que se venían presentando, con ocasión de la obra vecina, es técnicamente "muy pobre" - como lo señaló la firma Espinosa & Restrepo Ingeniería de Suelos-, y, además, echarse de menos en el plenario el aludido permiso constructivo, lo que aquí se advierte es que no se probó un vínculo relacional entre estas dos circunstancias y los menoscabos estructurales sufridos en la edificación del gestor de esta controversia, sumado a la no demostración de que antes de la construcción del edificio la casa estuviera en deterioro o tuviera daños; panorama comprobatorio que impide exonerar de responsabilidad a la conminada, habida consideración que "(...) jurídicamente no es cualquier hecho o intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad, (...), se desplaza del autor del daño

*hacia el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad civil. (...) Cuando el hecho del tercero no es la causa determinante del daño no incide en ninguna forma sobre el problema de la responsabilidad. (...) Pero distinta es la situación que se presenta cuando la culpa de un tercero interviene en la realización del daño, no como causa exclusiva sino en concurrencia con la culpa del demandado. La solución para estos casos, como la lógica jurídica y la doctrina de los expositores lo indican, es que la víctima puede demandar al autor del daño la reparación integral. (Geny, Mazeaud, Lalou). Este último, en su Tratado de la Responsabilidad Civil (p. 181) (...)."*¹¹

4.2.4. De igual forma, es menester apuntalar que la encartada, además, propuso el medio de enervación que rotuló *"la demandada no es responsable, por cuanto los daños de la casa de propiedad de la demandante tiene una causa inherente a su propia construcción"*, que respaldó en que ésta carece de permiso constructivo y la cimentación fue *"realizada de una manera 'muy pobre' y sobre un terreno de 'basuras'."*

Sobre ese particular, es preciso indicar que lo atinente a la falta de licencia y la carencia de técnica en el basamento de las nuevas columnas puestas en el predio ya fueron temáticas abordadas en líneas anteriores, destacándose la ausencia de prueba sobre la conexidad de estos aspectos con los menoscabos enunciados en el informativo; ultimación que lleva a examinar la incidencia del terreno sobre el que se edificó la casa del actor, en los detrimentos cuyo resarcimiento se reclama.

Con ese propósito, destáquese que la firma Espinosa & Restrepo Ingeniería de Suelos, en el diagnóstico de comportamiento y las recomendaciones para el refuerzo de la casa del accionante, señaló que la vivienda *"(...) se encuentra cimentada sobre un estrato no competente dada su naturaleza heterogénea y contenido orgánico (basuras)"*. No obstante, determinó que ***"el tipo de cimentación descrita se encuentra trabajando con un factor de seguridad de 2.14, el cual aunque bajo, se encuentra de los rangos comúnmente aceptados para este tipo de análisis (...)", "[a] pesar del suelo de cimentación, los análisis efectuados arrojaron factores de seguridad a la capacidad portante aceptables así como asentamientos normales dentro de los rangos comúnmente manejados para el sistema de cimentación"***

¹¹ CSJ. Cas. Civil. Sentencia 22 de noviembre de 1943. M.P. Hernán Salamanca.

desarrollados en el momento de la construcción de la vivienda” (negrillas del Tribunal).

En ese mismo sentido, el perito Mario Camilo Torres Suárez determinó que, dada la estratigrafía de la zona donde se emplazó la edificación de la parte demandante, “(...) *las cargas aplicadas por la súper-estructura son igualmente bajas y en ningún caso superan por sí mismas la capacidad de soporte (capacidad portante) de los suelos de fundación, al menos frente a la acción de cargas normales y ordinarias, como las que se relacionan con cargas de construcción y ocupación*”. Asimismo, el auxiliar de la justicia concluyó que “*la casa se encuentra cimentada sobre un estrato de baja competencia dada su naturaleza heterogénea y contenido orgánico (incluyendo rastros de basura)*[.] (...) **A pesar del suelo de cimentación, los resultados de factor de seguridad a la capacidad portante y los asentamientos se encuentran entre los rangos normales para el sistema de cimentación, desarrollados en el momento de la construcción de la vivienda**”¹² (Resaltado propio). Experticias que, apreciadas en conjunto y bajo la égida de la sana crítica, permiten colegir que las características del suelo de fundación de la edificación perteneciente al demandante no se avistan como una condición que, *per se*, hubiere podido derivar, o siquiera alcanzar a repercutir en los problemas estructurales ventilados en el presente asunto, ya que así no logró acreditarse. A *contario sensu*, lo observado de los referidos informes técnicos es que los terrenos donde se ubica la memorada construcción soportan las cargas impuestas con una capacidad portante aceptable, guardando los rangos normales para el sistema de cimentación utilizado; sin que se hubiere demostrado por la encartada que, en realidad, dichas superficies no resistieran la estructura que conforma la casa del activante.

Es más, si se miran sosegadamente las cosas, los peritajes incorporados a la demanda ponen de manifiesto que tanto la edificación de dos plantas -de propiedad del promotor de este juicio-, así como la construcción de cuatro pisos de la pasiva, aparecen levantadas sobre suelos defectuosos y de condiciones similares.

Si esto es así, como en efecto se colige de los referidos trabajos periciales -acudiendo a las reglas de la sana lógica- es dable inferir que esta

¹² Folio 471, PDF 01Cuaderno1 digitalizado.

circunstancia no podría haber incidido en la producción del daño, y, en esa medida, ninguna culpa debió atribuirse a la parte activa, como desacertadamente lo consideró la funcionaria *a quo*, ya que, a sabiendas de tales defectos terrenales, el demandado levantó un edificio de cuatro pisos, que, según la evaluación del comportamiento estructural del inmueble del enjuiciado realizada por Harold Alberto Muñoz Muñoz, “(...) *no presenta ningún tipo de deterioro o daño que sugiera algún mal comportamiento de la edificación. Particularmente se observó el piso del primer nivel en la búsqueda de manifestaciones de daño, tales como fisuras o grietas sobre el piso y se concluye, de forma categórica, que no existe ningún tipo de tales afectaciones (...)*”; estimación técnica que permite entrever la poca probabilidad de que esa clase de suelo no soportare una edificación de las dimensiones del predio de la encausada, las cuales sobrepasan considerablemente las del predio afectado, y menos que sus características hayan siquiera repercutido en la producción del daño alegado; sumado a que no se acreditó que los deterioros de la obra arquitectónica perteneciente al promotor de este juicio, se hubieren presentado antes de llevarse a cabo la construcción de la interpelada, pues, tales averías, según los elementos de convicción arrimados a la actuación, vinieron a verificarse luego de que ésta se materializara, y no durante el levantamiento de aquélla y la década transcurrida para realizar la edificación de la demandada, indicio que permite barruntar, con alta probabilidad de acierto, que la causa de los daños aquí denunciados guarda estrecha conexidad con el inmueble de Dora Silva.

Ahora, huelga descollar que las aserciones elevadas por el experto Harold Alberto Muñoz, tanto en su laborío técnico, como en la declaración rendida al interior del proceso, refulgen exiguas para endilgar responsabilidad al demandante, si se repara en que sus ultimaciones se basaron primordialmente en el análisis del predio de la encausada, sin estudiar la vivienda colindante, como lo manifestó en su relato, al indagársele *¿Por qué los daños en el predio del [demandante], si dependen solamente de su tipo de suelo, por qué se originan visualmente y coincidencialmente más o menos a la par con el asentamiento del edificio vecino?*”, contestó *“yo no he estudiado la casa vecina del señor Ciprián y solamente conozco de ella la referencia de los daños que tiene, por lo*

tanto no puedo dar respuesta apropiada a su pregunta".¹³ De igual manera, a la pregunta de si *"las averías que, al parecer, se causaron en las paredes del inmueble demandante (...) pueden ser generadas por las modificaciones internas que se le hubieran hecho al inmueble demandante"*, respondió: *"las grietas son manifestación de daño, no el daño en sí mismo, yo no podría opinar sobre las grietas o fisuras (...) debido a que ellas no se deben evaluar de forma particular sin conocer la situación de conjunto (...) para mí solamente mediante un estudio integral de la edificación permitiría establecer la naturaleza de las mismas (...)"*, aseveraciones que, sin duda, ponen en tela de juicio la completitud de dichas piezas suasorias para atribuirle culpabilidad a Miguel Eugenio Ciprián Poveda en la generación del detrimento que aquí se persigue reparar.

Es por lo anterior que este Colegiado, tras apreciar los diferentes medios de convicción en los términos del artículo 176 del C. G. del P., considera que la demandada es la responsable directa y exclusiva de los menoscabos sufridos en el predio del demandante, por no haber logrado desvirtuar la presunción de culpa que pesaba sobre sus hombros. De ahí que el fallo de primera instancia deba ser modificado frente a ese particular asunto.

5. En lo relativo al reconocimiento del lucro cesante, se tiene que en el libelo genitor el gestor de esta contienda, en su *petitum*, precisó que este daño *"(...) Viene cifrado por la cantidad de (CUATRO MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS) \$4.950.000,00, los cuales ha debido percibir el demandante por concepto de cánones de arrendamiento generados por el inmueble durante dieciocho meses a razón de CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$450.000) cada uno, lapso en el que el bien ha permanecido desocupado."*¹⁴

5.1. A tono con lo anterior, tomando como punto de partida que el segundo piso del bien del activante estaba siendo arrendado por la cantidad de \$600.000,00 mensuales,¹⁵ pero el valor del alquiler relacionado en la demanda fue determinado en la suma de \$450.000,00, por mensualidad. Entonces, dentro de ese marco petitorio y considerando que el período de 18 meses utilizado por la juzgadora para liquidar el lucro cesante -como también se reclamó en el informativo- deviene claro que el monto que debe reconocerse

¹³ Folios 406 a 411, *cit.*

¹⁴ Folio 181, 189 *ibidem*.

¹⁵ La documental visible a folio 556 del PDF del cuaderno principal acredita que el segundo piso del bien estaba siendo rentado para los años 2005 a 2008.

por ese concepto asciende a **\$8'100.000,00**, junto a la indexación hasta la fecha de la presente decisión, en los términos del artículo 283 del C. G. del P., dado que la Sala considera que dicho reajuste obedece a criterios de equidad y a que la corrección monetaria no es un resarcimiento de perjuicios, tras no integrar el elemento daño, sino que responde a la simple actualización de la pérdida del poder adquisitivo del dinero.¹⁶ De este modo, recurriendo a la fórmula utilizada por la Sala de Casación Civil en el fallo SC4703-2021, el reseñado guarismo equivale a **\$4'060.287,66.**, para un total de **\$12'160.287,66.**

5.2. No acontece lo mismo respecto de los arrendamientos causados durante el curso del proceso, puesto que así no fue petitionado en la demanda, ni tampoco aparecen deprecados bajo la fórmula pretensiva "*lo que resultare probado en el proceso*", o alguna similar que le permita al juzgador sobrepasar el tope impuesto en el pliego incoativo; por lo que en esta fase impugnativa no es dable exceder los límites demarcados en el artículo 281 del G.G. del P;¹⁷

5.3. Para cerrar, en lo atañadero al reparo formulado por la demandada sobre la estimación del dictamen pericial confeccionado por Gustavo Caicedo Lozano, basta con señalar que este elemento de persuasión no fue utilizado por la juzgadora de primer grado para la tasación del lucro cesante decretado, ni tampoco se considerará por este Tribunal para tal cometido, en la medida en que sus conclusiones desbordan el principio de congruencia, al superar los montos y períodos reclamados en el pliego genitor.

¹⁶ CSJ SC 6185-2014, Sentencia del 16 de mayo de 2014 Exp. 2008-00263-01.

¹⁷ Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SC 4966-2019, sostuvo que "[a] la luz del principio dispositivo que rige primordialmente el procedimiento civil, debe el juez, al dictar el fallo con el cual dirige la controversia, respetar los límites o contornos que las partes le definen a través de lo que reclaman (pretensiones o excepciones) y de los fundamentos fácticos en que se basan ante todo los pedimentos, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso, o de pretensiones que, no aducidas, asimismo deben declararse oficiosamente por el juez. (...) Atendiendo esas dificultades, en sentencia CSJ SC, 15 abr. 2009, rad. 1995-10351-01, esta Sala modificó su doctrina previa sobre el particular, y construyó a partir de allí una sólida tendencia jurisprudencial, que atribuye a expresiones como la antes citada el efecto de ampliar el margen de maniobra del fallador: 'Al contrario de lo que en el pasado estimó, la Corte considera ahora que en aquellos asuntos en cuya demanda, reforma o sustitución de ésta la parte actora pretenda condenación por una suma explícitamente determinada, pero acompañada de expresiones como las particularizadas arriba [*'o la que se pruebe', o 'la que resultare probada', o 'la que se probare en el proceso'*], que son las palabras con las que de modo usual se formulan o plantean las súplicas que tengan como propósito una condena pecuniaria, ninguno de esos agregados se puede concebir como dependiente o subordinado de la cifra expresada que a su alrededor se hubiere manifestado; todo lo contrario, una cabal comprensión del tema permite admitir que dichos complementos la modifican de tal manera que amplían el espectro dentro del cual el juzgador válidamente puede o debe moverse, hacia arriba o hacia abajo de esa cuantificación, sin caer, desde luego, en una resolución infra petita o plus petita, pues en tal supuesto está limitado, eso sí, sólo por el importe probado a través de los diversos elementos de convicción incorporados al plenario. Este es, desde luego, el sentido lógico y coherente de las mencionadas locuciones, en tanto están llamadas a representar el verdadero querer del promotor de la causa judicial cuando las súplicas fueren formuladas de la anotada manera; y es bajo el entendimiento que se viene sustentando como ellas adquieren su verdadera eficacia, su importancia y real concreción, pues, con arreglo a esta nueva posición, si las mismas no aparecen en el escrito contentivo de las pretensiones al juez le estará vedado sobrepasar el monto allí indicado, más si llegaren a ser incluidas éste entonces no estará supeditado a la cuantía que le haya sido expresamente demandada, puesto que con el presente cambio tendrá la posibilidad de otorgar una suma superior, en aquellos casos que se lo permita el haz probatorio; expresado de otro modo, las memoradas frases resultarán provechosas bajo la doctrina que ahora se prohija, porque si están incluidas en la súplica respectiva y si el acopio probativo permite establecerlo, harán posible imponer una cifra mayor de la que en términos numéricos la parte actora haya solicitado."

Ahora, como la cuantía del daño emergente quedó por fuera de la alzada – detrimento en que sí se fundó dicha experticia-, por sustracción de materia esta Corporación no hará pronunciamiento al respecto, de conformidad con lo previsto en el artículo 328 del C. G. del P.

6. Ubicada de ese modo la situación litigiosa, rutila palmaria la revocatoria parcial y consecuente modificatoria del fallo de primer grado en sus ordinales primero, segundo, cuarto, sexto y octavo, en el sentido de **i)** declarar no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; **ii)** declarar que la enjuiciada Dora Silva es civilmente responsable del 100% de los daños causados al demandante Miguel Eugenio Ciprian Poveda, por las afectaciones materiales sufridas en el inmueble ubicado en la Carrera 55 No. 69-67 de la actual nomenclatura de Bogotá, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1362741 de la oficina de registro de instrumentos públicos Zona-Centro; **iii)** condenar a la convocada, Dora Silva, a pagar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, en favor de Miguel Eugenio Ciprian Poveda, la suma de \$8'100.000,00, por concepto de lucro cesante, suma que, indexada a la fecha de la presente providencia, asciende a **\$12'160.287,66**. Vencido el término legal concedido para pagar, se reconocerán intereses legales del artículo 1617 del Código Civil; **iv)** se condenará en costas en primera instancia a la parte demandada en un 100%; **v)** y se confirmarán las demás disposiciones.

7. Por la forma como se resolvieron las alzadas interpuestas, se condenará en costas de esta instancia a la parte encausada, de conformidad con la regla 1ª del artículo 365 del Código General del Proceso.

V. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida el 22 de julio del año en curso, por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil Circuito de

Bogotá, y por tanto se imponen las modificaciones en sus ordinales primero, segundo, cuarto, sexto y octavo, los cuales quedarán así:

"1° y 2° DECLARAR NO PROBADAS las excepciones intituladas '*culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber construido el inmueble sin las especificaciones técnicas exigidas*'; '*culpa del demanda[n]te en la causación de los daños por haber construido el inmueble sin la respectiva licencia y por haberle hecho modificaciones son las respectivas exigencias técnicas*'; '*la demandada no es responsable, por cuanto los daños de la casa de propiedad de la demandante tiene una causa inherente a su propia construcción*'; '*la demandada no es responsable, por cuanto los daños de la casa de propiedad de la demandante tiene una causa inherente a su propia construcción*'; '*la demandada no es responsable civilmente, por cuanto su conducta no es reproachable a título alguno*'; '*la demandada no es civilmente responsable por cuanto no existe relación de causalidad entre los daños de la casa y la conducta de la demandada*'.

4° DECLARAR que la enjuiciada **DORA SILVA** es civilmente responsable del 100% de los daños causados al demandante **MIGUEL EUGENIO CIPRIAN POVEDA**, por las afectaciones materiales sufridas en el inmueble ubicado en la Carrera 55 No. 69-67 de la actual nomenclatura de Bogotá, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1362741 de la oficina de registro de instrumentos públicos Zona-Centro.

6° CONDENAR a la convocada **DORA SILVA** a pagar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este fallo en favor de **MIGUEL EUGENIO CIPRIAN POVEDA** la suma de **\$8'100.000,00**, por concepto de lucro cesante, suma que, indexada a la fecha de la presente providencia, asciende a **\$12'160.287,66**. Vencido el término legal concedido para pagar, se reconocerán intereses legales del artículo 1617 del Código Civil.

8° CONDENAR en costas del proceso a la parte demandada en un 100%, señalando para el efecto como agencias en derecho la suma de \$3'000.000,00 M/Cte. Líquidense por Secretaria conforme al artículo 366 del C. G. P."

Las demás disposiciones se mantienen incólumes.

SEGUNDO. CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la parte demandada. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de Un Millón Quinientos Mil de Pesos (\$1'500.000,00). Tásense conforme lo establece el artículo 366 del C. G. del P.

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

NOTIFÍQUESE,



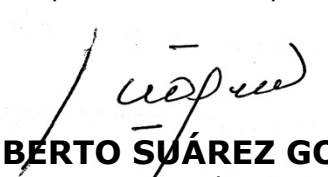
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(031 2009 00283 02)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(031 2009 00283 02)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(031 2009 00283 02)

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno

RAD. 110013103 019 2016 00629 01

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver el recurso de queja interpuesto por Lavandería Industrial Metropolitana S.A.S. contra el auto de 3 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá a través del cual negó la concesión del recurso de apelación interpuesto contra el proveído de 27 de octubre de 2020, en el proceso ejecutivo adelantado por la impugnante contra la Clínica Vascular Navarra Ltda.

ANTECEDENTES

1. El 27 de octubre de 2020¹ el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá dispuso que la

¹ Folio 195 archivo pdf 01 copia cuaderno principal

ejecutante, aquí recurrente, debía estarse a lo resuelto en el auto de 8 de julio de 2019, en el que consideró que la demandante, en relación con la solicitud de cumplimiento de las medidas cautelares, debía *“estarse a lo resuelto en los autos de fechas 29 de mayo y 17 de junio de 2019 (...) los cuales se encuentran debidamente ejecutoriados, en la medida en que no fueron susceptibles de los recursos de ley.”*²

2. Contra la decisión de 27 de octubre de 2020, el extremo activo interpuso recurso de reposición y, en subsidio, el de apelación. Como soporte de la censura alegó que *«es evidente que esta Judicatura ordena estarse a lo dispuesto de una orden que mediante el memorial arribado se estaba acreditando, lo cual debía ser objeto de manifestación en el sentido de pronunciarse y por ende, ordenar a la entidad bancaria Davivienda efectuar la aplicación de la medida en los términos que anteriormente este extremo a expuesto de manera reiterada»*. En consecuencia, solicitó que se ordene a Davivienda S.A. proceder a la aplicación y acreditación de la medida cautelar decretada.

3. El 3 de junio de 2021, el juzgado emitió auto en el que resolvió no revocar la decisión recurrida y negó la concesión de la impugnación vertical. Esta última decisión la fundó en que la providencia recurrida no es suceptible de tal recurso³.

4. La ejecutante interpuso recurso de reposición y, subsidiariamente, el de queja contra el pronunciamiento.

² Folio 123 archivo pdf 01 copia cuaderno medidas

³ Folios 206 y 207 archivo pdf 01 copia cuaderno principal

Expresó que la decisión refutada si es pasible de apelación por que se relaciona con la no aplicación de las medidas cautelares solicitadas, en especial, en lo relativo a *«las entidades financieras que se rehúsan a su acatamiento»*. Por tanto, de conformidad con el numeral 8 del artículo 321 del Código General del Proceso, se debe conceder⁴.

5. El 10 de agosto de 2021, el *a quo* no repuso el auto cuestionado y ordenó la expedición de copias para tramitar el recurso de queja. Destacó que *«de cara a la réplica que nos atañe, propio es decir, que carece en un todo de asidero jurídico, en la medida que la decisión adoptada en el auto calendado 27 de octubre de 2020, bajo ningún punto de vista es susceptible del recurso de apelación, pues no se encuentra enlistada en el artículo 321 ibídem, como tampoco existe norma especial»*. Y agregó que *«los argumentos anunciados en la hora de ahora por el extremo activo, no son de recibo, máxime cuando con aquellos se pretende realizar una interpretación extensiva del numeral 8 del artículo 321 del estatuto procedimental, lo que de suyo no es admisible.»*⁵.

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 352 del Código General del Proceso, el recurso de queja procede cuando el juez de primera instancia deniega el de apelación, para que *“el superior lo conceda si fuere procedente”*. También

⁴ Folios 208 y 209 archivo pdf 01 copia cuaderno principal

⁵ Folios 216 y 217 archivo pdf 01 copia cuaderno principal

está concebido para el caso de la negación del recurso de casación. En él únicamente se discute y resuelve si hay lugar a conceder o no la impugnación vertical que la parte ha formulado contra una providencia.

2. De entrada, se advierte que el auto que fue bien denegada la concesión de recurso de apelación propuesto por la sociedad ejecutante contra el auto de 27 de octubre de 2020. Es así por las razones que se indican enseguida:

(i) Es pertinente memorar que nuestra ley procesal civil adoptó el principio de la taxatividad en lo concerniente al recurso de apelación de autos; luego, sólo son pasibles de tal impugnación aquellos expresamente autorizados en el canon 321 del C. G. P. – norma genérica – o en otra especial. Y no es admisible acudir a forzadas interpretaciones en cada caso particular para intentar que se consideren apelables proveídos que no están expresamente indicados en el ordenamiento jurídico procesal actual.

(ii) La providencia susceptible de apelación, consagrada en el numeral 8 del citado precepto 321, es la que *“resuelva sobre una medida cautelar, o fije el monto de la caución para decretarla, impedirla o levantarla.”* Dicho en términos más extensos, la que la decreta, la modifica, la levanta, o aun aquella que la sustituye por otra; nada más.

(iii) En el presente asunto, el auto de 27 de octubre de 2020 lo que resolvió fue *“estarse a lo resuelto en el auto de fecha 08 de julio de 2019, visible a folio 86 del cuaderno de medidas*

cautelares”⁶. Así resolvió lo pedido en “*escrito que antecede*”. Lo pedido en esa misiva fue que “*se ordene a la entidad BANCARIA DAVIVIENDA, se sirva aplicar las medidas dictadas dentro del presente asunto, sobre las cuentas de las cuales la demandada ostenta la titularidad.*”⁷. Y ha sido alrededor de tal situación que tratan los requerimientos y proveídos anteriores.

Es claro que la comentada providencia no es de las consagradas como apelables en el canon 321 del C. G. P., aunque ciertamente se relaciona con medidas cautelares, pero no resuelve sobre las mismas; pues, allí sólo se hace una exigencia legal razonable para poder decidir si hay lugar a emitir las conminaciones reclamadas.

Ahora, según se observa, en este caso no se ha procedido en la forma que manda el penúltimo inciso del párrafo único del canon 594 *ejusdem*, lo cual es asunto que no puede ser analizado y resuelto en esta instancia.

3. Se declarará bien denegado el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 27 de octubre de 2020.

LA DECISIÓN

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

⁶ Folio 193 del archivo pdf 01 copia cuaderno principal

⁷ Folio 189 *ibidem*.

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara bien denegado el recurso de apelación formulado por Lavandería Industrial Metropolitana S.A.S. contra el auto proferido el 27 de octubre de 2020.

SEGUNDO: Sin condena en costas en esta actuación por no aparecer comprobada su causación.

TERCERO: Devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación:

**80a367f40a87e8ef718a2d68d457c898bbb5c64ecb3e1166f
7ded7cfe0670705**

Documento generado en 10/12/2021 05:19:20 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Ejecutivo Singular
DEMANDANTE : Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A.
DEMANDADO : Amalia Llanos Perea
RECURSO : Apelación auto

ASUNTO.

Se decide el recurso de apelación que interpuso el apoderado de la demandada en contra del proveído de fecha 10 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 40 Civil del Circuito de esta ciudad, que rechazó de plano la solicitud de nulidad.

EL RECURSO.

El censor alegó¹ que: (i) el juzgado dijo que la nulidad quedó saneada, pero, si bien es cierto que actuó lo fue porque no podía dejar de hacerlo ante las inconsistencias en el trámite del proceso y porque se había configurado el desistimiento tácito que no se reconoció; además, desde el inicio manifestó los yeros que se presentaron en la notificación que se trató de realizar conforme el Decreto 806 de 2020, y (ii) se resolvió la nulidad sin analizar los argumentos que se presentaron en beneficio del debido proceso y el derecho a la defensa de su representada.

¹ Cfr. Carpeta “03IncidenteNulidad”, Archivo “03Apelación”

El 27 de septiembre de 2021², el *a quo* concedió la alzada en el efecto devolutivo.

En ampliación al recurso señaló que interpuso el incidente de nulidad luego de conocer el proceso en su totalidad pues desde el 16 de diciembre lo solicitó, el 2 de marzo de 2021, se le reconoció personería para actuar y solo hasta el 15 de marzo tuvo acceso al expediente³.

El asunto fue radicado en el Tribunal el 12 de noviembre siguiente.

CONSIDERACIONES

El desarrollo normal del proceso judicial impone la necesidad de que las reglas fijadas en la ley para su impulso y resolución no puedan ser desatendidas por las partes ni por el funcionario judicial a quien se le ha encargado dirimir el litigio. La inobservancia de esas formas procedimentales preestablecidas acarrea, en ciertos casos, el decreto de la nulidad como una medida con la cual un acto, o una serie de estos, cumplidos de manera irregular, quedan privados de los efectos que normalmente producirían.

El *a quo* para rechazar de plano la nulidad argumentó que “a tenor de lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 135 del C.G.P., '[n]o podrá alegar la nulidad (...) quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla'. Además, de haberse configurado dicha irregularidad, la misma ya desapareció, si en cuenta se tiene que, conforme lo preceptuado por el numeral 1º del artículo 136 ibidem, '[l]a nulidad se considerará saneada en los siguientes casos: 1. Cuando la parte que podía alegarla no lo hizo oportunamente o actuó sin proponerla". Y agregó que “la nulidad en cuestión fue presentada tan

² Id. Archivo “05AutoConcedeApelaciónEfectoDevolutivo20210927”

³ Cfr. Carpeta “05Nulidad”, Archivo “01EscritoNulidad202111001”

solo hasta el 26 de mayo del año que avanza, fecha para la cual la parte interesada ya había actuado en el proceso sin proponerla”, y “se comprueba con los memoriales allegados por los días 16 de diciembre de 2020 (poder), 12 de enero del año en curso (recurso de reposición en contra del auto dictado el 15 de diciembre de 2020) y 15 de abril de este año (recurso de apelación en contra del auto proferido el pasado 9 de abril)”⁴.

Al revisar el expediente se evidencia que el auto de 15 de diciembre de 2020⁵, donde se dispuso tener por notificada a la demandada de la orden de apremio en los términos del decreto 806 de 2020, y no haber formulado excepciones, fue discutido mediante recurso de reposición de 12 de enero de 2021⁶ en el que la ejecutada adujo que (i) la notificación no le fue efectuada en debida forma y **advirtió una posible nulidad** porque no se cumplió con lo estipulado en el art. 8 del Decreto 806 de 2020, sin que se demostrara que los correos juanamor@cable.net.co y amalia.llanos@gmail.com fueran las direcciones personales actuales, pese a que informó uno de ellos hace mucho tiempo al banco, (ii) conforme al poder que adjuntó -16 de diciembre- debería tenerse por notificada por conducta concluyente, y (iii) que el proceso se terminó por desistimiento tácito ante los múltiples requerimientos efectuados sin que se diera cumplimiento a la carga allí impuesta.

Mediante auto de 2 de marzo de 2021⁷, se reconoció personería para actuar al apoderado de la parte demandada y se ordenó que por secretaría se diera traslado al recurso de conformidad con el art. 110 del C.G.P. Cumplido lo anterior, el juzgado en proveído de 9 de abril de 2021⁸ resolvió el recurso y dijo que no había lugar a dar aplicación a la notificación prevista en el art. 301 del C.G.P., como quiera que la

⁴ Cfr. Carpeta “03IncidenteNulidad”, Archivo “02AutoRechazaNulidad20210810”

⁵ Cfr. Carpeta “01CuadernoPrincipal” Archivo “07AutoTienexNotificado20201215”

⁶ Id. Archivo “11RecursoReposicionDemandada20210112”

⁷ Id. Archivo “12AutoCorreTraslado20210302”

⁸ Id. Archivo “17AutoResuelveReposicion20210409”

comunicación remitida el 3 de agosto de 2020 al correo amalia.llanos@gmail.com fue efectiva, porque la empresa de mensajería Enviamos Comunicaciones S.A.S., allegó constancia afirmando que la notificación electrónica “fue enviada y entregada”, que “obtuvo acuse de recibo” positivo, y registró un número de “consultas realizadas a la notificación”⁹ de seis en total, sumado a que la demandada al diligenciar el pagaré registró dicho correo electrónico y tampoco avisó de su eventual cambio al acreedor. Así mismo, negó la solicitud de terminación por desistimiento tácito, decisión sobre la cual la misma parte interpuso recurso de apelación el 15 de abril de 2021 que fue resuelto por este despacho el pasado 23 de julio de 2021.

En auto de 20 de mayo de 2021¹⁰, se ordenó seguir adelante con la ejecución ante la falta de oposición – art. 440 del C.G.P., decisión que censuró el 26 de mayo de 2021¹¹ a través del recurso horizontal ante las falencias en la notificación y por haber presentado un incidente de nulidad - en la misma fecha- alegando violación al debido proceso y al derecho a la defensa, lo debía sanearse que antes de dictar sentencia; sin embargo, se rechazó por improcedente el 10 de agosto de 2021¹². Y, en otro auto la nulidad se rechazó.

Conforme el anterior recuento procesal se advierte que acertó el *a quo* al rechazar de plano la nulidad propuesta, puesto que la parte recurrente, si bien cuestionó la decisión de 15 de diciembre de 2020, y advirtió la existencia de una posible irregularidad, con posterioridad, el 15 de abril de 2021, discutió mediante la interposición del recurso de alzada la decisión que negó dar por terminado el proceso por desistimiento tácito sin alegar en esa oportunidad la existencia del presunto vicio, pues, solo con ocasión de la expedición de la providencia de 20 de mayo de 2021,

⁹ Id. Archivo “07AutoTienexNotificado 20201215”

¹⁰ Id. Archivo “20AutoOrdenaSeguirAdelanteEjecucion 20210520”

¹¹ Id. Archivo “22ReposicionSustentacionApelacion20210526”

¹² Id. Archivo “27AutoRechazaReposicionYTramite20210810”

que ordenó seguir con la ejecución, decidió presentar recurso de reposición y de forma simultánea el escrito de nulidad, por lo que “actuó sin proponer” la nulidad (art. 136 num. 1) fue la de recurrir la negación del desistimiento; acto que dio lugar al saneamiento o convalidación de la actuación.

Aunque se pueda decir que no fue correcto considerar saneada la posible arreguindad con la presentación del poder -el 16 de diciembre de 2020-, porque la posibilidad de actuar estaba sujeta al reconocimiento de personería, ni con la interposición del recurso -el 12 de enero de 2021- porque lo que alegó fue precisamente la indebida notificación, lo que marca el fracaso de su recurso fue la actuación del 15 de abril en la que solo disputó la no terminación del proceso por desistimiento tácito sin interponer simultáneamente la nulidad.

Jurisprudencialmente la Corte Suprema señaló, frente al principio de convalidación, que rige en el derecho procesal civil lo siguiente: “Por regla general, todas las irregularidades procesales (inclusive las nulidades) se convalidan por el consentimiento de las partes: ‘si el acto procesal nulo no es impugnado legalmente, queda revalidado por la aquiescencia tácita o expresa de la parte que sufre lesión por la nulidad. (...) De lo anterior se infiere que las nulidades de los actos procesales por regla general no son absolutas, ya que pueden quedar revalidadas en la forma supradicha...”¹³

Por lo tanto, era lícito rechazarla de plano porque se interpuso después de saneada de conformidad con el inciso final del art. 135 del C.G.P., lo que conlleva a confirmar el proveído censurado.

DECISIÓN

¹³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, Sentencia STC 14449-2019 de 23 de octubre de 2019, M.P. Dr. Ariel Salazar Ramírez.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido 10 de septiembre de 2021, proferido por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

SEGUNDO: Se condena en costas al recurrente ante el fracaso de su recurso. Se fijan como agencias en derecho la suma de ½ SMLMV.

TERCERO: Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

DEMANDANTE	:	LIBARDO MELO VEGA	
DEMANDADO	:	CENTRAL PARKING SYSTEM	
		COLOMBIA S.A.S.	
CLASE DE PROCESO	:	ACCION POPULAR	
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA	

ASUNTO

Se decide el recurso de apelación formulado por la demandada contra la sentencia proferida el 26 de marzo de 2021, por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Con demanda presentada el 24 de octubre de 2018¹, y subsanada después², Libardo Melo Vega solicitó que se declare que Central Parking System Colombia S.A.S. violó los derechos colectivos de los consumidores y usuarios, contemplados en el artículo 4º, literal n, de la Ley 472 de 1998, el 78 de la Constitución Política, la Ley 1480 de 2011, Acuerdo 580 de 2015, Decreto 217 de 2017 y demás normas concordantes. Imploró que se protejan esas garantías y se ordene a la accionada **(i)** tener “a disposición de todos los usuarios, y les suministre a los mismos cuando lo requieran, toda la información clara, veraz, suficiente, comprobable, transparente, oportuna, verificable, comprensible, precisa e idónea, que soporte la legalidad de los precios o tarifas cobradas en todos los estacionamientos con los que cuenta la accionada en la ciudad de

¹ 0001DemandayAnexos

² 0004SubsanaciónDemanda

Bogotá”; **(ii)** cobrar la tarifa sin superar los límites que impone el Decreto 217 de 2017, en los siguientes parqueaderos: a) Guayacán, carrera 13 #93-47; b) Gran Vatel, Carrera 5 #70-40; c) Estacionamiento Éxito Niza, Calle 120 #60-31; d) Estacionamiento Carulla Santa Bárbara, Calle 125B #20-23; e) Estacionamiento Carulla Cedro Bolívar; f) Estacionamiento Carulla Pepe Sierra, Calle 116 #15-29, y en todos los demás parqueaderos que tenga en la ciudad de Bogotá. De igual modo, pidió prevenir a la demandada para que permita el acceso de los usuarios a la información sobre las tarifas cobradas, en los términos ya mencionados, y se abstenga de cobrar unas superiores a los límites establecidos.

2. Como fundamento de lo pretendido, el peticionario informó que la convocada viola las normas ya mencionadas, porque no suministra “a los usuarios la información que permita verificar y comprobar la legalidad de las tarifas... en todos sus estacionamientos ubicados en la ciudad de Bogotá”, puntualmente, aquella relacionada con a) los radicados de tarifas ante las correspondientes Alcaldías Locales, antes y después del 1º de julio de 2009; b) número de cupos para automóviles; c) nivel de servicio; d) tarifas cobradas; y e) dirección exacta de cada estacionamiento. Además, refirió que la demandada cobra tarifas “que al parecer son excesivas... sin que a la fecha los usuarios hayan podido tener acceso a la información adecuada para verificar y comprobar la legalidad” de estas.

3. El 28 de enero de 2019 se admitió la demanda³. Del proceso fueron enteradas la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, las Alcaldías Locales de Usaquén, Chapinero y Suba, la Secretaría de Gobierno Distrital de Bogotá y la Superintendencia de Industria y Comercio. A su vez, se hizo la publicación de que trata el artículo 21 de la Ley 472 de 1998.

³ 0006AutoAdmiteDemanda

Central Parking System Colombia S.A.S. se notificó y propuso las excepciones de “ausencia de causa por la presunta afectación de los derechos colectivos base de la acción” y la genérica.

LA SENTENCIA DE INSTANCIA

El *a quo* no encontró probadas con suficiencia las alegaciones del demandante relacionadas con la omisión de la demandada al suministrar información concerniente a los radicados de tarifas ante las Alcaldías Locales de Bogotá, número de cupos para automóviles, localidad y dirección exacta donde se encuentran ubicados los estacionamientos, nivel de servicio o tarifas cobradas; ante esa carencia, negó las pretensiones enfiladas a estos puntos, al no cumplirse con la *“carga que sobre la materia recae en el actor popular, siguiendo lo previsto en los artículos 30 de la Ley 472 de 1998 y 167 de la Ley 1564 de 2021”*.

No obstante, concluyó lo contrario frente a las demás pretensiones, al advertir el cobro de tarifas superiores a las máximas permitidas por el Decreto 217 de 2017, específicamente en los parqueaderos Guayacán de la carrera 13 No 93-47 y Gran Vatel de la carrera 5 No. 70-40, con lo cual *“se presentó vulneración de los derechos de los consumidores y usuarios de los estacionamientos”*. En consecuencia, entre otras cosas, ordenó a la accionada que *“dentro del término de treinta días contados desde la ejecutoria de esa sentencia, fije el valor máximo por minuto en la prestación del servicio de estacionamiento para vehículos dentro de los estándares indicados en los artículos 3º y 4º del Decreto 461 del 31 de julio de 2019, en concordancia con el parágrafo 5º del artículo 4º ibidem, y las normas que en lo sucesivo desarrollen la regulación de precios del servicio de aparcamiento”* y la previno *“para que en el futuro se abstenga de incurrir en las acciones y omisiones que originaron el amparo del derecho colectivo”*.

LA IMPUGNACIÓN

Alegó la apelante que “se probó en el proceso que, en forma previa a la entrada en vigencia del Decreto 461 de 2019, realizó el registro exigido por la citada norma ante las alcaldías locales... sin que en ningún momento se hubiesen registrado valores superiores a cobrar”.

CONSIDERACIONES

1. Es competente esta Corporación para definir de fondo y no existe reparo frente a los presupuestos procesales por las partes ni los advierte el Tribunal; así mismo, se constató que el recurso de apelación fue sustentado en término, por lo que se procederá con la decisión de fondo.

2. Sabido es que la finalidad de las acciones populares, a la cual acude el demandante, es la de hacer efectivo el goce de aquellos derechos que se han calificado como de interés colectivo, esto es, prevenir, o remediar los daños que puedan afectar a la comunidad; en esa medida se han identificado diversos derechos que, dado su interés general, merecen protección a través de medidas especiales, entre las cuales se encuentran las acciones populares. Sin duda, esa protección especial también requiere que las circunstancias y los derechos que se pretendan tutelar se enmarquen dentro de las previsiones del legislador, dado su carácter excepcional, sin que puedan hacerse valer en ausencia de ellas.

3. En síntesis, la apelante insiste en que no afectó los derechos reclamados, razón por la cual solicita que se verifique, **(i)** si previo a la entrada en vigencia del Decreto 461 de 2019, registró ante las Alcaldías Locales una tarifa por minuto; **(ii)** si dicho registro se hizo de acuerdo con la normatividad vigente para la época; y **(iii)** si cumplía con los dos requisitos anteriores, podía

cobrar como máximo la tarifa ya registrada. Siguiendo esos derroteros realizará el análisis la Sala.

4. Sobre la regulación en el cobro de tarifas de parqueaderos.

La Alcaldía Local, en ejercicio de las facultades que le otorgó el artículo 2º del Decreto Nacional 1855 de 1971, ha venido regulando lo atiente al funcionamiento de garajes o aparcaderos. Recientemente sobre el tema se resaltan los Decretos 268 de 2009, que adoptó medidas para el cobro del estacionamiento de vehículos fuera de vía, el 406 del mismo año que lo modificó, así como el 217 del 2017 y el vigente en la actualidad, el 461 de 2019.

Con la expedición de la disposición del 2017, se previeron unos valores máximos para el cobro del parqueadero que dependían del factor de demanda zonal y nivel de servicio que oscilan entre \$105 a \$42 para automóviles, \$74 a \$30 para motocicletas, manteniendo el rubro de \$10 para bicicletas. Ese Decreto incluyó en el párrafo 5º del artículo 4º, que *“los estacionamientos que hubiesen registrado tarifas antes del 1º de julio de 2009, ante las alcaldías locales, con un valor final por minuto superior al que entra en vigencia en el presente decreto, podrán cobrar hasta la tarifa máxima fijada en el presente Decreto”*. Esto quiere decir que aquellos parqueaderos que ya tenían una tarifa superior a la que calculó el Decreto, podrían exigir los máximos por minuto establecidos allí, es decir \$105 para carros y \$74 para motocicletas.

Luego se expidió el Decreto 461 de 2019, que también reguló los máximos y mínimos de las tarifas, siguiendo los mismos criterios que el anterior; sin embargo, previó en el párrafo 5º del artículo 4º, lo siguiente: *“Los establecimientos que previo a la entrada en vigencia del presente decreto hubiesen registrado, de acuerdo con la entonces normatividad vigente, ante las alcaldías locales una tarifa*

R.A.B. Exp. 11001 31 03 024 2018 00571 01

Acción Popular de Libardo Melo Vega contra Central Parking System Colombia .S.A.S.

por minuto, según su nivel de servicio, mayor al que resulta de la aplicación de los factores del artículo 3° del presente decreto, podrán cobrar como máximo la tarifa ya registrada". Esto significa que aquellos parqueaderos que tuviesen registrada una tarifa acorde con la regulación anterior podrían mantenerla, así fuera superior que la prevista en esta última norma.

5. Está probado en el plenario que: a) para el parqueadero Gran Vatel, ubicado en la carrera 5 No 70-40, la última tarifa registrada data del 8 de junio de 2007, por \$1300 por un cuarto de hora⁴, corresponden a \$86 el minuto; para el parqueadero Guayacán, ubicado en la Carrera 13 No. 93-47, figura un registro del 27 de marzo de 2009, por un valor de \$1000 por cuarto de hora o fracción, es decir \$67 por minuto⁵; b) Después, Central Parking System, el 8 de mayo de 2017, registró ante la Alcaldía Local, el parqueadero Guayacán, para automóviles, camperos y camionetas, valor por minuto \$105, motocicletas \$74 y bicicletas \$10⁶; en los mismos términos se registró el parqueadero Gran Vatel; y c) la Alcaldía Local de Chapinero visitó el parqueadero Guayacán y en su acta informó: "al verificar los radicados de tarifas que ha realizado la sociedad... ante [esa autoridad] antes del 1º de julio de 2009, "no lo encuentran en la carpeta de documentos del parqueadero". En los mismos términos se atestó en el acta de la vista hecha a Gran Vatel⁷. A partir de esa información, la autoridad local afirmó que "ninguno de los parqueaderos estaría cumpliendo con la normatividad en materia tarifaria, tal como puede concluirse de los informes de verificación de hechos", en tanto están extralimitando las tarifas superiores a las máximas permitidas según el factor de demanda zonal y el nivel de servicio: \$74 automóviles y \$52 motocicletas (D.

⁴ Pág. 13, Archivo 0009ContestaciónDemandayAnexos

⁵ Pág. 17, Archivo 028MemorialesVarios

⁶ Pág. 8, Archivo contestación

⁷ Pág. 2 y 8, Archivo 0015MemorialInformesAlcaldia.

461 de 2019), en tanto está cobrando \$105 y \$74, respectivamente para esos automotores⁸.

6. La juez *a quo* coincidió con lo dicho por la Alcaldía y coligió que la convocada sí incurrió en la afectación porque *“los rubros máximos que podían cobrar conforme al Decreto 217 de 2017, eran las sumas de \$74 para vehículos y \$52 para motocicletas”*. Así mismo, determinó que no se podía aplicar el “beneficio” previsto en el artículo 4º del Decreto 461 de 2019, porque *“las tarifas registradas no eran acordes al Decreto 217 de 2017 y en ese sentido, la accionada solo puede cobrar a este momento las tarifas máximas señaladas en la normatividad vigente”*.

No obstante, para la Sala la conclusión de la funcionaria fue desacertada, porque probado como estaba que Central Parking, antes del 1º de julio de 2009, había registrado unas tarifas superiores a las que, de acuerdo el factor de demanda zonal y el nivel de servicio previstos en el Decreto 217 de 2017 le correspondían, estaba habilitada por la misma norma para cobrar los valores máximos allí impuestos, como así lo hizo y registró ante la Alcaldía Local el 8 de mayo del 2017. Es que eso precisamente es lo que permitía el parágrafo 5º del artículo 4º, recaudar las tarifas máximas, siempre que se hubiera registrado una tarifa superior antes del 1º de julio del 2009; otra interpretación aniquila el efecto de la disposición, como en efecto sucedió en este caso con la aplicación que se le impartió en la sentencia de primer grado.

En resumen, la accionada sí podía cobrar \$105 y \$74, por parqueo de automóviles y motocicletas, respectivamente, porque dependía del cumplimiento del requisito previsto en la norma y aquí se probó que sí se cumplió; además, la Alcaldía Local de Chapinero, conociendo los documentos que así lo evidencian, no

⁸ Pág. 7, Archivo 0018MemorialInformesAlcaldia

refutó de manera alguna su contenido, ni que, en efecto, se hubieran hecho los registros en las fechas aludidas por la convocada.

7. Ahora, a la luz del Decreto 461 del 2019 la demandada también se encuentra autorizada para mantener el cobro de los mismos valores, porque desde el año 2017 se había hecho un registro de tarifas de acuerdo con la normatividad aplicable en ese momento, Decreto 217 de 2017; luego aquella podía seguir recaudándolas, sin que marcara diferencia el número de cupos del estacionamiento, aspecto mencionado por la juez, toda vez que esa variable no la incluyó ninguno de los decretos precitados, los que solo exigen un registro previo ante la Alcaldía Local y como se explicó, aquí la exigencia se acreditó con suficiencia.

En ese orden de ideas, se revocará la decisión cuestionada pues, conforme con la argumentación que antecede, está claro que le asistió razón a la apelante en sus reparos.

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la providencia emitida el 26 de marzo de 2021, por el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar, **DECLARAR PROBADA** la excepción de “ausencia de causa por la presunta afectación de los derechos colectivos base de la acción” propuesta por la accionada Central Parking System Colombia S.A.S.; en consecuencia, **NEGAR** las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin costas, por no existir temeridad ni mala fe en el proponente (artículo 38 de la Ley 472 de 1998).

TERCERO: En oportunidad, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Proceso:	Ejecutivo singular.
Demandante:	Banco de Crédito de Colombia S.A.
Demandada:	Martha Elena Díaz Llanos y otros
Radicación:	110013103002200800540 02
Procedencia:	Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá
Asunto:	Apelación de auto.
AI-114/21	

Decide el Despacho, el recurso de apelación promovido por el apoderado judicial de la demandada Martha Elena Díaz Llanos contra el auto¹ de 8 de octubre de 2019 proferido en el asunto de la referencia.

Antecedentes

1. Mediante proveído² de 8 de octubre de 2019 se decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito, el desembargo de los bienes que hubiesen sido embargados y el levantamiento de las medidas cautelares.

2. Inconforme con lo resuelto, el apoderado judicial de la demandada Martha Elena Díaz, formuló los recursos ordinarios sustentados en que la práctica de las medidas cautelares le causó perjuicios ante la falta de disposición de su salario, le limitó su liquidez e impidió el acceso a sus propios activos, el ejercicio normal *“de sus negocios, vida comercial y capacidad adquisitiva. (...)”*³

¹ Folio digital n°. 250 del Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

² Folio 242 Ibidem.

³ Folio 243 a 246 Ibidem.

Así mismo, consideró que la liquidación de costas contenida en el auto recurrido no estaba conforme a las tarifas dispuestas en el Acuerdo 1887 de 2003 emanado por el Consejo Superior de la Judicatura.

3. En auto⁴ de 20 de febrero de 2020 el Juez *a quo* negó la revocatoria del auto impugnado y también la concesión del recurso subsidiario, en este tópico se propició reposición y subsidio queja.

4. Por esta Sala se declaró mal denegado el recurso y se dispuso dar trámite a la apelación.

Consideraciones

1. Verificado el trámite que debe adelantarse frente a la impugnación del auto⁵ de fecha 8 de octubre de 2019 que ordenó el levantamiento de medidas cautelares en el proceso, de entrada, se advierte que la decisión fustigada se revocará, por las razones que pasan a explicarse.

2. El eje toral del disenso se circunscribe a que ante el levantamiento de las cautelares, el demandante no fue condenado al pago de perjuicios a favor de la demandada.

3. Establece el numeral 3º del artículo 443 de la ley 1564 de 2012: *“3. La sentencia de excepciones totalmente favorable al demandado pone fin al proceso; en ella se ordenará el desembargo de los bienes perseguidos y se condenará al ejecutante a pagar las costas y los perjuicios que aquel haya sufrido con ocasión de las medidas cautelares y del proceso.”*

En concordancia el artículo 597 ídem advierte:

“ARTÍCULO 597. LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO Y SECUESTRO. Se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:

(...)

2. Si se desiste de la demanda que originó el proceso, en los mismos casos del numeral anterior.

(...)

4. Si se ordena la terminación del proceso ejecutivo por la revocatoria del mandamiento de pago o por cualquier otra causa.

(...)

Siempre que se levante el embargo o secuestro en los casos de los numerales 1, 2, 4, 5 y 8 del presente artículo, se condenará de oficio o a solicitud de parte en costas y perjuicios a quienes

⁴ Folio 250 Ibidem.

⁵ Folio 242 Ibidem.

pidieron tal medida, salvo que las partes convengan otra cosa.”
(Se subraya a propósito).

4. En el *sub lite*, procedente es imponer la condena al pago de los perjuicios causados habida cuenta que el proceso terminó al haberse estructurado el desistimiento tácito, siguiéndose de ello el levantamiento de las cautelas decretadas y practicadas a instancias del demandante.

De allí que en el auto de 8 de octubre de 2019 se omitió imponer la condena por los perjuicios ocasionados con las cautelas decretadas; y fue desatinada la decisión de 20 de febrero de 2020 al denegar la adición de aquel proveído bajo el argumento de “*no haberse demostrado la causación de perjuicios de manera detallada y clara*”, pues simplemente se deprecó la imposición de condena *in genere* o en abstracto como lo conciben los preceptos *ut supra* memorados, y no el reconocimiento ni la tasación de perjuicios como lo malentendió el juzgador, para lo cual debe propiciarse incidente en los términos del artículo 283 de la ley procesal civil.

5. Como en el auto de 20 de febrero de 2020 se negó la adición, conforme al artículo 287 ídem los medios de impugnación resultan viables, se revocará tal determinación y se complementará la providencia principal imponiendo la condena por los perjuicios referidos.

Ante la prosperidad del recurso, no hay lugar a condena en costas.

Decisión

En consideración a lo consignado en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil

RESUELVE:

1. REVOCAR el auto de 20 de febrero de 2020 que denegó la adición del calendario 8 de octubre de 2019, expedidos por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar, se ADICIONA el dicho proveído en el sentido de “*CONDENAR a la parte demandante al pago de los perjuicios causados a la parte demandada con las medidas de embargo y secuestro decretadas y practicadas*”.

2. Sin condena en costas.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **55c11e82f46411f90245cbe131e39cefd0f3645158e5106fab4ef9866f33f6ea**

Documento generado en 10/12/2021 07:47:40 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Proceso:	Declarativo ordinario civil
Demandante:	Corporación Serrezuela Country Club
	Demandados: Rafael Puerto Cárdenas, Diana Cecilia Puerto Pinzón y la sociedad Vargas y Puerto LTDA. – En liquidación.
Radicación:	110013103036202100175 01
Procedencia:	Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto:	Apelación Auto.
AI-115/21	

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto del 9 de junio de 2021, por el cual el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá rechazó la demanda.¹

Antecedentes

1. La Corporación Serrezuela Country Club, por intermedio de apoderado judicial, instauró la demanda² para que, previo el trámite del proceso verbal se declare como pretensiones principales la nulidad del contrato de transacción suscrito en el año 2001 y que los demandados, señores Rafael Puerto, Diana Puerto y la Sociedad Vargas y Puerto Ltda. no tienen ningún derecho en la Corporación y que le adeudan a la aquí demandante la suma de \$472.890.474, y subsidiariamente se declare la inoponibilidad del mencionado contrato y que se ordene el pago a los demandados de las cuotas de sostenimiento debidas, tal y como se encuentra descrito en las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, respectivamente.

¹ 15RechazaNoSubsano.pdf del cuaderno digital: 1.-CUADERNO PRINCIPAL

² 04Demanda.pdf, Ibidem.

2. Por auto³ de 4 de mayo de 2021, se inadmitió la demanda, entre otras razones, para que se aportara *“completa el acta de solicitud de conciliación prejudicial en donde consten las peticiones allí realizadas”*.

Dentro del término legal, el apoderado del actor procedió a radicar escrito de subsanación⁴ de la demanda, a la que anexó solicitud de conciliación dirigida al señor conciliador de la Cámara de Comercio de Bogotá, Dr. José Octavio Zuluaga.

3. En proveído⁵ de 09 de junio de 2021, se rechazó la demanda porque no se anexó copia integral del acta de solicitud de conciliación prejudicial.

4. Contra esa determinación el actor promovió los recursos ordinarios⁶, soportando su disenso en que se agregó la solicitud formal de conciliación prejudicial que hace parte del acta de no acuerdo con los demandados.

5. Al definir el recurso horizontal, el *a quo* consideró que el documento allegado con la subsanación de la demanda no contiene la fecha de radicación o constancia que permita inferir que se trata de la solicitud de conciliación presentada el 25 de agosto de 2020, por tanto mantuvo la providencia recurrida y concedió la subsidiaria alzada, por lo que fue remitida la actuación a esta Colegiatura.⁷

Consideraciones

1. Para desatar la apelación, ha de precisarse que el artículo 320 de la Ley 1564 de 2012 establece: *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*; coherentemente el artículo 328 de la misma ley señala que: *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”*.

2. Siendo el único motivo de rechazo de la demanda, la ausencia de acreditación del requisito de conciliación prejudicial, el cual resulta exigible en tanto que no obra solicitud de decreto de la medida cautelar, en los términos del parágrafo primero del artículo 590 de la Ley 1564 de 2012, el problema jurídico a resolver se circunscribe a determinar si es viable la admisión de

³ Archivo: 11InadmiteDemanda.pdf, Ibidem.

⁴ Archivo: 12SubsanaciónDemanda.pdf, Ibidem.

⁵ Archivo: 15RechazaNoSubsano.pdf, Ibidem.

⁶ Archivo: 16Recurso.pdf, Ibidem.

⁷ Archivo: 17MantieneDecision.pdf, Ibidem.

la demanda con fundamento en la documental allegada junto con la subsanación de la demanda.

3. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, respecto del requisito de procedibilidad, explicó:

“Sobre lo primero, hay que precisar que los denominados requisitos de procedibilidad, corresponden a restricciones y exigencias legales para el ejercicio del derecho de acción concretado en la formulación de la demanda, impuestos en razón de caros intereses como pueden ser, por vía de ejemplo, el de la búsqueda de un acuerdo directo entre las partes en contienda, la promoción de una actividad diligente en el actor y, como contrapartida, la sanción a su incuria,

Como es notorio, el concepto anotado, a pesar de reconocer que hay allí un límite al derecho de acceso a la administración de justicia, tal barrera puede resultar razonable en atención a fines superiores; y, además, dicha noción hace énfasis en el gravamen que pesa sobre el sujeto que desee incoar una acción mediante demanda mas no en la autoridad judicial que la ley prevé debe atender en nombre del Estado ese derecho a la prestación de jurisdicción.”⁸

4. En el *sub judice* atendiendo las pretensiones de la demanda, no cabe duda que ellas son susceptibles de transacción y que no habiéndose solicitado medidas cautelares, indispensable era que previo a acudir a la jurisdicción se agotara el requisito de procedibilidad.

Examinada la documental allegada con la demanda, se observa la “CONSTANCIA DE NO ACUERDO” expedida por el conciliador del Centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en el “Caso No. 124239”⁹, en la que se menciona como convocante a la Corporación Serrezuela Country Club y como convocados a: Rafael Puerto Cárdenas, Diana Cecilia Puerto Pinzón y la Sociedad Vargas y Puerto Ltda., que en lo relevante literalmente certifica que:

“De conformidad con los hechos y pretensiones contenidos en la respectiva solicitud que hace parte de la carpeta del presente trámite, radicada el día 25 de agosto de 2020 y complementada el día 11 de septiembre de 2020 copia enviada a los emails aquí incorporados de las partes, la audiencia se realizó con ocasión de solucionar las diferencias surgidas entre las partes, con respecto a la nulidad del contrato de transacción celebrado el día 13 de noviembre del año 2001 y la inoponibilidad del acuerdo transaccional.”

⁸ Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC5512-2017 de 24 de abril de 2017. Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco. Radicación n° 13001-31-03-006-2007-00-35601.

⁹ Cuaderno digital: 1.-CUADERNO PRINCIPAL. folios digitales 191 a 194 del archivo digital: 03Pruebas.pdf

Constancia que no satisface las exigencias del artículo 2° de la Ley 640 de 2001, en el que legislador estableció los requisitos que deben contener las constancias en situaciones relativas a la conciliación, en los siguientes términos:

“Artículo 2°.Constancias. El conciliador expedirá constancia al interesado en la que se indicará la fecha de presentación de la solicitud y la fecha en que se celebró la audiencia o debió celebrarse, y se expresará sucintamente el asunto objeto de conciliación, en cualquiera de los siguientes eventos:

1. Cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre acuerdo.

2. Cuando las partes o una de ellas no comparezca a la audiencia. En este evento deberán indicarse expresamente las excusas presentadas por la inasistencia si las hubiere.

3. Cuando se presente una solicitud para la celebración de una audiencia de conciliación, y el asunto de que se trate no sea conciliable de conformidad con la ley. En este evento la constancia deberá expedirse dentro de los 10 días calendario, siguientes a la presentación de la solicitud.

En todo caso, junto con la constancia se devolverán los documentos aportados por los interesados. Los funcionarios públicos facultados para conciliar conservarán las copias de las constancias que expidan y los conciliadores de los centros de conciliación deberán remitirlas al centro de conciliación para su archivo.”(Se resalta)

Evidente es que en la constancia arrimada el conciliador no hizo alusión al asunto objeto de la conciliación simplemente dijo que hacía parte “de la carpeta del presente trámite”, y no del acta ni de la constancia como lo expone el recurrente¹⁰, sin especificar de manera concisa y clara lo que persigue la Corporación Serrezuela Country Club, además de que del texto se infiere la existencia de otra documental complementaria.

De otro lado, el documento adosado con la subsanación de la demanda¹¹ denominado: “*Solicitud de conciliación*” carece de la fecha de radicación, de sello o constancia de recibo por parte del Centro de Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, lo cual no permite acreditar con suficiente certeza si efectivamente dicho documento corresponde a la solicitud a que se hace alusión en la CONSTANCIA DE NO ACUERDO Caso No. 124239.

Así las cosas, la afirmación del recurrente consistente en que con la mencionada solicitud de conciliación adosada al escrito de subsanación de la demanda se da por acreditado el cumplimiento

¹⁰ Folio 191 del archivo digital: 03Pruebas.pdf, Ibidem.

¹¹ Folio 05 del archivo digital: 12SubsanacionDemanda.pdf

del requisito de procedibilidad de la conciliación prejudicial, se debe desestimar.

Por lo demás, en la parte final de la constancia el conciliador señaló que se efectuó grabación en video y audio “*de la presente sesión de audiencia de conciliación, con el objeto de que el mismo se constituya en un mensaje de datos que sea admisible y objeto de prueba en los términos del literal (a) del artículo 2 y del artículo 10 y siguientes de la ley 527 de 1999*”; que tampoco fue arrimado con el libelo introductorio.

Dentro de este contexto, atinada fue la decisión de la juez de primera instancia, pues no se acreditó en legal forma la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad

Decisión

En consideración a lo consignado en precedencia, el Tribunal Superior de Bogotá, D.C., Sala Civil, **RESUELVE:**

1. CONFIRMAR el auto del 9 de junio de 2021, por el cual el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá rechazó la demanda.

2. Sin condena en costas por no aparecer causadas.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

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

Código de verificación: **ec10c409bdde79f2113affc80513d853d06504e2a1063c84a771f278758bdf1a**

Documento generado en 10/12/2021 07:48:32 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021).

**REF. (SÚPLICA) PROCESO DECLARATIVO JUAN CARLOS
REINA GONZALES CONTRA UNIDAD MEDICO QUIRURGICO
SANTA BARBARA P.H.**

RAD. 1100131030382018 00624 01

Magistrado Ponente. **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ**

Discutido y aprobado en Sala Ordinaria del 06 de diciembre de 2021.

Acta N° 035

I.- ASUNTO

Se resuelve el recurso de súplica que el extremo demandante interpuso contra el auto del 13 de agosto de 2021, proferido por el H. Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez, por medio del cual se inadmitió recurso de apelación formulado por la parte actora contra el auto proferido el 21 de julio de 2021 por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá D.C.

II.- ANTECEDENTES

1.- La parte actora interpuso recuso de reposición y en subsidio apelación contra la providencia del 21 de julio de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de esta ciudad, el cual negó el decreto de la inspección judicial solicitada por esta parte.

2.- Mediante proveído del 13 de agosto de 2021 el Magistrado sustanciador, el Doctor Marco Antonio Álvarez Gómez, inadmitió el recurso de apelación, debido que *“según el inciso final del artículo 236 del CGP, contra el auto que niega el decreto de una inspección judicial por innecesaria, en virtud de otras pruebas que existen en el proceso”, o porque “para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos..., no procede recurso” (se subraya).*”

Se debe tener en cuenta que, el Magistrado Ponente consideró que *“se configuro la hipótesis prevista en la norma referida.”*

Por último, manifestó *“nótese que el apoderado del señor Reina no interpuso el recurso de apelación “inmediatamente después de pronunciada” la decisión, como se lo imponía el numeral 1º del artículo 322 del CGP, pues tras haberse proferido dicho auto tomó el uso de la palabra “para ilustrar e insistir” en la prueba...”*.

3.- Inconforme con la anterior decisión el recurrente interpuso recurso de súplica, solicitando se revocara la providencia antes referida al considerar que *“a juicio de esta parte, asumir que el recurso fue extemporáneo, muy a pesar de haberse expresado antes de cerrarse la etapa y/o segundos después y/o por no expresar en forma inmediata el recurso, y/o por ilustrar primero y luego presentar el recurso deba tenerse como extemporáneo, es un excesivo ritualismo...”*.

Con respecto al argumento planteado por el Magistrado Sustanciador de inadmitir el recurso por configurarse la hipótesis del artículo 326 del Código General del Proceso, indicó, con la inspección judicial se podría vislumbrar el estado actual de la obra mientras que con la prueba pericial aportada al proceso no se pudo vincular el estado final de la misma.

III.- CONSIDERACIONES

1.- De manera liminar se advierte la procedencia del recurso de súplica interpuesto, ante el cumplimiento de las exigencias que para tal fin consagra el artículo 331 del Código General del Proceso, porque la providencia censurada es aquella que resolvió sobre la admisión del recurso de apelación.

2.- Prontamente se anticipa que el auto suplicado debe ser confirmado, por las razones que a continuación se exponen:

2.1.- Puntualiza el inciso final del artículo 236 del Código General del Proceso que *“El juez podrá negarse a decretar la inspección judicial si considera que es innecesaria en virtud de otras pruebas que existen en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen*

de peritos.... Contra esta decisión no procede recurso.” (subrayado fuera de texto.).

2.2.- Para el caso concreto y como se enunció con anterioridad se debe confirmar la decisión, bajo el entendido de que lo recurrido es inapelable, teniendo en cuenta lo esgrimido en el artículo antes referenciado. Esa previsión legal es independiente de la consideración por la cual el interesado estima que daría mayor ilustración la inspección que el dictamen, lo cual es apenas una hipótesis que no evidencia la necesidad de la diligencia ocular ni restaría suficiencia a la prueba pericial. En todo caso una vez rendida podrá el juez valorar su satisfizo los requerimientos probatorios del caso.

3.- Y como lo anterior es suficiente motivo para confirmar el auto suplicado no se torna indispensable pronunciarse sobre la oportunidad para la proposición del recurso que en últimas fue un argumento secundario solo para ilustrar la forma en que se debía proceder en el curso de la audiencia.

4.- En consecuencia, de acuerdo con lo examinado en precedencia, el recurso de súplica, no tiene vocación de prosperidad y, por ende, se confirmará la providencia cuestionada, por consiguiente, como se transcribió precedentemente, no procede la apelación en este caso, siendo bien negada.

IV.-DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en sala dual,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto censurado proferido el 13 de agosto de 2021 por el Magistrado Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez por lo anotado en precedencia.

SEGUNDO: Por Secretaría dese cumplimiento al inciso final de dicho proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
 **Magistrado**


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021).

**REF. (SÚPLICA) PROCESO VERBAL DE CAMPO ELIAS
LIZCANO VALDERRAMA CONTRA PROMOTORA DE TRANSPORTE
INVERSO S.E.A**

RAD. 110013103039201200417 01

Magistrado Ponente. **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ**

Discutido y aprobado en Sala Ordinaria del 06 de diciembre de 2021.

Acta N° 035

I.- ASUNTO

Se resuelve el recurso de súplica que el extremo demandante interpuso contra el auto del 29 de septiembre de 2021, proferido por el H. Magistrado Marco Antonio Álvarez Gómez, por medio del cual se negó la solicitud de pruebas elevada.

II.- ANTECEDENTES

1.- En la providencia censurada, el Magistrado Ponente de este asunto denegó la petición de pruebas impetrada por el actor, al no configurarse ninguna de las hipótesis previstas en el artículo 327 del Código General del Proceso, debido a que no consideró “(...) *que no existe evidencia de un hecho que pueda calificarse como fuerza mayor o caso fortuito, en virtud del cual no se hubiere podido allegar esa documentación* (...)”.

2.- Inconforme con la anterior decisión el apelante interpuso recurso de reposición y súplica, solicitando se revocara la providencia antes referida al considerar que se está configurando un exceso ritual manifiesto que conlleva “(...) *a un desconocimiento del derecho sustancial* (...)”.

3.- Mediante proveído del 27 de octubre de 2021 el M. Conductor de este asunto rechaza el recurso de reposición por improcedente y en su lugar, dispone tramitar el recurso de súplica.

III.- CONSIDERACIONES

1.- De manera liminar se advierte la procedencia del recurso de súplica interpuesto desde la esfera jurídico-procesal, ante el cumplimiento de las exigencias que para tal fin consagra el artículo 331 del Código General del Proceso, porque la providencia censurada es aquella que resolvió sobre pruebas negadas en el trámite de apelación de sentencia.

2.- Prontamente se anticipa que el auto suplicado debe ser confirmado, por las razones que a continuación se exponen:

2.1.- Señala el artículo 327 de la Codificación Adjetiva Civil lo referente a los supuestos en que es procedente decretar pruebas durante el trámite de la apelación de sentencias, los que son “1.- Cuando las partes las pidan de común acuerdo; 2.- Cuando decretadas en la primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió; 3.- cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos; 4.- cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria; y, 5.- si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trate el ordinal anterior”.

2.2.- En el presente caso, a pesar de que el memorialista no enunció de manera específica la causal, en la que enfiló su solicitud, lo cierto es que al indicar que la documental no fue aportada alegando fuerza mayor o caso fortuito, es evidente que estamos ante la causal número cuatro de la norma antes citada.

2.3.- Sobre el particular el artículo 64 del Código Civil, modificado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1.890) reza: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

2.3.- Para el caso concreto, se observa que, en la solicitud de adición de pruebas documentales, certificado de tradición y copia del documento que permitió que se realizara la pignoración, el recurrente manifestó *“(...) se le extravió al igual que otros, debido a su traslado a la ciudad de Villavicencio por fuerza mayor debido su estado de salud (...)”*.

2.4.- Es evidente que los hechos enunciados en los cuales se basó la solicitud no pueden considerarse o clasificarse como imprevistos de fuerza mayor o caso fortuito si se tiene en cuenta lo advertido en el ya citado artículo del Código Civil.

Para mayor argumentación en cuanto a la negativa de acceder a tal recurso desde la orbita jurídico-procesal-sustancial, se debe indicar que en primera instancia no solicitó tal prueba y menos la aportó el quejoso, por lo cual obviamente no encaja dentro del contenido del artículo 327 Numeral 4° del Código General del Proceso.

3.- En consecuencia, de acuerdo con lo examinado en precedencia, el recurso de súplica, no tienen vocación de prosperidad y, por ende, se confirmará la providencia cuestionada. Lo anterior, sin perjuicio de que el Magistrado Sustanciador posteriormente acuda a la facultad oficiosa de decretar pruebas, en caso de que lo estime necesario.

IV.-DECISIÓN

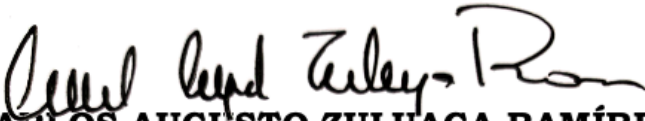
En mérito de lo expuesto el Tribunal superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en sala dual,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto censurado proferido el 29 de septiembre de 2021 por el Magistrado Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez por lo anotado en precedencia.

SEGUNDO: Por Secretaría dese cumplimiento al inciso final de dicho proveído.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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

Bogotá, D. C., diez de diciembre de dos mil veintiuno

11001 3103 012 2021 00408 01

Ref. Proceso declarativo de nulidad absoluta incoado por **Ernesto Pava Camelo**
contra Álvaro Pava Camelo (y otros)

Se confirmará el auto que el 21 septiembre de 2021 profirió el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, por cuyo conducto y con soporte en los artículos 90 y 283 del C. G. del P., se rechazó la demanda declarativa de la referencia.

FUNDAMENTACION DEL AUTO APELADO. Allí el juez *a quo* aseveró que, desatendiendo lo que se mandó en el auto inadmisorio, la parte interesada no cuantificó “el valor” de las pretensiones 3, 5, 6 y 7, y que, acorde con el artículo 283 del C.G.P., si en la sentencia son “**acogidas esas condenas debe hacerse en concreto**”, por no ser este uno de los específicos eventos en los que el CGP (art. 443 num. 3) autoriza la condena en abstracto.

LA APELACION. El inconforme alegó que, la condena ha de realizarse en abstracto, por cuanto la demandada “Vital Inversiones S.A. nunca le ha dado a conocer ningún rubro de contabilidad, por lo que no se ha podido establecer el valor de las acciones del señor Ernesto Pava Camelo”; que carece de elementos para estimar el monto de las indemnizaciones, ante la dificultad de precisar un valor razonable de los ingresos que pudieron generar las acciones del que es titular el demandante; que sugerir una suma exacta podría ir en detrimento de su patrimonio, dada su calidad de interdicto por disipación, connotación que lo hace sujeto de especial protección; que, el juez en su sentencia podrá resolver *extra petita o ultra petita* y que, no hay norma que autorice el rechazo de la demanda ante el mero hecho de la insistencia, de su promotor, en que se profiera una condena en abstracto.

Para decidir SE CONSIDERA.

1. Auscultadas las actuaciones procesales acometidas por el demandante, es ostensible que no se dio cumplimiento al auto inadmisorio en punto al requerimiento de discriminar el valor de las pretensiones 3, 5, 6 y 7.

En su intento de sortear esa exigencia, el demandante insistió en que las indemnizaciones y frutos reclamados “deberán tasarse mediante trámite incidental” (pág. 454 PDF 004), y que, como lo alegó en el memorial de subsanación, procede la condena “en abstracto” (pág. 1 a 3 PDF 008).

2. Sobre el tema del que se viene hablando conviene recordar que el artículo 283 del C. G. del P., establece como regla general, que “**la condena al pago de frutos, intereses,**

mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados”.

A diferencia de lo planteado por la apelante, a esa regla general no escapa la situación que aquí se configura, pues ni el C. G. P., ni ninguna otra disposición legal establece la excepción por él sugerida.

Desde luego, tal imperativo exige a su vez que se dé cabal cumplimiento a lo que en la materia prevé el numeral 4° artículo 82, *ibidem*, y sus normas concordantes en punto a la expresión clara y precisa de lo pedido, lo cual incluye la exigencia que echó de menos el juez *a quo*. Esa información es por lo demás necesaria para que la parte opositora tenga la oportunidad de ejercer, a plenitud, su derecho de contradicción sobre lo reclamado por la actora a manera de pretensiones de entidad pecuniaria, cuya naturaleza, fundamentos de hecho y de derecho, y *quantum* ha de plasmarse en la demanda.

Al respecto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, en sede de casación, que

“La pretensión que se hace valer en un determinado proceso..., ‘...la individualizan diferentes elementos que a su vez y obedeciendo a finalidades de notable importancia, son los que permiten identificar la *litis* objeto de dicho proceso, habida cuenta que **según como se presenten tales elementos en la realidad práctica, cada proceso tendrá su propia singularidad**, la controversia tendrá que ser ventilada entre determinadas partes con referencia a cierta “cosa” – bien de la vida o conducta ajena- **y de acuerdo a un fundamento específico**”¹-, particularización en las cuales tienen hontanar las exigencias del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil [hoy 82 del CGP] referentes a que en la demanda se exprese lo que se pide, con precisión y claridad –numeral 5°- [hoy numeral 4°], y que las circunstancias fácticas que le dan respaldo se expongan debidamente determinadas, clasificadas y numeradas –numeral 6°- [hoy numeral 5°].” (CSJ. 008-1993-00007-01/2005 de 14 de diciembre, se resalta).

3. Lo anterior cobra mayor relevancia si se pone en consideración que, como lo resaltó el apelante -a través del apoderado judicial de su guardador-, dada la incapacidad de ejercicio que de él se predica, en esta oportunidad no es factible exigir el juramento estimatorio que regula el artículo 206, *in fine*.

En ese escenario, la cuantificación exigida desde la providencia inadmisoria desvirtúa los temores del recurrente en punto a eventuales sanciones con motivo de deficiencias del juramento estimatorio, pero no le impedía, desde luego -previo el estudio de rigor y con el auspicio de su guardador, apoderado u otros colaboradores-, especificar el monto de las pretensiones dinerarias incoadas, que fue lo que se le ordenó con soporte en el num. 1° del artículo 90 del C.G. del P., que prevé la inadmisión “cuando no reúna los requisitos formales”, esto es, indicar “lo que se pretenda expresado con precisión y claridad”.

¹ Cas. Civ. del 19 de febrero de 1999.

4. Ya se anotó que, si bien el señor Ernesto Pava Camelo resaltó su condición de incapaz, los efectos procesales de esta situación solamente lo eximen de presentar el juramento estimatorio y de las consecuencias frente a una eventual sanción (art. 206 inc. 4 y 6), más no exonera a su guardador, ni al apoderado judicial que obre en su nombre, de la carga procesal de presentar con la claridad y precisión de rigor, sus pretensiones dinerarias.

Para responder al argumento del apelante según el cual, dada la calidad de interdicto por disipación del demandante, que lo hace sujeto de especial protección, el juez en su sentencia podrá resolver *extra petita o ultra petita*, sea lo primero observar que tal prerrogativa aparece clara, a la luz del C.G. del P., para “asuntos de familia” (parágrafo 1° del art. 281), más no para negocios civiles, como el que acá se ventila.

Por lo demás, el recurrente no ilustró, tampoco el suscrito Magistrado lo avizora, sobre las razones por cuyo peso tendría que concluirse que, ante la prenotada vicisitud, no era factible exigir la información que se le impuso desde el auto admisorio de la demanda.

5. Por último, también ya se dijo que el derecho de defensa de los múltiples demandados también se vería comprometido ante lo indeterminado y difuso de las pretensiones No. 3, 5, 6 y 7, dificultando, sin justificación alguna, el cumplimiento de su deber de pronunciarse de manera expresa y concreta sobre las pretensiones y los hechos que las sustentan (art. 96 C.G. del P.) como lo exige la norma adjetiva.

No en vano ha resaltado la doctrina que, “La demanda debe contener lo que se demanda expresado con precisión y claridad, pues se trata de las peticiones que se aducen y que encierran la pretensión. Este punto constituye el objeto de la demanda, o sea lo que se pretende frente al demandado o a lo que está obligado a éste. **El objeto de la demanda se encuentra en las peticiones de ella, que es lo que se denomina el *petitum* como se dejó sentado, que comprende no sólo la providencia pedida en sentido abstracto, sino las declaraciones concretas materia de la misma,** que naturalmente han de referirse a la relación jurídica que se invoca. (...) La Corte expuso sobre la falta de precisión en el pedido de la demanda lo siguiente: ‘Considera la Sala por lo antes dicho, **que la carencia de precisión en el *petitum* implica la falta del presupuesto de demanda en forma, como quiera que coloca al juzgador ante una imposibilidad técnica de proferir un justo fallo sobre el fondo,** análoga sin duda a la que se encuentra cuando las acciones (pretensiones) **incoadas son contradictorias o incompatibles entre sí, o cuando el bien raíz, objeto del litigio, no ha sido debidamente delimitado**’(XCIV, 416)” (MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General. Ed. ABC, Bogotá. 1983, p. 320 y 321).

6. No prospera, por ende, el recurso de alzada por cuanto, en resumidas cuentas, pese a la inadmisión de rigor, la parte actora no expresó con claridad y precisión las pretensiones 3, 5, 6 y 7, lo cual, **de conformidad con el artículo 90 del C. G del P.,** imponía el rechazo de la demanda.

DECISION

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto de fecha 21 de septiembre de 2021, mediante el cual el Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá rechazó la demanda declarativa propuesta por el señor Ernesto Pava Camelo contra Álvaro Pava Camelo (y otros).

Sin costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

Devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

f954de75e083c5e2aa774c53885fcba7699f8d4eb25b854ecf1e833533b394b4

Documento generado en 10/12/2021 09:41:35 AM

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

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

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno
(aprobado en sala virtual ordinaria de 1º de diciembre del año que avanza)

11001 3103 013 2016 00828 01

Se decide la apelación que formuló los demandantes contra la sentencia que el 6 de octubre de 2020¹ profirió el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal (reivindicatorio) que promovió Mariela de Jesús Calvo y Wilson Enrique Tapia Calvo contra Alcira Torres Benavides, Yesica Lizarazo Torres y herederos indeterminados de Ana Lizarazo de Olivares.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA (hoja 61 y siguientes del PDF 01ExpedienteDigitalizado). Pidieron los libelistas que se declare que les pertenece el dominio pleno y absoluto del 50% del predio con matrícula No. 50S-109297, ubicado en Bogotá, en la calle 50 sur N° 36-64 y que, en consecuencia, se condene a las demandadas a restituirlo y a pagar el valor de los frutos naturales o civiles, los percibidos y los que sus dueños hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde el momento de iniciada la posesión, con “las cosas que forman parte del predio, o que se reputen como inmuebles”.

Sostuvieron los demandantes que la señora Mariela de Jesús Calvo adquirió el 25% del derecho de dominio sobre el bien objeto de este proceso, mediante E.P. de compraventa N° 7639 de 5 de diciembre de 1984; que al señor Wilson Enrique Tapia Calvo se le adjudicó otro 25% en la sucesión de Enrique Tapia Ramírez y que la señora Ana Lizarazo de Olivares adquirió el 50% mediante compraventa que se protocolizó en la E.P. 4312 de 2 de septiembre de 1960.

Destacaron que la señora Ana Lizarazo de Olivares falleció el 2 de junio de 1994; que a ella “le sobrevivió” su hijo Hernán Lizarazo, quien a su vez murió el

¹ La alzada le correspondió por reparto al Magistrado ponente el 17 de junio de 2021. El expediente ingresó al despacho para fallo el 22 de noviembre del año que avanza, después de haber decretado pruebas de oficio por auto del 7 de octubre pasado.

26 de febrero de 2004, “habiéndole sobrevivido Yesica Lizarazo Torres” quien detenta físicamente la totalidad del inmueble junto con Alcira Torres Benavides.

Señalaron que se les debe reconocer, por lucro cesante, la suma de \$120'000.000 por el 50% de los valores generados por concepto de arrendamiento durante 10 años y por daño emergente, \$81'375.000.

2. LAS CONTESTACIONES. Las demandadas se notificaron del auto admisorio de la demanda, por aviso, el 5 de abril de 2017 y excepcionaron “posesión”; “pertenencia” y “ausencia de legitimación en la causa” (hoja 205 del PDF que recoge el cuaderno 1).

Informaron que ostentan la posesión del inmueble “por más de 13 años (...), sin que a la fecha se haya presentado ningún otro poseedor y en ese sentido ha operado la prescripción adquisitiva de dominio” y que “solo puede reivindicar o ejercer la acción de dominio quien tiene la propiedad plena”, calidad que no ostentan los demandantes, pues “son solo titulares de cuota”.

La curadora *ad litem* de los herederos indeterminados de Ana Lizarazo de Olivares no propuso excepciones de mérito.

3. LA SENTENCIA RECURRIDA. Para denegar las pretensiones (también dispuso la cancelación de la inscripción de la demanda) el juez de primera instancia adujo que “la posesión de la cuota parte se encuentra en cabeza de las demandadas” y que no existe título “con que confrontar la posesión que ostentan los demandados”, pues la parte actora solo aportó el certificado de tradición del inmueble.

4. LA APELACIÓN. Los inconformes alegaron que si alguna duda sobre la titularidad del predio persistía en el juez de primer grado, pues debió decretar, de oficio, las pruebas que estimara pertinentes “a fin de evitar una sentencia inhibitoria”.

LA REPLICA. Las opositoras, dentro de la oportunidad prevista en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, manifestaron que el certificado de tradición acredita “únicamente la situación jurídica del bien al momento de su expedición” y que la falta de escrituras públicas “no puede suplirse con otra prueba, máxime cuando la ley exige esta solemnidad”.

5. Por auto de 7 de octubre de 2021, y en ejercicio de las facultades oficiosas que contempla el artículo 169 del C.G.P., el Magistrado sustanciador ofició a las Notarías Sexta y 27 de Bogotá para que allegaran copia de las escrituras públicas N° 6680 de 28 de septiembre de 1974 y N° 7639 de 5 de diciembre de 1984, respectivamente.

Suplido tal requerimiento oficioso se decidirá de acuerdo con las siguientes

CONSIDERACIONES

Verificada la ausencia de irregularidades que impidan proferir decisión de fondo, el Tribunal anuncia que revocará el fallo apelado y acogerá, parcialmente, las pretensiones que la parte actora incoó.

Es sabido que sobre quien pretenda la reivindicación de una cuota parte de un bien, gravita la carga de acreditar, de forma concurrente, “a) que el demandante sea el titular del derecho de dominio de la cuota determinada proindiviso que pretende reivindicar; b) que el demandado detente la posesión material de la misma; c) que exista plena identidad entre el bien poseído por éste y el que comprende la cuota de dominio cuya reivindicación reclama el actor; d) que la reivindicación recaiga sobre una cuota determinada proindiviso de un bien” (SC, sentencia de 14 de agosto de 2007, Exp. 15829, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

1. Aquí, bueno es resaltar que ninguna de las partes discute (tampoco ello lo sacó a relucir el juez de primera instancia) que las opositoras son poseedoras de la totalidad del inmueble en disputa, incluso así lo plantearon al sustentar algunas de sus excepciones de mérito, que las cuotas cuya titularidad ostentan los demandantes son determinadas dentro de una cosa singular y que existe identidad entre el bien cuya reivindicación se pretende y el poseído por las demandadas esto es, el identificado con M.I. 50S-109297, ubicado en la calle 50 sur N° 36-64 de Bogotá.

De acuerdo con lo que decidió el juez de primer grado, el único de los requisitos que no se acreditó por parte de los demandantes fue la titularidad del derecho de dominio que dicen ostentar respecto del 50% del inmueble identificado con M.I. 50S-109297, falencia que se entenderá suplida con las copias de las escrituras públicas N° 6680 de 28 de septiembre de 1974 y N° 7639 de 5 de

diciembre de 1984, cuyos negocios jurídicos fueron inscritos según lo refleja el respectivo folio de matrícula inmobiliaria.

2. En su escrito de contestación las demandadas manifestaron que poseen el inmueble objeto de este litigio “desde hace 13 años” y que el mismo corresponde al que pretenden los demandantes, por lo que además del hecho mismo de la posesión, es factible dar por cierto, que -por confesión- se acreditó que el predio sobre el que versa la acción de dominio corresponde al que se distingue con el folio No. 50S-109297. Así también lo apreció el juez de primera instancia.

La Corte Suprema de Justicia ha precisado que la aceptación del demandado en torno a su calidad de poseedor, hipótesis que naturalmente abarca la confesión, como acontece en este evento, es razón bastante para tener por descontada la identidad del bien objeto de la acción de dominio. Ha señalado la Corte que **“por el hecho mismo de que el demandado acepte estar en posesión de la cosa cuya reivindicación se demanda, la identidad de ella queda establecida**, según lo ha dicho la Corte, pues en este caso no cabe duda en cuanto al objeto sobre el cual incide el derecho cuya titularidad demuestra el actor, que arraiga sobre la misma cosa respecto de la cual se predica la posesión del demandado. **El demandante al singularizar en la demanda la cosa reivindicable por sus linderos, la determina como elemento objeto del litigio; y si el demandado acepta estar en posesión de lo que se le demanda, así singularizado, no discute entonces la identidad del bien, porque lo que posee es lo mismo que se le demanda.** En este evento, lógicamente no puede negarse que haya identidad entre la cosa poseída y la que se pretende reivindicar. Lo contrario sería un contrasentido” (sent. del 3 de marzo de 1994).

3. Así las cosas, la discrepancia que en verdad resulta relevante, a esta altura del proceso, recae sobre la acreditación del derecho de dominio respecto de las cuotas partes que dicen ostentar los demandantes, para establecer si se desvirtuó o no el señorío que han venido ostentando las demandadas, y con ello desvirtuar la presunción de dominio que consagra el artículo 762 del Código Civil.

Sostuvieron los demandantes que la señora Mariela de Jesús Calvo adquirió el 25% del derecho de dominio sobre el bien objeto de este proceso, mediante E.P. de compraventa N° 7639 de 5 de diciembre de 1984 y que al señor Wilson Enrique Tapia Calvo se le adjudicó otro 25% en la sucesión de Enrique Tapia Ramírez.

La copia de la E.P. N° 7639 de 5 de diciembre de 1984, cuya aportación al expediente ocurrió por su decreto oficioso en sede de apelación, refleja que los señores Mariela Calvo Ríos (codemandante) y Enrique Tapia Ramírez (causante del codemandante Wilson Enrique Tapia Calvo) adquirieron el 50% del derecho de dominio sobre el inmueble con M.I. 50S-010297, de manos de la señora Ortensia Bernal de Matiz quien, según ese mismo documento y así lo corrobora el certificado de tradición ejercía la titularidad del dominio del predio en común y proindiviso con la señora Ana Lizarazo Olivares (al parecer abuela de la demandada Yesica Lizarazo Torres y suegra de la también opositora Alcira Torres Benavides). Tal acto jurídico se anotó en el respectivo registro el 16 de diciembre de 1985, ver anotación N° 6.

También obra en el expediente copia de la E.P. 3782 de 5 de noviembre de 1997, con la que se protocolizó la sucesión intestada de Enrique Tapia Ramírez, que se tramitó en el Juzgado 59 Civil Municipal de Bogotá (fl. 9 y siguientes del cuaderno principal), y por cuyo conducto se le adjudicó el 25% del derecho de dominio al demandante Wilson Enrique Tapia Calvo. Así consta en las anotaciones 10 y 11 del mismo folio de matrícula.

En resumidas cuentas, a esta altura del litigio no existe duda respecto de la titularidad que ostentan los demandantes sobre el 50% del inmueble en disputa, cada uno en proporción del 25%, por una cadena cuyos puntos de partida anteceden a la posesión ejercida por los demandados, de solo 13 años con antelación al mes de abril de 2017, según lo afirmaron al contestar la demanda reivindicatoria, con lo que se desvirtuó la presunción de dominio que consagra el artículo 762 del Código Civil.

Por su importancia doctrinaria en este litigio, se trae a cuento lo que respecto de asuntos similares ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

“Y es que si la titularidad del derecho de propiedad de un bien está fraccionada entre dos o más sujetos, resulta palmario que la cuota que a cada uno de ellos le corresponde constituye la expresión del derecho de dominio adscrito al respectivo copartícipe, de ahí que su titular puede reivindicar para sí solamente dicha cuota y no todo el bien como cuerpo cierto.

Si bien es cierto que la cuota de dominio considerada en sí misma sólo es contemplable en un plano abstracto o ideal, vale decir, como “el símbolo de la participación en un derecho”, también lo es que su titular la puede enajenar, gravar

o reivindicar, esto es, ejercer sobre ella ciertos actos característicos del dominio, como si fuera el objeto exclusivo de éste; por supuesto, que esa exclusividad es aparente porque la verdad es que no cabe desligar la cuota del objeto común de dicho derecho. De todas maneras, la realidad jurídica es que cada cuota, en sí misma considerada, es individual y, por ende, diferente a las demás, cuestión que permite a su titular reivindicarla para sí, pues al fin y al cabo, iterase, es la expresión del derecho de dominio adscrito al copartícipe.

Desde esa perspectiva, la restitución de la cuota parte del bien se efectúa poniendo al comunero reivindicante en capacidad de ejercer los derechos que tiene en la cosa común” (SC, sentencia de 14 de agosto de 2007, Exp. 15829, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

Ya en líneas precedentes se anotó que el señorío ejercido por los opositores es posterior a las épocas a que se remontan los títulos de dominio de los demandantes (1984 y 1987), pues aquellos confesaron que poseen el bien 13 años antes de la contestación de la demanda, esto es, aproximadamente en el año 2003, razón adicional para tener por desacreditada la presunción de dominio que prevé el artículo 762 del Código Civil.

4. Aquí se impone memorar, ello como consecuencia de la revocatoria del fallo de primera instancia, que las únicas excepciones de mérito que presentaron las opositoras fueron las de “posesión”; “pertenencia” y “ausencia de legitimación en la causa”.

Todas esas defensas se despacharán desfavorablemente con motivo de lo que se reseñó en las consideraciones precedentes. Además, aquí no se interpuso demanda de reconvenición ni se tiene noticia de haber prosperado demanda de pertenencia alguna sobre el mismo inmueble; además, por cuanto la posesión de las opositoras -posterior al inicio de las cadenas de tradentes que invocó la parte actora, es un asunto confesado por los demandados, y por cuanto la legitimación de los demandantes emana de la titularidad que actualmente ostenta cada uno sobre el 25% del derecho de dominio sobre el inmueble en disputa.

5. Visto entonces que la acción de dominio prosperará, se impone definir sobre las consabidas restituciones mutuas (arts. 961 y ss. Código Civil).

5.1. Lo anterior se hará únicamente, a favor de la actora, pues en la contestación de la demanda las opositoras vencidas no alegaron, ni tampoco acreditaron mejoras sobre el predio a restituir, ni las expensas para la obtención de los frutos.

5.2. JURAMENTO ESTIMATORIO. Señalaron los demandantes que se les debe reconocer, por lucro cesante la suma de \$120'000.000 por el 50% de los valores generados por concepto de arrendamiento durante 10 años (la cifra la calcularon de manera global) y por daño emergente, \$81'375.000, que equivaldría a la mitad del precio del inmueble a partir del avalúo catastral.

El Tribunal no tendrá en cuenta el juramento estimatorio que allegó la actora, en el cual se sugirió un monto total a reconocer, por lucro cesante de \$120'000.000 por el 50% de los valores generados por concepto de arrendamiento durante 10 años

Y es que, en realidad, la parte actora no ilustró la metodología que utilizó para arribar a esa suma y ni siquiera estimó, de forma razonada, el monto del canon de arrendamiento que le sirvió de base a sus cálculos.

También se observa que, en rigor, lo que la parte actora llamó “lucro cesante” corresponde al rubro de frutos que ciertamente se reconocerán en esta oportunidad, pero sobre bases más sólidas que las meramente esbozadas por los reivindicantes.

No es de recibo lo reclamado por daño emergente, que los demandantes calcularon en \$81'375.00, cifra que obtuvieron de calcular la mitad del valor del inmueble como quiera que el éxito de la demanda de reivindicación impone, consecuentemente, el reconocimiento actual de los derechos de dominio que ostentan los demandantes. Expresado con otras palabras, acá no hay lugar a disponer un detrimento patrimonial inexistente.

En resumidas cuentas, en adición a la restitución simbólica que en estos casos se impone, como restitución mutua solo se reconocerá el rubro de frutos civiles.

5.3. Con miras a calcular los frutos a que tienen derecho Mariela de Jesús Calvo y Wilson Enrique Tapia Calvo (arts. 964 y ss., Código Civil), se partirá de hacer claridad sobre el perfil que como poseedoras habrá de atribuírseles a las opositoras Yesica Lizarazo Torres y Alcira Torres Benavides; esto es, si se trata de buena, o de mala fe.

Sobre el tema, el artículo 768 del Código Civil ha definido la buena fe, en

materia de posesión, como la “conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos exentos de fraudes y de todo otro vicio”, y que a su turno el 769 precise que “La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria”. Y por oposición, se ha establecido que “la mala fe deberá probarse” (*ib.*).

El Tribunal no encuentra elementos que derriben la presunción que de la estirpe citada ostentan las demandadas. Si ello es así, estas serán condenadas a restituir los frutos percibidos a partir de la fecha en que se notificaron del auto admisorio de la demanda, en aplicación del inciso 3° del artículo 964 del Código Civil, esto es, el 5 de abril de 2017.

En su demanda, la parte actora solicitó la condena por los frutos que ella hubiera percibido “con mediana inteligencia y cuidado (...) desde el momento de iniciada la posesión”.

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

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

Se calcularán los frutos que se habrían causado desde que las demandadas se notificaron del auto admisorio (5 de abril de 2017, hojas 95 y 100 del expediente

digitalizado) hasta la época en que se profiere la presente decisión (diciembre de 2021). El Tribunal se apoyará principalmente en el avalúo catastral del año 2016 (**\$109'250.000**, hoja 76, *ibidem*), como ya lo ha hecho esta Sala en eventos de similares contornos fácticos (*v.gr.*, exp. 2007-00753 01, sentencia del 6 de diciembre de 2017 y 2015 00405 02, sentencia del 28 de julio de 2021).

Con dicha orientación, se asume, en esta oportunidad, que el canon de arrendamiento para el año 2016 alcanzaba la cifra mensual de \$1'092.500, esto es, el 1% del avalúo catastral al que recién se hizo alusión.

Entonces, de conformidad con los siguientes cálculos, se tiene que el inmueble objeto de este proceso rindió frutos civiles en cuantía de \$70'878.450, que corresponde a los cánones de arrendamiento causados desde el 5 de abril de 2017, hasta diciembre de 2021, incrementados anualmente con base en la variación del IPC, como lo prevé el artículo 20 de la Ley 820 de 2003. Como quiera que los demandantes son propietarios de una cuota parte de 25%, lo que a cada uno le corresponde es la suma de **\$17'719.613**.

CÁLCULO FRUTOS		AÑO 2019	
AÑO 2016		Variación IPC 2018	3,18%
Canon mensual	\$ 1.092.500	Canon actualizado	\$ 1.240.813
Meses por liquidar	0	Meses por liquidar	12
SUB TOTAL 2014	\$ -	SUB TOTAL 2019	\$ 14.889.757
AÑO 2017		AÑO 2020	
Variación IPC 2016	5,75%	Variación IPC 2019	3,80%
Canon actualizado	\$ 1.155.319	Canon actualizado	\$ 1.287.964
Meses por liquidar	9	Meses por liquidar	12
SUB TOTAL 2017	\$ 10.397.869	SUB TOTAL 2018	\$ 5.455.567
AÑO 2018		AÑO 2021	
Variación IPC 2017	4,09%	Variación IPC 2020	1,61%
Canon actualizado	\$ 1.202.571	Canon actualizado	\$ 1.308.700
Meses por liquidar	12	Meses por liquidar	12
SUB TOTAL 2018	\$ 14.430.855	SUB TOTAL 2019	\$ 15.704.402
TOTAL 2016 A 2021			
\$ 70.878.450			

Lo anterior, en armonía con el inciso 2° del artículo 283 del C. G. del P., acorde con el cual, en lo pertinente, “el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia”.

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

6. En resumidas cuentas prosperará la apelación; se desestimarán las excepciones de mérito propuestas por los demandados y se acogerá la acción reivindicatoria con las restituciones mutuas que se abordaron en la consideración precedente. Ante la terminación del litigio, se dispondrá la cancelación de la inscripción de la demanda.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA parcialmente la sentencia que el 6 de octubre de 2020 profirió el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso verbal de la referencia.

En su lugar, dispone:

1. Ante el fracaso de las excepciones de mérito de “posesión”, “pertenencia” y “ausencia de legitimación en la causa” que formularon las demandadas, se acoge la demanda reivindicatoria. En consecuencia, se ORDENA a Alcira Torres Benavides y Yesica Lizarazo Torres que, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, permitan que los comuneros reivindicantes ejerzan su derecho de posesión sobre las cuotas partes del predio con matrícula No. 50S-109297, ubicado en Bogotá, en la calle 50 sur N° 36-64, a quienes también pagarán, a cada uno, dentro del mismo término, la suma de \$17’719.613, por concepto de frutos.

La misma metodología utilizada en esta providencia se aplicará, de ser el caso, para los meses subsiguientes, hasta que se restituya, a los demandantes, la posesión de los derechos de cuota del inmueble en disputa.

No se reconocen indemnizaciones ni restituciones mutuas adicionales a las indicadas en este numeral.

2. Se ordena la cancelación de la inscripción, en la oficina de registro, de la demanda incoativa de este proceso.

3. Costas de ambas instancias a cargo de las demandadas. Liquidense por el juez *a quo*, quien incluirá, como agencias en derecho de la alzada, la suma de \$2’000.000, según estimación del Magistrado Ponente.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

JESUS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

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

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **b803ac59391d6eba352c82c80e1f8bdce3f910d1e94018d7df97637091e81848**

Documento generado en 10/12/2021 09:49:42 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Rdo. 022201000360 02

Establece el numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso que, en el caso de apelación de autos, una vez “resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral”, esto es, tres (3) días, vencidos los cuales, para los efectos del artículo 326 de esa codificación, debe darse “traslado a la parte contraria en la forma y por el término previsto en el inciso segundo del artículo 110” (se subraya).

Por tanto, como la parte incidentante agregó nuevos argumentos a su apelación y el Juzgado 46 Civil del Circuito no completó el trámite del recurso, el cual, como ya debe ser conocido, tratándose de apelación de autos se verifica en la primera instancia, se ordena devolver el expediente para tales efectos.

Como la decisión apelada fue un auto y no una sentencia, la secretaría del Tribunal proceda al reparto en debida forma, haciendo el ajuste respectivo, luego de lo cual dará cumplimiento a lo ordenado en esta providencia.

NOTIFÍQUESE,

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Exp. 022201000360 02

República de Colombia



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

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

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

Código de verificación:

89ba6b7e6b12528e2601ed1be81a7ed5a34269f4e2bd61cafcdbacfa4b3c4c6e

Documento generado en 10/12/2021 09:36:02 AM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente:	CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
Radicación:	110013103021 2019 00662 01
Procedencia:	Juzgado Veintiuno Civil del Circuito
Demandante:	Héctor Mauricio Pacheco Zorro
Demandada:	Medplus Medicina Prepagada S.A.
Proceso:	Verbal
Recurso:	Apelación de Sentencia

Discutido y Aprobado en Salas de Decisión del 2 y 9 de diciembre de 2021. Actas 50 y 51.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendarada 24 de febrero de 2021 proferida por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D. C., en el proceso del epígrafe.

3. ANTECEDENTES

3.1. La Demanda.

HÉCTOR MAURICIO PACHECO ZORRO, actuando a través de

mandatario judicial, en la demanda reformada contra **MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A.**, imploró que previos los trámites pertinentes se hicieran los siguientes pronunciamientos:

3.1.1. Declarar que el contrato de agencia comercial celebrado entre las partes fue terminado unilateralmente y de manera injustificada por la convocada.

3.1.2. Ordenarle, en consecuencia, pagar a la persona jurídica a su favor: \$4.791.181, 08 a título de prestación remuneratoria, el valor que se estime por indemnización equitativa, los intereses que causen los anteriores conceptos, el monto correspondiente a las comisiones que el actor dejó de percibir por concepto de lucro cesante, \$7.812.420,00 por cláusula penal y 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes por perjuicios morales¹.

3.2. Los Hechos.

Para soportar dichos pedimentos invocó los supuestos fácticos que seguidamente se compendian:

El demandante en principio estuvo vinculado con Cafesalud Medicina prepagada por medio de un contrato de trabajo, luego mediante uno de corretaje, y a partir del 16 de mayo de 2005 a través de un acuerdo denominado de promoción y comercialización de medicina prepagada, con el propósito de distraer las garantías que lo amparaban como agente comercial. La convención fue prorrogada hasta el 2017, sin solución de continuidad,

En este año, la aludida empresa cambio su nombre a Medplus Medicina Prepagada S.A., a quien continuó posicionando en el mercado, en ejecución de un agenciamiento mercantil, con ocasión de lo cual percibía

¹ Folios 238 y 239 del PDF 01ExpedienteProcesoJudicial 2019-662.

una comisión del 10% por venta o renovación de los servicios prestados.

El 30 de abril de 2017 la firma encartada le comunicó al impulsor del litigio, la terminación unilateral del convenio por un incumplimiento no comprobado y la cancelación de la clave asignada para trabajar, a una dirección que no correspondía a su último domicilio, pese a que la había enterado de la actual, pues esta obra en las cuentas de cobro presentadas a la firma encartada y en el certificado de Cámara de Comercio.

El 7 de junio de aquella anualidad, le remitieron la memorada misiva a través de un correo electrónico para subsanar dicho error, informando que a partir de tal data se entendía finiquitada la relación, lo cual constituye otra irregularidad en el preaviso.

Con el proceder desplegado la demandada abusó del derecho, al romper la estabilidad del agente de manera abrupta, sin justa causa, pasando por alto sus destacados resultados como agente, situaciones que le han causado perjuicios económicos y morales².

3.3. Trámite Procesal.

3.3.1. La demanda inicial fue admitida por auto del 8 de octubre de 2018 por el Estrado de categoría municipal al que se le asignó en un comienzo³. Enviado para su conocimiento a los Juzgados Civiles del Circuito, una vez asignado al 21, previa subsanación del libelo reformado, le dio curso mediante proveído del 8 de julio de 2019⁴, dispuso la notificación a la intimada por conducta concluyente y subsiguiente traslado por la mitad del término en principio otorgado⁵.

3.3.2. Notificada, de manera personal, la intimada el 12 de febrero de

² Folios 239 a 242 *ibidem*.

³ Folio 124 *ibidem*.

⁴ Folios 248 a 250 *ibidem*.

⁵ Folio 252 *ibidem*.

2019⁶, de la providencia que impartió trámite al escrito genitor, en oportunidad, a través de apoderada judicial, contestó el escrito inaugural, se opuso a las pretensiones, y formuló los medios de defensa que tituló “...**INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL...**”, “...**INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE MEDPLUS MEDICINA PREPAGADA S.A...**”, “...**IMPOSIBILIDAD LEGAL DE SUSCRIBIR CONTRATOS DE AGENCIAS COMERCIALES PARA LAS EMPRESAS DE MEDICINA PREPAGADA...**” y la “...**GENÉRICA...**”. Además, objetó el juramento estimatorio⁷.

También, propuso la excepción previa titulada “...**FALTA DE COMPETENCIA Y JURISDICCIÓN...**”, la cual a través de proveído de 13 de septiembre de 2019 se declaró fundada.⁸

Respecto a la modificación de libelo introductorio guardó silencio.

3.3.3. El Estrado convocó a la audiencia regulada en el artículo 372 del Código General del Proceso, evacuada esta y la estatuida en el artículo 373 *ibidem*, llevada a cabo el 24 de febrero de 2021, emitió sentencia, en la cual tras declarar probada la exceptiva de “...*Inexistencia de un contrato de agencia comercial...*”, negó las pretensiones, dispuso la terminación del proceso y condenó al extremo activante en costas.

Inconforme esta parte con tal decisión, la apeló, recurso concedido en el acto⁹.

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La señora Juez tras historiar el litigio, advirtió la presencia de los

⁶ Folio 158 *ibidem*.

⁷ Folios 221 a 233 *ibidem*.

⁸ PDF 01ExpedienteExcepciones Previas2019-662.

⁹ PDF 0001ExpedienteDemandaPrincipalAvocóJuzgado21Circuito-2019-662

presupuestos procesales. Delimitó el problema jurídico en determinar si el vínculo comercial existente entre las partes fue terminado abruptamente y de forma injustificada por parte de la demandada.

Acotó que en caso positivo corresponde establecer si esta última debe pagar la doceava parte del promedio de la comisión recibida los últimos tres años, la indemnización regulada en el artículo 1324 del Código de Comercio, los intereses causados, la cláusula penal pactada en el convenio adosado y los perjuicios deprecados en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Adujo que con el propósito de resolver los anteriores cuestionamientos debe averiguarse si entre los litigantes se celebró una agencia comercial, la cual de acuerdo con la jurisprudencia, la doctrina y el canon 1317 del Estatuto Mercantil, tiene como características que es un contrato de intermediación, en el que el agente tiene su propia empresa dirigida independientemente, que se dedica a explotar negocios ajenos en determinado territorio encomendados por un empresario, con permanencia y estabilidad, por lo que recibe una remuneración a cambio.

Precisó que para la existencia del aludido negocio deben concurrir todos los presupuestos enunciados, por lo que con prontitud vislumbra que el último vínculo suscrito entre los litigantes, denominado de promoción y comercialización de planes de medicina prepagada, el cual no fue tachado de falso, no encaja en aquella clase de convención, debido a que, si bien al demandante le concernía el encargo de conquistar un mercado, ello no lo hacía de manera independiente.

Arguyó que por el contrario de la relación del precursor del litigio con la sociedad intimada se evidencia subordinación, dado que la promoción de los servicios la dirigía aquella compañía, a través de

capacitaciones, estrategias de mercado, propaganda, publicidad suministrada. Además, el accionante hacía uso de las instalaciones de la empresa, debía alcanzar unas metas impuestas por ella, al punto que fue requerido ante su incumplimiento y desvinculado a raíz de tal circunstancia, aspectos que fueron corroborados por las testigos Adriana Nivia y Mónica Jiménez.

Esbozó que las mencionadas deponentes, adicionalmente dieron cuenta que junto con el impulsor del litigio existían otros promotores de venta, a quienes la firma encausada les suministraba un espacio y el material necesario para la ejecución de sus labores.

Expuso que aun cuando no desconoce las diferentes relaciones existentes entre las partes, esto es, primero un contrato de trabajo, luego dos de corretaje y finalmente el concerniente a promover y comercializar los planes de medicina prepagada, ninguno de ellos encaja en la agencia comercial reclamada, máxime cuando la labor del señor Pacheco Zorro no era exclusiva, pues junto con él existían otras personas que realizaban similares labores al servicio de la compañía encausada.

Aseveró que, por las anteriores razones, no hay lugar a reconocer el pago de la comisión invocada, ni la cláusula penal, menos aun cuando, según lo acreditado, el convenio celebrado entre los extremos del litigio fue finiquitado por la deshonra de uno de los deberes a cargo del gestor de la contienda, esto es, los objetivos propuestos. De otro lado, aduce que no se acreditó que aquél comunicara el cambio de la dirección de notificación a su contradictora.

Finalmente, esbozó que no hay lugar a tener en cuenta el dictamen aportado que tasó la posible indemnización prevista en el artículo 1324 *ejúsdem*, ante la ausencia de prueba del negocio implorado. Con estribo en esas argumentaciones declaró probada la excepción de

titulada “...*inexistencia de contrato de agencia comercial...*”, negó las pretensiones y condenó en costas al gestor del litigio¹⁰.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

5.1. Afirmó el mandatario judicial del promotor como sustento de su solicitud revocatoria que el cúmulo de elementos suasorios incorporados, contrario a lo esgrimido por la funcionaria, respaldan todas las exigencias necesarias para declarar la agencia comercial celebrada entre las partes, como lo son: la intermediación; la propia empresa -la cual no requiere la apertura de un local específico para que se configure-; la calidad de contratante independiente del actor, registrada en la Cámara de Comercio; la explotación del negocio en determinado territorio; la estabilidad de la empresa; y una remuneración.

Cuestionó que la primera instancia no precisara cuál de esos elementos escaseaba. Examinara la configuración del contrato de agencia comercial cuando solo fue objeto de petición el incumplimiento del mismo, por haberlo terminado de forma sorpresiva y abrupta, conclusión esta, a la que se habría podido llegar a partir de una valoración adecuada de la prueba.

Añadió que la imposición de metas, ni la realización de capacitaciones y reuniones en las instalaciones de la empresa, a las que acude el demandante para cobrar sus comisiones, aunado a utilizar la papelería del empresario, no descalifica su condición de agente, ni suponen una subordinación, carácter que tampoco se desvirtúa porque se hubiera encargado el oficio a otras personas. Estas características, por el contrario, contrarrestan la relación de corretaje alegada, en tanto la misión no se limitó a poner en contacto a los interesados en adquirir los servicios con el empresario.

¹⁰ Minuto 45:07 a 1:13 hora del archivo 008AudienciaArtículo373CGPFebrero24-2021.

Arguyó que, en cambio, reafirma la calidad de agente el registro mercantil independiente, las actividades que ejecutó encaminadas a cautivar clientes, fidelizarlos en el marco geográfico de Bogotá -zona asignada para que el demandante por más de 20 años ejecutara su actividad-, ampliar el mercado del empresario y las cuentas que cobró por la actividad ejecutada, con ocasión de lo cual tiene derecho a una comisión, regalía o utilidad por la terminación unilateral del contrato, la cual asciende a \$138.123.368,00, por quince años de servicios.

Esgrimió que con independencia de la negociación que hubieran consumado las partes, a partir de la interpretación de la demanda, junto con la prístina noción de justicia y la posibilidad de fallar en equidad, la directora del proceso hubiera podido examinar el incumplimiento del mismo e impartir justicia material, más aún cuando la prueba documental y el interrogatorio del demandante refrendan que él enteró a su contraparte del cambio de domicilio; empero, la notificación de la finalización del contrato se efectuó en una dirección más antigua¹¹.

5.2. El contendor replicó que no se configuran los elementos de una agenciamiento mercantil, en tanto el demandante nunca tomó en arrendamiento un establecimiento de comercio con local abierto, independiente de las instalaciones del empresario, como dio cuenta la testigo Adriana Nivia, tampoco ejecutó campañas publicitarias, la cuales eran programadas por la sociedad demandada, conforme lo admitió el actor en interrogatorio de parte, además que requerían autorización del empresario para promocionar los servicios. Se suma que en el convenio no se señaló una zona específica para el desarrollo del negocio sino se dijo que serían las ciudades que se autorizaran, y la labor del promotor se limitó a conseguir clientes bajo estrictos parámetros establecidos, desde el año 2005 que se dedicó a promover y comercializar planes de medicina prepagada.

¹¹ Hora 1:14 a 1:21 *ibidem* y PDF 06SUSTENTACIÓN RECURSP DE APELACIÓN.

Rebatió que la finalización del vínculo se comunicó a la única dirección reportada por el demandante, respecto de quien se tomó esa medida por no lograr el número de afiliaciones, sin adeudársele contraprestación alguna por su gestión, conforme lo reconoció en declaración de parte.

Arguyó que la labor de los promotores de los servicios de medicina prepagada no es independiente sino de intermediación, debido a que es una actividad reglada, con ocasión de lo cual cualquier perjuicio que se cause por infracción, error u omisión le corresponde asumirlo a la entidad que brinda la asistencia.

Insistió que el señor Pacheco Zorro no asumió el fomento de las prestaciones ofrecidas de forma individual, ni demostró que hubiera ayudado al posicionamiento de la empresa. Resalta que el perito, no realizó la indemnización equitativa sino un mero cálculo de lucro cesante y daño emergente.

Finalmente, aseveró que, en cumplimiento de la carga de la prueba, el gestor no acreditó que hubiera ejecutado una actividad diferente a la que respalda la documental adosada, y que en la jurisdicción ordinario solo es dable decidir en derecho y no en equidad¹².

6. CONSIDERACIONES

6.1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos a cabalidad, y sobre ellos no hay lugar a reparo alguno. Así mismo, examinada la actuación rituada en ambas instancias no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado, por tanto, se dan las condiciones necesarias para proferir sentencia de mérito.

¹² PDF 08descorro traslado apelación.

6.2. Con base en los reparos concretos y la sustentación de la alzada, las inconformidades del apelante se circunscriben a determinar, si la encausada incumplió el contrato de agencia comercial que se aduce celebrado entre las partes y, por ende, le atañe el deber de pagar la comisión pactada y los perjuicios reclamados.

6.3. Para abordar el estudio del aludido tópico se hace necesario precisar que la responsabilidad civil está instituida para hacer efectivo el deber legal de reparar, resarcir o indemnizar el quebranto inmotivado de un derecho, bien, valor o interés jurídicamente protegido. Para su surgimiento es menester la concurrencia íntegra de los elementos estructurales conforme a su clase o especie, cuya demostración, salvo norma expresa contraria, corresponde al demandante.

Cuando tiene la connotación de contractual, como es bien sabido, se origina en una obligación o vínculo previamente establecido. Tiene su fuente en la voluntad de las partes, por ello si se incumple o se ejecuta defectuosamente un convenio, la obligación correlativa de indemnizar perjuicios emana del negocio mismo.

Dicho en otras palabras, se incurre en responsabilidad de stirpe contractual cuando, el deudor, una vez la obligación se ha hecho exigible y debe ser ejecutada, deja de satisfacer total o parcialmente la prestación debida, o cuando lo hace de manera defectuosa o tardía. Por lo que, al amparo del artículo 1615 del Código Civil, en tratándose de obligaciones positivas surge cuando el deudor está en mora de cumplir y, si es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Entonces, dicha responsabilidad descansa sobre el concepto de culpa al tenor del artículo 1604 del Código Sustantivo Civil, así que, desde esta perspectiva, el caso compromete la culpa leve de la demandada según la graduación a que alude el artículo 63 *Ibidem*, en el entendido que el convenio en alusión reporta beneficio recíproco para ambas partes.

El inciso 3º del artículo 1604 *ejusdem* señala una regla en punto del principio *onus probandi*, según la cual “...[l]a prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo....”, al paso que el inciso 4º, inmerso dentro del criterio de la autonomía de la voluntad que aún irradia el derecho privado, permite a las partes modificar el régimen obligacional emanado de los contratos, ya para hacer más gravosa la responsabilidad ora para limitarla, siempre que, se recuerda, con ello no se desconozcan normas de orden público.

Desde esta óptica, corresponde al interviniente insatisfecho probar la existencia del contrato, el incumplimiento y el daño que ha padecido con ocasión de esa conducta, mientras que paralelamente su contraparte debe acreditar la ausencia de culpa, vale decir, que actuó con la diligencia y cuidado debidos.

Todo lo anterior significa, que la responsabilidad contractual de los extremos negociales encuentra su génesis en el no cumplimiento, la satisfacción tardía, imperfecta o defectuosa de la prestación que para ellos dimana de la convención, lo que sin lugar a dudas conlleva el reconocimiento y pago de los perjuicios irrogados al otro de los intervinientes, como lo prevé el normado 1613 del Código Civil.

No obstante, para la prosperidad de la acción indemnizatoria derivada del contrato surge indispensable, además de probar la concurrencia del negocio bilateral, demostrar ciertos presupuestos fácticos que se concretan en la existencia de un perjuicio, seguida de una culpa contractual, como la subsecuente verificación del nexo causal entre ésta y aquél. En suma, dichos elementos vienen a ser los mismos de la responsabilidad delictual, sólo que en éste evento el perjuicio proviene del incumplimiento de la convención,.

6.4. En línea con lo anterior, en el *sub lite*, entonces, contrario a lo

aseverado por el apelante, devenía imperioso establecer la preexistencia del vínculo jurídico, en virtud del cual la parte activante adujo la deshonra del deber negocial, pábulo de la responsabilidad invocada. De ahí que hizo bien la Juzgadora en escudriñar, en primer lugar, si entre las partes existió un contrato de agencia comercial, con el propósito de examinar si las pretensiones restantes, tendientes a obtener la declaratoria de la desatención de los compromisos negociales y las condenas consecuenciales, podían abrirse paso.

Dicho lo anterior, conviene memorar que la relación agencial es un convenio de colaboración e intermediación, en el cual, a tono con lo dispuesto en el artículo 1317 del Código de Comercio , *“...un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.”*.

En punto a la referida figura, el Máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria precisó que *“... la agencia comercial: (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es ‘a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario’ ; (iv) exige una estabilidad en el desempeño de esa labor; y (v) el agente tiene derecho a una remuneración...”*¹³.

¹³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC - 18392 de 9 de noviembre de 2017.

Del anterior concepto, la doctrina y la jurisprudencia han establecido como elementos que estructuran este particular negocio mercantil:

6.4.1. La independencia del agente que implica que éste ejecuta el encargo encomendado a través de su propia empresa, con autonomía y facultad para aportar su experiencia en el desarrollo del objeto convencional; de forma tal que no existe contrato de trabajo entre el agente y el agenciado.

Así que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, “...[e]l agente es independiente en la medida que no hace parte de la estructura organizacional del empresario ...”¹⁴.

6.4.2. La estabilidad hace referencia a la sucesión y continuidad de la actividad en beneficio del empresario, aspecto que diferencia la agencia del corretaje¹⁵ y el mandato.

6.4.3. El objeto de la agencia, ha sido definido por el Alto Tribunal Civil como “...el encargo de promover o explotar ... negocios, en un determinado ramo de la industria o el comercio, y dentro de un espacio territorial preestablecido, lo que supone ‘una ingente actividad dirigida - en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe -luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada -a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso’ (CSJ SC, 20 Oct 2000, Rad. 5497; CSJ SC, 28 Feb 2005, Rad. 7504; CSJ SC, 4 Abr 2008, Rad. 1998-00171-01). (...) ‘El agente comercial -explica Farina- se obliga a ‘desplegar una actividad adecuada para lograr clientes para su comitente, y remitir a éste los pedidos de mercaderías, servicios u otros

¹⁴Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC -13208-2015 de 30 de septiembre de 2015.

¹⁵ ARRUBLA PAUCAR. Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Contratos Típicos. Página. 225, 13ª Edición.

*bienes cuya comercialización le ha sido encomendada...*¹⁶.

Así que el agenciamiento mercantil se caracteriza porque:

6.4.3.1. Es *intuitu personae*, en razón de la propia especialidad profesional y experiencia mercantil del agente, cuya actividad se encuentra delimitada en el contrato.

6.4.3.2. El agente actúa por cuenta del empresario, siendo el primero un comerciante independiente, con una organización empresarial permanente, que está al servicio del agenciado para dar salida a sus productos, pero sin subordinación jurídica respecto de éste.

6.4.3.3. Es un contrato de duración que no se extingue con la realización de uno o más negocios determinados, sino que permanece en el tiempo.

6.4.3.4. La función del agente consiste en contratar, promover o aproximar clientes al empresario agenciado, con quien el comprador establece por regla general vinculación jurídica; de ahí que sea “...la promoción de la conclusión de los negocios, asumiendo el comitente el riesgo económico de estos, «el contenido típico que distingue el contrato de agencia de cualquier otra figura contractual»¹⁷, porque los demás elementos están presentes también en otro tipo de acuerdos negociales...”¹⁸.

6.4.3.5. El agente opera en una zona de exclusividad en favor de su representado.

6.4.3.6. La labor del agente en pro del empresario es retribuida, por lo general, con un porcentaje de comisión sobre el valor de venta.

¹⁶Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 13208 de 2015, expediente 2004 00027 01.

¹⁷ GIORDANO, Contratto di agencia, p. 397-398, citado en FARINA, Juan M. op. cit., p. 442.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC13208-2015 de 30 de septiembre de 2015. expediente 11001-31-03-014-2004-00027-01.

6.4.3.7. El agente no hace propios los productos o servicios comercializados¹⁹.

6.5. Adicionalmente, conviene memorar que de antaño también la jurisprudencia tiene establecido que la denominación otorgada por los contratantes al acuerdo no ata al juez para la calificación de la naturaleza jurídica del mismo, sino que para este propósito deberá tener presente los elementos propios del negocio, sus cualidades intrínsecas y el objeto perseguido.

A propósito de escudriñar la naturaleza real del negocio celebrado por las partes, la aludida Corporación indicó:

“...si entre un empresario y un intermediario, cualquiera que sea la denominación que se le dé, se documentan los términos en que se acometerá la penetración del mercado, la labor de los jueces se focaliza en verificar si lo escrito se encuentra acorde con el marco normativo que rige la clase de contrato señalado, si en la ejecución se llevan a cabo aspectos ajenos a lo que se consignó y si existe una distorsión tal que lo desvirtúe en su esencia, debiendo prevalecer siempre el querer de los contratantes, sin que ni siquiera se requiera invocar su simulación o invalidación.

Pero si los reclamos de la contienda se originan en hechos hilvanados, que se anuncian constitutivos de una determinada clase de pacto, es respecto de éste que se debe adelantar el escudriñamiento para acceder o no a lo pretendido.

Sobre el deber de averiguar los términos como se involucran los contendientes tiene dicho la Sala que “[a] pesar de que las diferentes manifestaciones, por sus coincidencias, pueden llegar a crear

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 1121 de 2018, expediente 2007-00128 01,

confusiones respecto a la verdadera esencia de lo pactado entre el empresario y su distribuidor, el hecho de que en un momento dado se convenga una determinada actividad puede estar fuera de contexto frente a la forma como se lleve a cabo, pues en últimas es esta la que delimita los reales alcances del nexo (...) En tales casos, **cuando surgen diferencias que son sometidas al arbitrio judicis, surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se la haya asignado**, dejando el camino despejado de dudas, sin que para ello sea indispensable que quien formule el libelo invoque la existencia de acuerdos simulatorios como paso previo al reconocimiento de los derechos en su favor y las obligaciones a cargo. (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. (...) Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partis quam verbis discernuntur*)...”²⁰ -resalta la Sala-.

Entonces, si de lo que se trata es de indagar por el objeto del negocio celebrado entre los litigantes, es del caso citar que en cuanto al objeto del negocio, estas concertaron en la última convención celebrada entre ellos, titulada “**CONTRATO DE PROMOCIÓN Y COMERCIALIZACIÓN PLANES DE MEDICINA PREPAGADA**”, que fue suscrita el 16 de mayo de 2005, cuando ésta se denominaba Cafesalud Medicina Prepagada

²⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 2013, expediente 1100131030222005-00333-01. Magistrado Ponente Doctor Fernando Giraldo Gutiérrez.

S.A., nombre que cambió mediante escritura pública número 1568 de la Notaría 65 de Bogotá D.C. por Medplus Medina Prepagada S.A.²¹, lo siguiente:

*“...**OBJETO: LA EMPRESA** encarga a **EL PROMOTOR**, quien asume en forma independiente, autónoma, exclusiva, en la manera reglamentada en los Decretos 1486 de 1994, 720 de 1994, 1570 de 1993, la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, las siguientes gestiones y servicios: **A)** como intermediario, **EL PROMOTOR** se obliga a poner en relación con terceras personas naturales y jurídicas a **LA EMPRESA**, con el fin que celebren con **LA EMPRESA** CONTRATOS DE MEDICINA PREPAGADA, en cualquiera de los planes y programas que esta tenga establecidos. **B)** Promocionar y comercializar la afiliación a los diferentes planes y programas de medicina prepagada, de acuerdo con el mercado objetivo de **LA EMPRESA** y las políticas comerciales establecidas. **C)** Realizar las acciones necesarias para que el contratante y beneficiarios del contrato cumplan con sus obligaciones legales y contractuales, y especialmente con el pago oportuno de las cuotas que se pacten en el contrato de acuerdo con la modalidad de pago, y de acuerdo con los lineamientos que para el efecto determine **LA EMPRESA**. **D)** Efectuar una permanente labor de mantenimiento y conservación de los usuarios de Medicina Prepagada de **LA EMPRESA**, que ésta le entregue y que logre captar a través de su intermediación, ofreciendo en forma permanente la atención de servicio al cliente...”²².*

Sin embargo, no puede soslayarse que en el aludido negocio pese a que en la disposición negocial trasuntada se concertó que el demandante desarrollaría su actividad de manera autónoma, independiente, exclusiva, y que además se convino la estabilidad del negocio, pues se contempló un año como término de duración, prorrogable por el mismo interregno, con derecho a una remuneración estipulada en el documento

²¹ Folios 211 y 212 del PDF 01ExpedienteProcesoJudicial2019-662.

²² Folios 37 a 41 del PDF 01 ExpedienteProcesoJudicial2019-662.

denominado “**Tabla de Comisiones**”²³, lo cierto es que tales elementos no son suficientes para determinar la existencia de una agencia comercial, si en cuenta se tiene que en el clausulado restante se acordaron una serie de obligaciones a cargo del denominado promotor, es decir, del aquí demandante que denotan cierto grado de subordinación, lo cual desvirtúa la plena libertad en la ejecución de la intermediación, que caracteriza el agendamiento comercial.

Ello habida cuenta, que dentro de los deberes se encontraban, entre otros, atender prioritariamente los listados de los clientes que el empresario le asignara para su respectivo mercadeo, utilizar la información suministrada por éste para su beneficio, controlar el inventario y manejo de la papelería entregada por la empresa, así como asistir a los cursos de capacitación que ésta ofrezca²⁴.

Acorde con la argumentación que viene de plantearse, de acudir a la hermenéutica del contrato, no se celebró entre las partes un agenciamiento mercantil, toda vez que el presupuesto relativo a una actividad ejecutada a través de su propia empresa, con autonomía y facultad para aportar su experiencia en el desarrollo del objeto convencional, no existía, en tanto, su actividad dependía en algún grado de las directrices y recursos, e incluso, publicidad de la compañía convocada.

Dicha circunstancia fue respaldada por la versión de las deponentes Adriana Livia²⁵ y Mónica Jiménez²⁶, a quienes se les valoran sus dichos, con la rigurosidad exigida, -en virtud de la tacha formulada en contra de la primera en mención por el vínculo que tiene con la compañía encartada-, toda vez que resultan coincidentes con lo plasmado en el vínculo negocial que celebraron las partes.

²³ Cláusula quinta - folio 38 *ibidem*

²⁴ Cláusula segunda- folios 37 y 38 *ibidem*.

²⁵ Minuto 41:16 a 43:37 del archivo 0006AudienciaTestimoniosSeptiembre10-2020.

²⁶ Hora 1:08, 1:26, 1:55 a 1:58 *ibidem*.

Como si lo anterior no fuera suficiente, la relación comercial suscitada entre los aquí intervinientes no debe percibirse como un contrato de agencia comercial, además porque no se precisó en el contenido del contrato la exigencia atiente a “...[q]ue el compromiso deb[ía] cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional...”²⁷, puesto que sólo se consignó que los servicios serían prestados “...en las ciudades autorizadas por **LA EMPRESA** para hacer gestión comercial, sin perjuicio de que **LA EMPRESA** pueda celebrar con otras personas contratos similares o iguales...”²⁸, lo cual, en efecto, tuvo ocurrencia, ya que además del aquí precursor la labor de promoción y comercialización de los planes de medicina prepagada, según lo manifestado por las testigos antes mencionadas²⁹, también estaba a cargo, de aproximadamente 60 personas más en esta ciudad.

No es dable admitir que Bogotá fue la zona asignada para la actividad que debía ejecutar el señor Pacheco, a partir de lo expresado por la declarante Mónica Jiménez, pues la versión de dicha testigo no subsana la omisión que sobre el tópico se advierte en el contrato.

Ahora, aunque la calidad de comerciante del señor Pacheco se presuma desde el 2 de abril de 1997, con ocasión de su registro en Cámara de Comercio en esta data, según lo previsto en el numeral 1º del artículo 13 del Código de Comercio, las condiciones en que pactaron los servicios de mercadeo y venta a cargo del aquí accionante, así como la forma en que se ejecutaron los mismos, se recaba, impiden reconocer el agenciamiento mercantil reclamado.

Desde esa perspectiva, anduvo afortunada la Juzgadora de primer grado en declarar la inexistencia de la agencia comercial alegada, y en consecuencia, negar las pretensiones enfiladas a su incumplimiento, así

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 de julio de 2012, expediente 1998-21524-01.

²⁸ Cláusula novena – folio 40 del PDF 01ExpedienteProcesoJudicial2019-662.

²⁹ Minuto 40:46 a 41:15 y hora 1:55 del archivo 0006AudienciaTestimoniosSeptiembre10-2020

como las condenas pecuniarias consecuenciales, puesto que de la intención negocial emerge palmario que no se cristalizan las exigencias jurisprudenciales referidas con anterioridad para tener por estructurado dicho negocio, en virtud del cual se reclama el resarcimiento.

De manera que, descartada la existencia de una convención de la aludida naturaleza, deviene fútil ahondar en las inconformidades planteadas por el recurrente respecto a la forma en que fue comunicado el finiquito del vínculo. Por ende, ninguna consideración se efectuará frente a tal tópico.

6.6. Por último, destaca la Colegiatura que no es plausible, como lo propone el impugnante, proferir un veredicto en equidad en punto a la deshonra contractual aducida, porque al amparo de lo previsto en el artículo 7º del Código General del Proceso, *“...[l]os jueces, en sus providencias, están sometidos al imperio de la ley...”*.

Tampoco es dable interpretar la demanda, y examinar el incumplimiento contractual alegado, a partir del vínculo que celebraron las partes, en razón a que ello implicaría pasar por alto las peticiones formuladas y los supuestos fácticos que las soportan, vale decir, los que refieren una responsabilidad contractual fundada en la desatención de lo concertado en un contrato de agencia comercial, proceder que iría en contravía del principio de congruencia, estatuido en el canon 281 *ejúsdem*, según el cual, *“...[l]a sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda...”*.

6.7. De conformidad con lo discurrido se ratificará la providencia apelada, con la consecuente condena en costas al recurrente.

7. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, D.C. en Sala Quinta Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

7.1. CONFIRMAR la sentencia calendada 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D. C.

7.2. CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante-demandante- y a favor de la convocada. Liquidar, incluyendo como agencias en derecho \$ 2'500. 000.oo.

7.3. DEVOLVER el expediente a su Despacho de origen. Ofíciase y déjese constancia.

NOTIFÍQUESE,



CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada



AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013103025201600732 02

Se decide el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 28 de julio de 2021, proferida por el Juzgado 25 Civil del Circuito de la ciudad en el proceso que promovió contra la señora Gilma Sánchez Cala.

ANTECEDENTES

1. La señora Nathalia Andrea Ruiz Vásquez solicitó la resolución del contrato de compraventa celebrado con la señora Gilma Sánchez Cala, contenido en la escritura pública No. 425 de 4 de marzo de 2016, otorgada en la Notaría 52 de Bogotá, relativo al apartamento 304 y el garaje No. 83 ubicados en la Carrera 10 A No. 119-49, Edificio Era 2000 de la ciudad, identificados con las matrículas inmobiliarias Nos. 50N-1047423 y 50N-1047388, por los vicios ocultos existentes al tiempo de la negociación.

Por consiguiente, pidió ordenar (a) la restitución del precio pagado, junto con los intereses de mora; (b) la devolución jurídica y material de los bienes; (c) el pago de los perjuicios materiales morales causados a la demandante, estimados en la suma de \$53 977 454 y 100 SMMLV, respectivamente.

Subsidiariamente, pidió declarar la nulidad absoluta del contrato por vicio del consentimiento causado por un error respecto de las cualidades de los M.A.G.O. Exp. 110013103025201600732 02

inmuebles, o la rebaja en el precio por la existencia de vicios redhibitorios, en ambos casos con similares suplicas consecuenciales a las ya referidas.

2. Para sustentar sus pretensiones, manifestó que pagó la totalidad del precio pactado (\$370 000 000), así: \$3.000.000 a la firma de la promesa; \$82 000 000 el 19 de febrero de 2016; \$24 000 000 el 26 de febrero de 2016; \$51 000 000 el 15 de marzo de 2016, a través de crédito con el Fondo de Empleados de IMB; y \$210 000 000 con el producto de un crédito que Bancolombia le otorgó a la demandante.

Precisó que en el contrato se pactó que la entrega de los bienes se haría el día en que el precio fuese pagado y que la vendedora saldría al saneamiento por los vicios redhibitorios u ocultos de la propiedad. Agregó que el perito que avaluó los bienes por requerimiento del establecimiento bancario para otorgar el crédito, le dio un valor de \$405 380 000, sin encontrar defectos graves en los bienes.

Aseveró que la entrega formal del inmueble se realizó el 31 de marzo de 2016; no obstante, la vendedora permitió el ingreso de unos electrodomésticos el 23 de marzo, fecha desde la cual advirtieron con su esposo –Nicolás Eduardo Amaya Castrillón– “el desnivel en el piso, pero no imaginaron que el problema fuera de las dimensiones y de la gravedad que resultó ser cuando ya investigaron” (p. 502, archivo 08, cdno. 1). En efecto, Nicolás Amaya advirtió un “fuerte mareo” al “caminar” dentro del inmueble (ib.), observaron que “al soltar una esfera en el piso esta rodaba rápidamente hacia el frente del apartamento, como si hubiera una inclinación hacia ese costado” (ib.). Asimismo, notaron que las puertas internas de los closets, de las habitaciones y de ingreso al apartamento presentaban desajustes por la inclinación.

Al informar de esa situación a la administradora del edificio, la señora Doris Varón Arango, les manifestó que la edificación tenía una inclinación que era conocida por todos los propietarios desde hacía varios años; les entregó copia de algunas actas de asamblea de copropietarios en las que se trató el tema de la inclinación y algunos estudios técnicos y conceptos en lo que se registró

que, para el año 2014, la inclinación superaba los 35 cm, aumentado 0.25 cm anualmente.

Resaltó que el vicio oculto era conocido por la vendedora demandada porque el tema se había tratado en varias ocasiones desde 2005, como en la asamblea de 23 de noviembre de 2015, en la que se aprobó el estudio de suelos por asentamiento y el pago de perforaciones que mantendrían estable el edificio, “pero por ningún motivo recuperaría su verticalidad” (p. 503, ib.). Pese a ello, ocultó la existencia de ese grave vicio “porque sabía que si este llegaba a ser conocido por la hoy compradora, seguramente no hubiera celebrado el negocio de compraventa” (ib.).

Señaló también que el Banco de Bogotá le compró el crédito a Bancolombia, habiéndose ordenado un avalúo de los inmuebles en el que tampoco se advirtió el vicio.

3. La señora Sánchez se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que denominó: (i) “la imperfección del inmueble no cumple con los requisitos para ser calificada como vicio redhibitorio”; (ii) “buena fe de la demandada y negligencia de la demandante”; (iii) “el defecto del inmueble es manifiesto o notorio a simple vista”; (iv) “la demandante alega su propia culpa a su favor”; (v) “el alegado vicio no es más que un desperfecto jurídicamente intrascendente que desagrada a la compradora”; (vi) “ausencia de pruebas sobre los supuestos de hecho relevantes de la demanda”; (vii) “el error del consentimiento alegado por la demandante proviene de su propia culpa”; (viii) “carácter reparable del defecto”; y (ix) “mala fe de la demandante”. (pp. 17 a 45, archivo 09, cdno. 1).

Igualmente, objetó el juramento estimatorio (p. 43, ib.).

4. En audiencia de 8 de abril de 2019 se ordenó vincular al Fondo de Empleados de IBM Colombia y al Banco de Bogotá, en su condición de acreedores hipotecarios de los inmuebles (p. 479, archivo 09, cdno. 1). El primero informó que la demandante se encuentra a paz y salvo por todo concepto (p. 594, ib.). El segundo guardó silencio (p. 674, ib.).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez negó todas las pretensiones y halló probada la primera de las excepciones propuestas.

En relación con las súplicas principales, consideró que el contrato de compraventa era válido y que no hubo incumplimiento de la vendedora - ni daño a la compradora - que permita su resolución.

Respecto de la nulidad absoluta solicitada en forma subsidiaria, afirmó que no fue probada, ni existía causa u objeto ilícitos, ni se reprochó que el negocio fue celebrado por personas absolutamente incapaces. Resaltó que el fundamento de la invalidez alegada fue un supuesto vicio del consentimiento provocado por un error en la cosa, que propiamente constituiría una nulidad relativa, la cual, en todo caso, no se demostró.

En cuanto a la segunda pretensión subsidiaria y, en general, sobre los vicios ocultos o redhibitorios de la cosa, relacionados con la fuerte inclinación del edificio que no ha permitido su disfrute, señaló que aquellos deben ser de tal magnitud que se consideren graves. Por tanto, si no afectan el uso natural de la cosa – como los que tienen que ver con la falta de calidades – no habilitan la resolución del contrato o la rebaja del precio.

Tras analizar las declaraciones de todos los testigos, concluyó que el desnivel denunciado por la demandante no es un vicio oculto, en tanto fue conocido por ella, según sus propias manifestaciones, “cuando admitió sin ambages que en la etapa de negociaciones fue dos veces al inmueble”, a pesar de haber expresado que no notó el defecto “porque no se siente a simple vista”, pues “que no lo haya notado a simple vista contradice la evidencia probatoria, particularmente lo manifestado en el hecho 14 de la demanda, porque si en este hecho se afirmó que ‘desde que el joven matrimonio Amaya Ruiz ingresó electrodomésticos al apartamento comprado a Gilma Sánchez Cala el 23 de marzo de 2016, notaron el desnivel en el piso’, entonces, cabe formular el siguiente interrogante ¿por qué no lo notó a simple vista en las dos oportunidades que visitó el apartamento junto con su esposo y los padres de ambos? No aparece coherente, entonces, que después de firmada la

escritura pública de 4 de marzo de 2016 sí notaron el desnivel, pero antes de su firma no. Máxime que lo visitaron por lo menos dos veces antes de esa firma con su esposo y los padres de ambos, sin que nadie advirtiera del desnivel” (audiencia, min. 48:28).

Agregó que no se probó que la inclinación era imperceptible a simple vista, y que si el desnivel es un problema de toda la edificación, las reglas de la experiencia enseñan que advertida en el apartamento, se observaría en el resto de la edificación.

En cuanto a las declaraciones de los señores María Salazar y Víctor Arboleda, quienes afirmaron que no detectaron la inclinación al comprar su inmueble, precisó que no era comparable su situación con la de la demandante, dado que aquellos ingresaron al inmueble con una diferencia de más de 10 años en relación con la señora Ruiz; con todo, los testigos reconocieron que no tuvieron ni han tenido problemas para ocupar el inmueble.

En cuanto a los dictámenes periciales, adujo que el objeto de la experticia requerida por Bancolombia tenía como propósito establecer el valor comercial de los bienes a partir de su comparación con inmuebles semejantes, sin que se pueda suponer que debía referirse al desnivel. En igual sentido, consideró que las peritaciones elaboradas por Juan Camilo Pachón y Luis Fernando Orozco no son útiles para estructurar el vicio, como fue presentado en la demanda.

Finalmente, coligió que el defecto de inclinación del edificio no impedía el uso natural del inmueble, como tampoco lo reducía al punto de presumir que, de haberlo conocido, la compradora demandante no lo habría adquirido o lo habría hecho por un menor precio, tras lo cual reiteró que la compra se efectuó con pleno conocimiento, puesto que ella admitió haberlo visitado previamente.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La demandante pidió revocar la sentencia y, en su lugar, declarar la pretensión subsidiaria relativa a la rebaja proporcional del precio por los vicios ocultos presentes en la cosa, con la consecuente condena al pago de perjuicios.

Reiteró que al tiempo de la venta existía el vicio consistente en “el desnivel del edificio del cual hacen parte [los inmuebles]” (p. 4, archivo 05, cdno. Tribunal), que no era perceptible a simple vista y fue ocultado y conocido por la vendedora. Sólo después de suscrito el contrato de compraventa, pudo ser advertido por la compradora.

Reprochó que el juez partió de una premisa falsa consistente en que conocía el defecto desde antes de celebrar la compraventa, por el hecho de haber ingresado al bien con anterioridad – o que debió conocerlo por tratarse de un vicio presente en toda la edificación -, sin tener en cuenta el deber de información a cargo de la vendedora. Además, la importancia del vicio no se puede reducir porque otros residentes hubieren resistido la inclinación.

Resaltó que no se podía afirmar que los peritos evaluadores dejaron de considerar el estado de la edificación para fijar su valor, pues se trata de “una apreciación carente de sustento fáctico y de razonamiento lógico” (p. 5, ib.).

Finalmente, sostuvo que la sentencia desconoció que no existía prueba en contrario de que el defecto no fue percibido a simple vista; antes bien, se probó que sólo tuvo conciencia del vicio el 23 de marzo de 2016, después de celebrar la compraventa.

CONSIDERACIONES

1. Es necesario precisar, en forma preliminar, que la competencia de la Sala se circunscribe –exclusivamente– a examinar la decisión del juez relativa a las pretensiones “segundas subsidiarias” (relacionadas con la rebaja del precio de la compraventa, por los vicios ocultos de la cosa

vendida), por cuanto la señora Ruiz, como única apelante, sólo disputó esa parcela del fallo (C.G.P., arts. 320 y 328).

2. Con esta frontera es útil recordar que la demandante alegó como vicio redhibitorio la inclinación del edificio que afectó el apartamento adquirido a la señora Sánchez, cuya gravedad fundamentó en la imposibilidad de “disfrutar de los inmuebles comprados en la forma esperada” (p. 504, archivo 08, cdno. 1), agregando que el vicio era previo a la compraventa, que no era notorio a simple vista y que era conocido por su vendedora.

Pues bien. Es asunto averiguado que el vendedor está obligado a amparar a su comprador contra los vicios jurídicos o materiales que puedan afectar el ejercicio de su propiedad o posesión, o le impidan –o disminuyan- sensiblemente el uso natural de la cosa (C.C., art. 1880 y 1893). Para el primer caso fue prevista la acción de saneamiento por evicción y para la segunda la de saneamiento por vicios redhibitorios, en virtud de la cual el comprador puede pedir la resolución de la venta o la disminución proporcional del precio pagado (art. 1914, ib.), “según mejor le pareciere” (CC, art. 1917), a condición de que el vicio cumpla las siguientes calidades “1.) Haber existido al tiempo de la venta. 2.) Ser tales, que por ellos la cosa vendida no sirva para su uso natural, o sólo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio. 3.) No haberlos manifestado el vendedor, y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte, o tales que el comprador no haya podido fácilmente conocerlos en razón de su profesión u oficio” (art. 1915, ib.).

Sobre los requisitos para ejercitar dicha acción y los vicios redhibitorios, la Corte Suprema de Justicia, de antaño, ha puntualizado que:

“El ejercicio de las acciones redhibitoria o estimatoria está subordinado, entre otros requisitos, al de **que la cosa vendida ofrezca un defecto que impida totalmente su uso natural, o que reduzca este uso a tal extremo que permita presumir lógicamente que, conociendo el comprador dicho vicio, no habría comprado esa cosa o la habría comprado por un precio menor.** Lo cual significa que el vicio redhibitorio no consiste en imperfecciones o defectos que incomoden o desagraden al comprador, ni en factores extraños al uso natural de la

cosa vendida. El vicio no ha de ser, pues, leve, sino grave, por estorbar todo el uso ordinario del bien enajenado o por reducirlo en forma considerable.

(...)

De este modo, los defectos que, por su naturaleza o su insignificancia, no alcanzan a efectuar apreciablemente el uso natural de la cosa, no pueden reputarse como vicios redhibitorios con eficacia suficiente para determinar la resolución del contrato o la rebaja del precio. De lo contrario, se introduciría un factor de inseguridad jurídica en los negocios traslativos de dominio.

Fuera del carácter grave, **el vicio redhibitorio debe también llenar el requisito de ser oculto para el comprador**. Es decir, que éste debe ignorarlo. El vicio tiene esta calidad de oculto para el comprador **cuando el vendedor no se lo ha dado a conocer y cuando además es tal que el propio comprador no haya podido ignorarlo sin culpa grave de su parte** o haya podido conocerlo fácilmente en razón de su profesión u oficio. No es por tanto vicio oculto o redhibitorio el denunciado por el vendedor ni el que ha podido ser conocido o descubierto fácilmente o sin mucho esfuerzo por el comprador.”¹ (se resalta y subraya)

Ahora bien, tratándose de la acción para la rebaja del precio, no es menester reparar en la gravedad del vicio, de tal suerte que impida el uso natural de la cosa o sólo la permita de manera imperfecta, porque el artículo 1925 del Código Civil expresamente señala que, “si los vicios ocultos no son de la importancia que se expresa en el numeral 2º del artículo 1915, no tendrá derecho el comprador para la rescisión de la venta, sino sólo para la rebaja del precio.” Luego, aunque en el proceso se probó que la inclinación del edificio no impedía habitar el apartamento y utilizar el parqueadero, esa circunstancia únicamente frustraba la resolución del contrato. Pero como la demandante, en esta sede, ha pedido que el Tribunal sólo se ocupe de sus segundas pretensiones subsidiarias, es innecesario detenerse en esa segunda exigencia porque, se insiste, la llamada acción estimatoria únicamente reclama la prueba de la existencia del vicio al tiempo de la venta, el silencio del vendedor que, conociéndolo, se abstuvo de informarlo a su comprador, y la ignorancia de éste, en la que no se podrá amparar si, dada

¹ G.J. CXXIX No. 2306, 2307 y 2308, pp. 10 a 20. Sentencia de 25 de marzo de 1969 M.A.G.O. Exp. 110013103025201600732 02

la magnitud del defecto, no ha podido pasar inadvertido “sin negligencia grave de su parte”, o, por los rasgos del vicio, en atención a su profesión u oficio.

En este pleito se probó que el vicio existía al tiempo de la venta (4 de marzo de 2016). Ambas partes admiten que el Edificio Era 2000 presentaba una inclinación que obviamente incidía en el apartamento 304 y el garaje No. 83, y el hecho lo respaldan las actas de asamblea de la copropiedad y las comunicaciones de expertos que dan cuenta del seguimiento que se le hacía a la edificación desde años anteriores. También se demostró que la señora Sánchez conocía el defecto y que lo calló a su compradora. Tampoco lo hizo su hija, quien gestionó la negociación. Al respecto manifestó la primera: “que hablaran específicamente de si estaba inclinado o no el edificio, entiendo que no fue tema” (audiencia, min. 31:12); la segunda, Diana Milena Doria Sánchez, expresó que el día que se reunió con la demandante y su cónyuge para mostrarles el apartamento no mencionó la inclinación del edificio porque “era una característica evidente del edificio y también porque en ningún momento consideramos que eso impidiera el uso para el cual fue comprado el inmueble, que era pues para habitar el inmueble, entonces, por eso no se mencionó nada acerca del tema” (audiencia, min. 1:46:22). Más aún, Andrés Mauricio Arboleda Velasco, quien también le mostró el apartamento a la compradora y su familia, refirió que no les hizo comentario sobre el tema porque no le preguntaron y tampoco lo consideró importante para la negociación (audiencia min. 44:25).

Pero la acción de rebaja del precio no puede prosperar porque la señora Ruiz bien pudo conocer el vicio, si se considera que, antes de la venta, acudió en más de una ocasión al inmueble sin reparar en la inclinación, la cual era de tal magnitud que se percibía al “caminar” dentro del apartamento. Así se confesó en la demanda, en la que se refirió que su esposo Nicolás Amaya advirtió la inclinación el 23 de marzo “al caminar dentro del inmueble” y sentir “un fuerte mareo” (p. 502, archivo 08, cdno. 1), por lo que no es explicable que esa misma advertencia no se presentara en las ocasiones en que estuvo en el bien con anterioridad a la compra. Incluso, las partes admiten que el defecto podía notarse “en las puertas internas de los closets, las de las habitaciones y hasta la principal” (p. 503, ib.). El propio perito Juan Camilo Pachón, cuyo concepto aportó la demandante, sostuvo –en septiembre de

2016– que la edificación tenía una “fuerte inclinación”, “un desplome bastante pronunciado” (pp. 401 y 403, ib.), por lo que es necesario concluir que la compradora no podía –sin negligencia grave de su parte– ignorar tamaño defecto.

En síntesis, el defecto que tenía el edificio era perceptible desde la etapa de negociación del apartamento, pues es imposible ocultar una inclinación de casi 50 cm (p. 401, ib.) que, como se anticipó, era apreciable, incluso, al caminar dentro de él.

En este punto es útil recordar que “tanto el comprador como el vendedor están equiparados en el conocimiento de los vicios ocultos de la cosa, pues el artículo 1915 se refiere al comprador y el 1918 se refiere al vendedor; ambos deben examinarlo para saber si está en buenas condiciones y puede ser objeto de la compraventa pretendida: ninguno puede reclamar si incurre en negligencia grave al respecto (...)”².

A lo dicho se agrega que por tratarse de un apartamento sometido al régimen de propiedad horizontal, es de esperarse que toda persona razonable interesada en la adquisición de una de las unidades privadas, previamente a la compra consulte con el administrador (a) las cuestiones que le son propias, como la situación financiera, el estado de pago de las cuotas de administración, las condiciones de las zonas comunes esenciales y no esenciales, entre otros aspectos. Y en este caso la demandante no obró de esa manera, o por lo menos no demostró que lo hubiere hecho, por lo que no puede escudarse en la ausencia de buena fe de su vendedora, que ciertamente fue omisiva, para reclamar que se le rebaje el precio de la compra.

Pero sea lo que fuere, la Sala tampoco puede perder de vista que en el proceso no existe prueba de que la venta se hubiere hecho por un mayor valor del que tenía en el mercado, si se considera que el precio fue de \$370 000 000 (p. 34, ib.) y que, según los avalúos practicados por los peritos José Nicolás Vargas y Nancy Becerra Rodríguez, a propósito del trámite del préstamo que le otorgaron Bancolombia y el Banco de Bogotá, el valor del

² G.J. LXXX, pp. 451 y 452. Sentencia de 23 de junio de 1955
M.A.G.O. Exp. 110013103025201600732 02

apartamento y del garaje, en conjunto, alcanzó la suma de \$405 380 000 para el 22 de febrero de 2016 (p. 24, ib.), y de \$399 090 000 para el 26 de mayo siguiente (p. 366, ib.), respectivamente.

De otro lado, es importante señalar que el avalúo aportado por la señora Ruiz adolece de un grave error al dictaminar que las perspectivas de valorización estaban limitadas, “dadas las condiciones del asentamiento anormal del edificio que produjo una fuerte inclinación”, lo que daba lugar a que “la valorización de estos inmuebles se reduce a la valorización del terreno donde se encuentra construido el edificio” (pp. 401 y 402, ib.), puesto que el dictamen aportado con la contestación de la demanda es claro al precisar: “de ninguna manera se puede afirmar que el asentamiento que presenta el edificio afecta en un modo tan grave el valor de los apartamentos para reducirlo en esos términos” (p. 14, archivo 09, cdno. 1).

Igualmente, este último perito dejó claro, en audiencia de 8 de febrero de 2021, que el valor actual de la edificación y los apartamentos es el “total comercial”, en tanto que no persisten los problemas de inclinación e inestabilidad (min. 50:43).

3. Puestas de este modo las cosas, se confirmará la sentencia impugnada. La parte recurrente pagará las costas de la segunda instancia.

DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia de 28 de julio de 2021, proferida por el Juzgado 25 Civil del Circuito de la ciudad dentro de este proceso.

Costas del recurso a cargo de la parte apelante. Liquídense.

NOTIFIQUESE



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ

MAGISTRADO



RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Magistrado

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación:

77fcf45889af90c4e6997daf5cedd7fea63798a72b33a412285fca0728078e9

7

Documento generado en 10/12/2021 12:09:48 PM

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

R.I. 15001

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

RAD. 110013103040201800378-01

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021).

**REF. PROCESO VERBAL DE INVERSIONES GUTIÉRREZ GARCÍA
Y CIA. CONTRA COMUNICACIÓN CELULAR S.A. -COMCEL S.A.-**

Magistrado Ponente. **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ**

Discutido y aprobado en Sala del 2 de noviembre de 2021.
Acta No. 30.

ASUNTO

Discutido y aprobado en Sala del 2 de noviembre de 2021. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambos extremos procesales contra la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

1) PETITUM:

La sociedad Inversiones Gutiérrez García y CIA., por intermedio de apoderado judicial, solicitó que, previo el trámite del proceso verbal, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“1.1.- Declarar que el contrato suscrito por las partes el 4 de noviembre de 2004, objeto de este asunto, reúne los elementos esenciales de un contrato típico de agencia comercial.

1.2.- Declarar que Comcel S.A., en uso de su posición de dominio contractual, impuso a la demandante las disposiciones leoninas, de elusión, minimización y exclusión en perjuicio de la demandante respecto a las consecuencias económicas normativas propias del contrato de agencia comercial, contenidas en las cláusulas 4. - 5.1 - 5.3 - 15 - 17.2, inciso 2º, - 17.4 -17.5 - 30, incisos 2º y 3º - Anexo A, numeral 6 - Anexo C, numeral 5 - Anexo F, numeral 4º - y apartes de “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas”, de dicha convención.

1.3.- Declarar, en consecuencia, principalmente la inoperancia, o en subsidio su ineficacia, o subsidiariamente de esta la nulidad de las anteriores disposiciones y cláusulas contractuales.

Como tercera pretensión subsidiaria, pidió que, en caso de no prosperar las anteriores declaraciones, se declare que el numeral 6º del Anexo A del contrato en mención tenía por efecto consecuencias antinómicas, por cuanto, por una parte, se dijo que unos ingresos se imputarían al pago de la remuneración contractual, por la otra, se pactó que el 20% de los dineros que Comcel S.A., pagaría a la demandante sería por concepto de pago anticipado de toda indemnización, prestación o bonificación que se causara con la terminación del contrato, lo cual debe resolverse a favor de la demandante, declarando que realmente no se hizo pago anticipado alguno.

1.4.- Declarar que toda estipulación anterior a la terminación del contrato en cuestión que implique renuncia de la prestación mercantil es ineficaz.

1.5.- Declarar que la demandante tiene derecho a que la demandada le pague la indemnización por prestación mercantil, a que alude el inciso 1º del artículo 1324 del C. Co., teniendo en cuenta las comisiones pagadas y que debieron pagarse por parte de Comcel S.A., durante los últimos 3 años, acreencia que se

causó e hizo exigible al momento de la terminación del contrato referido.

- Declarar que se deben incluir en el cálculo de dicha indemnización los márgenes de utilidad -descuentos- que la demandante obtuvo con la promoción y explotación del negocio de Comcel S.A., relacionado con los planes prepago -kits prepago, sim cards y recargas-.

1.6.- Condenar a Comcel S.A., a pagarle a la demandante por tal concepto \$4.787'459.838, junto con los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal causados desde el 5 de enero de 2018. Subsidiariamente, pidió se reconozcan los intereses moratorios desde que se notificó a la demandada de la existencia del proceso.

1.7.- Declarar que COMCEL (...) rechazó la factura que la DEMANDANTE le envió al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por concepto de la prestación mercantil (sic)", aludida.

- Declarar que Comcel S.A., a partir del año 2007, instruyó a la demandante a realizar dos facturas el 80% por comisiones, y el 20% restante por pagos anticipados de prestaciones, bonificaciones e indemnizaciones, condicionando el pago de las mismas a ello.

- Declarar que la división en la facturación no significó un 20% en la remuneración adicional a la que venía recibiendo la demandante.

- Declarar que Comcel contabilizó en la subcuenta \$233.520 que corresponde a "pasivos/cuentas por pagar/costos y gastos por pagar/comisiones", el 100% de las facturas que la demandante le emitió, incluidos los pagos anticipados por prestaciones, bonificaciones e indemnizaciones.

- Declarar que Comcel S.A., al momento de cancelar las facturas, pagó el IVA y realizó la retención en la fuente del 11%.

- Declarar que la prestación mercantil contenida en el artículo 1324 del C. Co., no es generadora del IVA, por constituir otro ingreso tributario a la que debe aplicarse una retención del 2.5%.

- Declarar que “en los activos de Comcel no hay registro que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados hechos a favor de la demandante (...) por concepto de la prestación mercantil del inciso 1º del artículo 1324 C. Co.”. E igualmente se declare que “en los pasivos de la demandante no hay registro que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados recibidos por parte de Comcel por concepto de la prestación mercantil del inciso 1º del artículo 1324 C. Co.”.

- Declarar que durante la ejecución del contrato aducido Comcel nunca le pagó a la demandante de manera anticipada la prestación económica reclamada.

1.8.- Por lo que se refiere a la comisión residual, solicitó declarar que Comcel estableció de manera unilateral que esta se causaría a partir del tercer mes de cada activación; que la exclusión de los 3 primeros meses no se traduce en reducción de las obligaciones a cargo de la demandante ni reducción correlativa de gastos operacionales; que, al haber actuado de ese modo, Comcel incumplió lo pactado; en subsidio de esta última, pidió que se declare que esta conducta constituye abuso del derecho por su posición dominante.

1.9.- En lo que atañe a la comisión por legalización de kits prepago, solicitó que se declare que hasta el 6 de junio de 2016 Comcel S.A., le pagó a la demandante por este concepto \$12.500; que a partir del día siguiente reconoció una comisión equivalente al 30% de las cargas de tiempo al aire, lo que produjo una disminución en los ingresos de la reclamante, con lo que incumplió el contrato; en caso de que ésta última no prospere, solicitó se declare que esta conducta constituye abuso del derecho por su posición dominante.

Del mismo modo, se declare que Comcel S.A., incumplió el contrato al no haber incrementado el valor nominal de la comisión por legalización de kits prepago, de acuerdo al IPC; y en caso de que ello no prospere, solicitó se declare que esta conducta constituye abuso del derecho por su posición dominante.

1.10.- En cuanto a las comisiones por permanencia y buena fe de planes prepago y pospago, se declare que Comcel S.A., eliminó las comisiones de permanencia y buena venta a que tenía derecho la demandante, lo que trajo una disminución en sus ingresos, incumpliendo con sus obligaciones contractuales; en caso de que ello no prospere, solicito se declare que esta conducta constituye abuso del derecho por su posición dominante.

1.11.- Con relación a los centros de pagos y servicios, se declare que desde la suscripción del contrato Comcel S.A., mantuvo el mismo valor nominal de la comisión por transacción recaudo en CPS; que, con apego a la Circular No. 2017-GSDIo1-S345350 del 26 de diciembre de 2017, Comcel S.A., de manera unilateral implementó a partir del 1º de enero de 2018 un esquema de reducción en las tarifas por transacción de recaudo, sin que se redujeran las obligaciones a cargo de la demandante ni sus gastos operacionales; que en atención a que Comcel S.A., obligó a la demandante a pagar costos mensuales de las transportadoras de valores y al haberse mantenido en el mismo valor nominal la comisión por transacción de recaudo, la demandada incumplió el pactado en el suscitado contrato, en caso de que esta última no prospere, solicito se declare que esta conducta constituye abuso del derecho por su posición dominante.

1.12.- En lo tocante con la remuneración a la demandante por la promoción y comercialización de sim cards prepago, se declare que por cada sim card que activó la demandante tenía derecho a que la demandada le reconociera \$2.800 por cada una de las primeras 6 recargas de tiempo al aire que el suscriptor realizara dentro de los 120 días siguientes al momento de su activación para un total de \$16.800; que Comcel S.A., modificó las condiciones de liquidación y pago de las comisiones por comercialización de sim cards prepago; que de manera unilateral la demandada redujo el margen remuneratorio que la demandante obtuvo por su gestión; que tal variación significó pérdida de ingresos para la reclamante; que por tales motivos, la pasiva incumplió el mencionado contrato, en caso de que esta

última no prospere, solicitó se declare que esta conducta constituye abuso del derecho por su posición dominante. Por último, se declare que Comcel S.A., no liquidó ni pago a la demandante las comisiones por promoción y comercialización de sim cards prepago durante los últimos 5 años de ejecución del contrato.

1.13.- Declarar que la demandante preavisó a la demandada de la terminación del contrato por justa causa a partir del 4 de enero de 2018; que, como consecuencia de lo anterior, Comcel S.A., debe pagar a Inversiones Gutiérrez García y Cía. S. en C., la indemnización contemplada en el inciso 2º del artículo 1324 del C. Co., así como los daños antijurídicos sufridos por incumplimientos contractuales y abusos del derecho, según lo preceptuado en los artículos 830 y 870 del C. Co.

1.14.- Declarar que en las “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por las partes, no se incorporaron acuerdos conciliatorios conforme la Ley 640 de 2001, ni contratos transaccionales; que se declare que dichas actas corresponden a conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del contrato aducido; que Comcel S.A., con el ánimo de evadir las consecuencias de un contrato de agencia comercial, buscó dar efectos de transacción a documentos cuyo objeto era conciliar cuentas para establecer paz y salvos; que en caso de que se considere que tales documentos son negocios de transacción, subsidiariamente, se declare que tales transacciones se restringieron a controversias por el pago de comisiones; que no valen ni la renuncia ni las transacciones hechas sobre la prestación mercantil, por haberse celebrado con antelación al momento en que tal prestación nació.

Como consecuencia de la prosperidad de las anteriores aspiraciones procesales, solicitó se realicen las siguientes condenas:

1.15.- \$617'629.758 por indemnización equitativa y especial regulada en el inciso 2º de artículo 1324 del C. Co., a favor de la demandante.

A título de lucro cesante consolidado se condene a la demandada a pagar a la demandante las siguientes sumas:

- \$225'365.775 que la demandante facturó a la demandada al momento de la terminación del contrato y durante la vigencia del último año de la relación mercantil.*
- \$339'600.466 por comisión residual que la demandante dejó de percibir durante los últimos 5 años de ejecución del contrato.*
- \$3.256'575.049 por comisión de legalización de kits de prepago y la comisión de recaudo en CPS que la demandante dejó de percibir durante los últimos 5 años de ejecución del contrato, si Comcel S.A., hubiera incrementado su valor nominal año tras año según el IPC.*
- \$488'832.924 por comisión de permanencia en planes pospago que la demandante dejó de percibir durante los últimos 5 años de ejecución del contrato, como consecuencia de la eliminación hecha por la demandada.*
- \$135'127.172 por diferencia entre el monto recibido por la demandante y lo que debió recibir por concepto de por comisión de legalización de kits prepago.*
- \$290'000.000 por ingresos que la demandante dejó de percibir durante los últimos 5 años de ejecución del contrato, a causa de los cambios en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones causadas por la comercialización de sim cards prepago.*
- \$55'000.000 por concepto de utilidad que la demandante dejó de percibir durante los últimos 5 años de ejecución del contrato, como consecuencia de la reducción en el margen remuneratorio de las sim cards prepago.*
- \$152'000.000 por concepto de la remuneración contemplada en el artículo 1322 del C. Co.*
- \$184'000.000 por comisión residual calculada sobre los consumos posteriores a la terminación del contrato que han hecho los clientes que han permanecido vinculados a Comcel S.A., en planes pospago que la demandante promovió estando vigente el negocio.*

- \$2.760'321.427 por las comisiones y utilidades que la demandante pudo haber percibido si el contrato se hubiera ejecutado hasta el día en que vencían las pólizas que Comcel S.A., exigió a la reclamante, en subsidio pidió que se reconociera por tal concepto la suma que se demostrara hasta el 4 de noviembre de 2018, cuando terminaba su vigencia anual.

A título de daño emergente se reconozca con cargo a la demandada y a favor de la demandante los siguientes montos:

- \$946'000.000 por la cesación de los ingresos operacionales de la empresa demandante, que corresponde a la 1/6 del promedio anual de los flujos recibidos

- \$659'474.224 por el dinero que Comcel S.A., le descontó a la demandante por transportadoras de valores. En subsidio, se reconozca, como compensación por enriquecimiento sin causa.

- \$49'532.130 por las liquidaciones e indemnizaciones laborales que la demandante pagó como consecuencia de la terminación del contrato en comento.

- \$110'000.000 por los pagos que la demandante tuvo que realizar a terceros como consecuencia de la terminación de los contratos de arrendamiento de los locales comerciales donde funcionaban los establecimientos mediante los que ésta ejecutaba los contratos, y que se causó por la finalización del pacto objeto de este proceso.

- Condenar a Comcel S.A., a pagar a la demandante \$837'807.198 por intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal, causados sobre las sumas que resulten de las pretensiones anteriores, calculadas desde que la demandada se notificó de la admisión de la demanda.

Como derecho de retención y pretensiones finales solicitó:

1.16.- Declarar que conforme lo preceptuado en el artículo 1326 del C. Co., la demandante tiene derecho de retención y privilegio sobre los bienes y valores de Comcel S.A., que se hallaban en su poder al momento de la terminación del contrato, por así autorizarlo la ley; que el derecho de retención persiste hasta tanto Comcel S.A., demuestre haber pagado a la demandante la

prestación mercantil; que se ordene a Comcel S.A., “que, a contra entrega de los bienes y valores retenidos por la demandante, levante y cancele la HIPOTECA”; que se ordene a la demandada “la destrucción de todo título valor suscrito por la demandante y/o por sus socios y/o administradores”, que respaldaban el cumplimiento del contrato en cuestión.

1.17.- Que se condene a Comcel en costas del proceso.”¹

2). CAUSA:

Los fundamentos de hecho en que se soportaron las pretensiones admiten el siguiente compendio:

1.- Las partes suscribieron un contrato el 4 de noviembre de 2004, en la proforma utilizada por la sociedad demandada, en el cual se estableció como contraprestación principal por las actividades de comercialización, venta, promoción y mercado de los productos y servicio de Comcel S.A., el pago efectivo de una remuneración consistente en comisiones. Relación contractual que perduró de manera estable hasta el 04 de enero de 2018.

2.- En desarrollo del negocio recibió bonificaciones e incentivos que constituyeron parte de la remuneración ordinaria. Además, debía mantener exclusividad con Comcel S.A., diligenciando, por cuenta de aquél, las solicitudes de activación para vincular a sus clientes bajo sus directrices e instrucción y con la papelería que le era suministrada. Recibía los dineros provenientes de los abonados, sumas que debía consignar en las cuentas del demandado.

3.- La demandante desarrolló la actividad mercantil como empresario independiente, con su propia estructura y organización administrativa, siguiendo los lineamientos establecidos en los contratos. A través de sus establecimientos de comercio,

¹ Folios 1 a 6, archivo: 52FalloAgenciaComercial, 01CuadernoPrincipal.

promocionaba los servicios y productos de Comcel S.A. para cumplir con sus obligaciones de mercadeo y comercialización, promovió permanentemente la venta del servicio de telefonía móvil de Comcel, concluyendo negocios en serie y sucesivos y manteniendo permanencia en sus relaciones con Comcel S.A., y la fidelidad de sus clientes.

La labor consistió en el desarrollo de contratos, preparación de negocios, vinculación de clientes. Los convenios eran celebrados entre el usuario y Comcel S.A., razón por la cual eran remitidos al demandado documentos elaborados por este último.

4.- Suscribió contratos de arrendamiento con terceros, celebró directamente y por su cuenta vínculos laborales y abrió establecimientos de comercio bajo su nombre comercial y con la previa autorización de la demandada.

5.- Mediante otrosí al contrato del 24 de octubre de 2006, las partes acordaron como actividad adicional el recaudo a través de Centros de Pagos y Servicios CP; así pues, reconocía una comisión por recaudos de facturas de usuarios y una bonificación por la calidad del servicio.

Comcel S.A., como predisponente del contrato, denominó la relación como un contrato atípico de distribución, excluyendo la agencia comercial como calificación del negocio e impuso, por virtud de su posición de dominio contractual, unas cláusulas que son abusivas por ir en contra de los derechos económicos de la demandante y tener por objeto la elusión, minimización y renuncia en perjuicio de la demandante y de las consecuencias patrimoniales a que tenía derecho.

6.- Resaltó que a partir del 1º de marzo de 2007, por orden de Comcel S.A., empezaron a regir los planes de comisiones, anticipos, bonificaciones y descuentos, lo que ocasionó que de allí en adelante

se realizaran dos facturas una por el 80% y la otra por el 20% de las comisiones debidas y causadas, porcentaje este último que correspondía a pagos anticipados.

Sin embargo, sostuvo que esos pagos no pueden tenerse en cuenta como anticipos de indemnizaciones, prestaciones y bonificaciones porque, a partir de los libros contables de Comcel S.A., se puede deducir que todo el dinero que pagó a la demandante se hizo a título de comisiones y no por anticipos como pago imputable a la cesantía mercantil, lo cual se corrobora con la causación de IVA y RETEFUENTE que por tales emolumentos tuvo que pagar la demandada y que corresponden a pagos típicos de comisiones.

7.- Durante la vigencia del contrato la demandada de manera unilateral efectuó cambios, modificaciones, reducciones y/o eliminaciones de algunas comisiones inicialmente pactadas, lo que redujo de manera considerable sus ingresos, generándole perjuicios.

8.- El 20 de diciembre de 2017 la demandante presentó a la demandada aviso de terminación del contrato por justa causa atribuible a esta última, con ocasión a múltiples incumplimientos del contrato, falta de pago y modificaciones en la liquidación y pago de algunas de las comisiones, terminación que tendría efectos a partir del 4 de enero de 2018.

9.- El 18 de enero de 2018 la demandante le envió a Comcel S.A., una comunicación junto a una factura contentiva de los valores correspondientes a comisiones causados durante la última etapa contractual, la cual fue rechazada por aquélla.

10.- Por tal razón, consideró que Comcel S.A. debe reconocer y pagar la indemnización en equidad consagrada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, pues, después de la terminación del contrato, los clientes que afilió la demandante continuaron vinculados a Comcel S.A.; no obstante, la demandada dejó de cancelar

la comisión por residual a la cual tenía derecho como mínimo hasta la última renovación del contrato que se vencía el 4 de noviembre de 2018.

3). *ACTUACION PROCESAL:*

El litigio así planteado se admitió el 1 de agosto de 2018, y su reforma el 23 de abril de 2019, ordenando el enteramiento a la demandada, quien puesta a juicio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de mérito que denominó: *“Prescripción de todas las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia comercial”; “El contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG terminó anticipada y unilateralmente desde el día 4 de enero de 2018 tal como se pactó en su cláusula quinta”; “Inexistencia de una justa causa de terminación del contrato de distribución que pueda o deba ser imputable a COMCEL S.A.”; “Transacción y cosa juzgada de la totalidad de las diferencias surgidas entre IGG y COMCEL S.A.”; “Ausencia de los presupuestos para la declaratoria de algunas de las cláusulas del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG.”*

“La voluntad de COMCEL y de IGG siempre fue la de celebrar un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial, el cual fue excluido expresamente por ellos en el texto contractual”; “Comcel celebró y ejecutó con IGG -de buena fe- un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial”; “Inexistencia de un contrato de agencia comercial de hecho por ausencia de sus elementos”; “Fuerza vinculante del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG”;

“El contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG deberá ser interpretado de acuerdo con la aplicación práctica que de sus cláusulas hicieron los contratantes durante más de catorce (14) años”; “Inaplicabilidad del artículo 1624 del Código Civil para la interpretación del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y

(Sic) IGG por ausencia de cláusulas ambiguas”; “Todas y cada una de las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción que fueron suscritas entre COMCEL y (Sic) IGG durante la ejecución contractual adquirieron fuerza de cosa juzgada”.

“Validez y oportunidad de todas y cada una de las Actas de Conciliación, Transacción y Compensación celebradas por IGG y COMCEL durante la ejecución contractual”; “Renuncia voluntaria de IGG al cobro de las prestaciones propias de la agencia comercial”; “Cumplimiento estricto y de buena fe de la totalidad de las obligaciones a cargo de COMCEL derivadas del contrato de distribución que celebró con IGG”; “Pago”; “IGG contraviene sus propios actos”; “Compensación”; “Las condiciones de venta y remuneración de IGG fueron previa y claramente fijadas por los contratantes en el “Anexo A” del contrato de distribución”; “Imposibilidad del cobro de intereses moratorios desde la terminación del contrato de distribución”; e “Inexistencia de violación de normas de carácter imperativo por parte de COMCEL.”²

Agotado el trámite, la juez de instancia profirió sentencia declarando no probadas las primeras excepciones de mérito; sin embargo, declaró probadas parcialmente las segundas excepciones, y las terceras las declaró probadas en su totalidad.

En consecuencia, decretó que, por virtud de lo normado en el artículo 1326 del Código de Comercio, la demandante está autorizada y facultada para retener los valores y bienes que tiene en su poder y que le pertenecen a la demandada para asegurar el pago de las sumas de dinero a las que fue condenada.³

Inconforme con lo así resuelto, las partes interpusieron recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo, situación por la que se encuentra el expediente ante esta Corporación.

² Archivo: 03ExpedienteEscaneado, folio 791 a 796.

³ Archivo: 52FalloAgenciaComercial, folio 50.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

A través de providencia del 13 de octubre de 2020, el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva denominadas “La voluntad de COMCEL y de IGG siempre fue la de celebrar un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial, el cual fue excluido expresamente por ellos en el texto contractual”; “Comcel celebró y ejecutó con IGG -de buena fe- un contrato de distribución y no un contrato de agencia comercial”; “Inexistencia de un contrato de agencia comercial de hecho por ausencia de sus elementos”; “Fuerza vinculante del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG”; “El contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG deberá ser interpretado de acuerdo con la aplicación práctica que de sus cláusulas hicieron los contratantes durante más de catorce (14) años”; “Inaplicabilidad del artículo 1624 del Código Civil para la interpretación del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG por ausencia de cláusulas ambiguas”; “Renuncia voluntaria de IGG al cobro de las prestaciones propias de la agencia comercial”; “Cumplimiento estricto y de buena fe de la totalidad de las obligaciones a cargo de COMCEL derivadas del contrato de distribución que celebró con IGG”; “Pago”; “Compensación”; y “Inexistencia de violación de normas de carácter imperativo por parte de COMCEL”.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS PARCIALMENTE las excepciones de “Prescripción de todas las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia comercial”, respecto de la prestaciones económicas reclamadas y causadas con antelación al 12 de julio de 2013; “IGG contraviene sus propios actos”; “Ausencia de los presupuestos para la declaratoria de algunas de las cláusulas del contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG”; “Transacción y cosa juzgada de la totalidad de las diferencias surgidas entre IGG y COMCEL S.A.”; “El

contrato de distribución celebrado entre COMCEL y (Sic) IGG terminó anticipada y unilateralmente desde el día 4 de enero de 2018 tal como se pactó en su cláusula quinta”; e “Inexistencia de una justa causa de terminación del contrato de distribución que pueda o deba ser imputable a COMCEL S.A.”.

TERCERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas “Todas y cada una de las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción que fueron suscritas entre COMCEL y (Sic) IGG durante la ejecución contractual adquirieron fuerza de cosa juzgada”; “Validez y oportunidad de todas y cada una de las Actas de Conciliación, Transacción y Compensación celebradas por IGG y COMCEL durante la ejecución contractual”; “Las condiciones de venta y remuneración de IGG fueron previa y claramente fijadas por los contratantes en el “Anexo A” del contrato de distribución” y “Imposibilidad del cobro de intereses moratorios desde la terminación del contrato de distribución”.

CUARTO: DECLARAR que las cláusulas 4ª; 15ª; 17.2, inciso 2º; 17.4; 30, inciso 3º; 5ª del Anexo C; y 6ª del Anexo A, del contrato suscrito entre las partes, así como las demás expresiones en las que se excluyó a la agencia comercial como calificación de la citada relación mercantil, o se mencionó que el negocio era típico de distribución, así como la renuncia a la cesantía comercial contemplada en el inciso 1º del artículo 1324 del C. Co., y los supuestos pagos anticipados para cubrir las prestaciones por cesantía comercial como por comisiones adeudadas, son estipulaciones antinómicas, leoninas, confusas y abusivas, y por ende son INEFICACES.

QUINTO: DECLARAR que entre Comcel S.A. e Inversiones Gutiérrez García Y Cía. S. en C. se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial, documentado en el instrumento suscrito el 4 de noviembre de 2004, el cual perduró sin solución de continuidad desde el 4 de noviembre de 2004 hasta el 4 de enero de 2018.

SEXTO: CONDENAR a la entidad demandada a pagar a la demandante, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria

de esta providencia, las sumas correspondientes a \$3.168'291.131, por valor de la cesantía comercial para la época en que finalizó el contrato, y \$225'365.775 por concepto de las comisiones adeudadas durante la última etapa del contrato, montos que deberán indexarse conforme al Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de emisión de esta decisión.

Ese valor causará intereses moratorios comerciales a la tasa máxima legal, a partir del vencimiento del término fijado al inicio de este ordinal.

SÉPTIMO: DECLARAR que, por virtud de lo normado en el artículo 1326 del Código de Comercio, la demandante está autorizada y facultada para retener los valores y bienes que tiene en su poder y que le pertenecen a la demandada para asegurar el pago de las sumas de dinero a las que fue condenada.

OCTAVO: NEGAR las demás pretensiones principales como subsidiarias contenidas en la demanda, conforme las reflexiones expuestas en la parte considerativa de este fallo.

NOVENO: CONDENAR en costas a la parte demandada en un 40%. Líquidense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$50'000.000.

Para llegar a la anterior determinación, puso de presente que se acreditó en el plenario que Inversiones Gutiérrez García y Cía. S. en C. adelantaba gestiones promocionales, publicitarias y de divulgación, para lo cual se valía de su capacidad física, materiales, recursos económicos propios (o con cargo al Plan CO-OP, en algunos eventos) y del personal de trabajo que contrataba, con el propósito de promover y explotar la línea de productos y servicios ofrecidos por Comcel S.A., en procura de conquistar el mercado atrayendo y vinculando clientes.

Señaló que “(...) las obligaciones que conforman el débito contractual del agente confirman el carácter de contrato de gestión de intereses ajenos con el que se le ha conocido, pues entre ellas están las de: suministrar la información relevante para el empresario en relación

con las características y condiciones del mercado en la zona asignada y «las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio» (art. 1321 C. Co.) como, por ejemplo, la solvencia de los clientes; someterse a las instrucciones razonables del productor; recibir los reclamos de clientes por defectos o vicios de calidad de los bienes o servicios prestados; llevar una contabilidad independiente de las operaciones de la agencia; abstenerse de realizar cualquier actividad vinculada a productos o servicios de semejante naturaleza a los promovidos que provengan de otro fabricante o competidor en el mercado. No son intereses propios, entonces, los que se gestionan (...)”

Agregó que quedó claro que las sumas de dinero que la demandante recibía de los clientes por venta de productos y servicios, eran consignadas en un término prudencial a las cuentas bancarias que la demandada le informara, es decir, esos montos de dinero no eran de la reclamante, ni podía disponer libremente de ellos, sino que debía ponerlos a disposición de su verdadero destinatario, este era, Comcel S.A. Igual sucedía con los recaudos por consumo en los Centros de Puntos y Servicios de la demandante, ya que debía remitir esos valores diariamente al sitio que le informara la demandada a través de una empresa transportadora designada por aquella, incluso tenía que asumir los costos que ese traslado ocasionaba tarea por la que únicamente devengaba comisiones porcentualmente por cada recaudo.

Precisó que del acervo probatorio se puede concluir que concurren algunos de los elementos propios de un contrato de distribución, corretaje o suministro; empero, es evidente la labor promocional y de explotación de los negocios del empresario, que no están presentes en aquéllos, lo cual impone la existencia de la agencia comercial.

Así las cosas, señaló que “se accederá al pago de las comisiones causadas y no pagadas durante el último periodo de la ejecución del

contrato y a la cesantía comercial, ha de decirse que como dichos montos fueron reconocidos por virtud de este litigio solo se hacen exigibles a partir de la ejecutoria de esta decisión. Por ende, tales sumas deberán ser actualizadas desde la época de terminación del contrato hasta la fecha en que se profiere esta sentencia y si no se cancelan dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, se generarán intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida por tratarse de una actividad comercial.

Finalmente, se autoriza a la demandante a retener los valores y bienes que tiene en su poder y que le pertenecen a la demandada para asegurar el pago de las sumas de dinero a las que será condenada, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1326 del Código de Comercio.”⁴

LA APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación las sociedades Inversiones Gutiérrez García y CIA. y Comcel S.A., la recurrieron, alegando en síntesis que:

- Inversiones Gutiérrez García y CIA:

Señaló que “la decisión de la Jueza de condenar por concepto de intereses moratorios únicamente a partir de la SENTENCIA y a condición de que COMCEL no pague la Cesantía Comercial en el plazo de diez (10) días que la propia Jueza le otorgó en dicha providencia, constituye una decisión que viola lo establecido en el Art. 1324 CCO: La Cesantía Comercial no nació ni se hizo exigible con la SENTENCIA; la Cesantía Comercial nació y se hizo exigible el 4 de enero de 2018, fecha en la cual terminó el contrato de Agencia Comercial celebrado entre las partes.”

Adujo que “la pregunta que surge es la siguiente: ¿Desde cuándo está COMCEL en mora de pagarle a la DEMANDANTE la

⁴ Archivo: 52FalloAgenciaComercial, folio 48.

Cesantía Comercial? En el presente caso, esta pregunta solamente tiene dos respuestas posibles, esto según la regla que el operador jurídico seleccione del Art. 1608 CC: (i) Regla del numeral 1º del Art. 1608 CC: COMCEL está en mora desde el 4 de enero de 2018 (fecha en que venció el término estipulado en el Art. 1324 CCO), o (ii) Regla del numeral 3º del Art. 1608 CC: COMCEL está en mora desde el 1º de octubre de 2018 (fecha en que se notificó personalmente del Auto Admisorio de la demanda)."

Alegó que la demandada estaba obligada "a reconocerle y pagarle a la DEMANDANTE la comisión por residual a partir de los ingresos que efectivamente recaudó y que provinieron de los planes pospago activados por la DEMANDANTE, incluidos, obviamente, aquellos que COMCEL obtuvo durante los tres primeros meses desde la activación de cada plan pospago gestionado por la DEMANDANTE. El no pago de estos últimos constituyó una violación de lo pactado en el Anexo A del contrato y, por ende, un incumplimiento contractual."

*Por lo tanto, imploró "condenar a COMCEL a pagarle a la DEMANDANTE la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO, para lo cual solicito tener en cuenta el Dictamen Pericial aportado por la DEMANDANTE, en el cual se establecieron una serie de criterios que permitirán tasar la indemnización especial del INC. 2 del ART. 1324 del C.CO en una cifra equivalente a todos los dineros sufragados por LA DEMANDANTE en labores de promoción y publicidad de la marca de COMCEL, las cuales ascienden a un valor, según el aludido Dictamen Pericial, de \$627.629.758 (Página 29 del Dictamen Pericial)."*⁵

- Comcel S.A:

Señaló que la juez de instancia desconoció la verdadera intención de los contratantes, al considerar, sin fundamento legal

⁵ Archivo: 58RecursoApelación, folio 12.

alguno, que *“el contrato que se celebró y ejecutó entre ellas era un contrato de agencia comercial y no el de distribución que ellas celebraron y ejecutaron, error este que la condujo a dejar de aplicar los artículos 4 del Código de Comercio y 1618 del Código Civil, que establecen que las estipulaciones de los contratos válidamente celebrados preferirán a las normas supletivas y a las costumbres mercantiles; y que, conocida claramente la intención de los contratantes, deberá estarse más a ella que a lo literal de las palabras.”*

Alegó que no hay fundamento alguno que acredite que se trataba de un contrato de adhesión, máxime si se tiene en cuenta que, *“según lo acreditan los diferentes elementos probatorios que se incorporaron al expediente, especialmente el interrogatorio de parte que rindió al representante legal abogado de la demandante, que confesó que su representada sí recibió el proyecto de contrato que COMCEL le propuso para su revisión y estudio; y que, luego de haberlo revisado, analizado y estudiado, no solicitó a COMCEL ninguna explicación sobre el texto propuesto o sobre el alcance de las diversas cláusulas contenidas en él, o sobre las supuestas ambigüedades que existían en ellas, lo que descarta, per se, que el mismo hubiese sido un contrato de adhesión, lo que también impedía que las supuestas estipulaciones contractuales que se consideraron como ambiguas se pudiesen interpretar en contra de COMCEL.”*

Precisó que la *a quo* no tuvo en cuenta que, durante el término de ejecución contractual, la actora nunca le puso de presente que se estaba ejecutando un contrato distinto al de distribución, *“ni durante dicho período le reclamó su calidad de agente comercial ni solicitó el pago de las prestaciones propias de dicha figura contractual, dándole a entender así su conformidad con su calidad de distribuidor y no de agente comercial, generando así una confianza legítima que el propio juzgado desconoció.”*

Arguyó que en la decisión atacada se ignoró la prevalencia del texto escrito, el cual constituye ley para las partes y *“no basta con que la demandante venga ahora a afirmar que convino una cosa pero que en realidad deseaba otra cosa distinta; y, menos si ninguna de las partes alegó durante la ejecución del contrato que su querer era distinto al que expresó por escrito pues ante esa voluntad clara y expresa no puede coexistir, como lo supuso la juez, un pacto implícito que desvirtuara el contrato que ellas celebraron y ejecutaron.”*

Por último, adujo que *“confundió el despacho las nociones del pago anticipado con la de un anticipo, que son notoriamente diferentes y bien distintas, lo que igualmente denota un grave error de juzgamiento pues se desconoce la clara voluntad de los contratantes plasmados en dicha cláusula, en el sentido de haber reconocido, ambos contratantes, que dichos pagos anticipados se aplicarían a toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera que sea su naturaleza.”*⁶

CONSIDERACIONES

1). PRESUPUESTOS PROCESALES:

Sea lo primero advertir la presencia de los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico- procesal. En efecto, le asiste competencia al Juez de primer grado para conocer del proceso y al Tribunal para resolver la alzada; las personas enfrentadas en la *litis* ostentan capacidad para ser parte y procesal, dada su condición de personas jurídicas y naturales en ejercicio de sus derechos; por último, la demanda reúne los requisitos

⁶ Archivo: 59RecursoApelación, folios 2 a 13.

mínimos de ley. Por lo demás, no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

Adicionalmente, la competencia de la Sala se limita al examen de los puntos específicos objeto del recurso expuesto por la sociedad demandada, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, según el cual *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”*

2). LA AGENCIA COMERCIAL:

Como es sabido, el Derecho, de tiempo atrás, ha regulado las actividades de intermediación, las cuales han dado origen a múltiples modalidades contractuales, cual acontece con el mandato propiamente dicho, que es aquél por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos por cuenta de otra; la comisión, que es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio pero por cuenta ajena; el corretaje, cuando se encarga a una persona llamada corredor, que por su especial conocimiento de los mercados se ocupa como agente intermediario de la tarea de poner en relación a dos o más personas con el fin de que celebren un negocio comercial sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación; la consignación, por el cual el consignatario se obliga a vender mercancía del consignante, previa fijación de un precio que aquél debe entregar a éste, teniendo aquel derecho a hacer suyo el mayor valor de la venta de la mercancía; la agencia comercial, en la cual un comerciante, en forma independiente y estable, asume bajo remuneración el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o

extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

El Capítulo V del Título XIII del Código de Comercio, en sus artículos 1317 y siguientes, regula el contrato de agencia mercantil, definiéndolo en la forma descrita anteriormente, surgiendo de su reglamentación como características principales, las siguientes:

- a) Constituye una forma de intermediación.
- b) El agente tiene su propia empresa con su propia organización, la dirige independientemente soportando el riesgo de su negocio, aunque sí debe, en un plan de coordinación, no de subordinación, atenerse a las instrucciones del empresario a quien debe rendir informes relacionados con las condiciones propias del mercado para obtener éxito en su gestión.
- c) La actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en un determinado territorio, esto es a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino, inclusive, actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus actividades tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario, de suerte que representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona correspondiente la elevación y mejoramiento cuantitativo y cualitativo de los negocios (*vr.gr.* contratos, ampliación de actividades, etc.), el aumento de los negocios, los clientes existentes, el fomento, obtención y conservación de los mercados para aprovechamiento del mercado del empresario.

d) Requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor, es decir, que tal desempeño no debe ser temporal u ocasional; por el contrario, ha de ser permanente con la finalidad de procurar adecuadamente los fines propios de la agencia comercial

e) El agente tiene derecho a una remuneración.

De lo anterior se infiere que lo realmente fundamental para afirmar la existencia de una agencia mercantil, es que la persona que se considera agente hubiere actuado en beneficio del empresario agenciado, previo encargo que éste último le hiciera para promover, promocionar o explotar sus negocios en un determinado ramo y territorio.

Sobre el punto particular la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado lo siguiente:

“Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante -el agente- asume en forma independiente y estable el encargo de promover o explotar negocios de un empresario -el agenciado-, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia -sustancial- se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda al agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios -así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que

implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce – en sentido lato- como ‘mercadeo’, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que –hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada (...) dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe – luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado (...) sobre la relevante característica que se comenta, señaló la Corte recientemente que hay razones de orden público económico, pero también de linaje privado, que ‘justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o

como fabricante o distribuidor de sus productos (cas. civ. 20 de octubre de 2000; exp No. 5497)’”⁷

3). EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN:

Sobre el particular, ha dicho la jurisprudencia:

“En cuanto a la actividad de distribución que, como se asentó, no cuenta con respaldo normativo y, por ende, corresponde aplicar la analogía legis, a partir de la descripción que del mismo han realizado la jurisprudencia y la doctrina patria y foránea, se debe entender como: ‘la gestión de un empresario que con ánimo de continuidad comercializa bienes y servicios de un productor’. El distribuidor es la persona que, actuando en nombre propio y por su cuenta, adquiere los productos o la mercancía del fabricante o de otro distribuidor para entregarlos al consumidor, quien, acudiendo a sucesivas ventas, pone al servicio de tal actividad la infraestructura con la que cuenta o que, a raíz del negocio concertado, decide implementar. Bajo esa consideración, el fabricante, con la menor inversión, se vale de la que su distribuidor ha dispuesto para la consecución del fin perseguido, que no es otro que llevar sus productos al destinatario natural (el consumidor), logrando maximizar los resultados de su ejercicio empresarial, con la consecuente reducción de costos”⁸.

Y en cuanto a las diferencias entre uno y otro contrato, se ha explicado:

“De acuerdo con la sentencia del 2 de diciembre de 1980, hay contrato de distribución por cuanto se compra para luego revender, de manera que el distribuidor asume los riesgos de los cambios de

⁷ Sentencia N° 040 de 28 de febrero de 2005, expediente 7504; posición reiterada en sentencia de 4 de abril de 2008, Ref. 0800131030061998-00171-01, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda.

⁸ Cfr. C.S.J. Sal. Cas. Civ. Sent 13-05-2014. M. P. Margarita Cabello Blanco. Ref.: Exp. 11001 31 03 039 2007 00299 01.

precios que se presenten, los cuales podrían afectar el valor de sus existencias o inventarios de productos. La promoción adelantada por el distribuidor redundará, principalmente, en su propio beneficio y no en el del fabricante.

Contrario sensu, el agente no adquiere las mercancías (cuya venta promueve), no corre riesgos relacionados con las oscilaciones de los precios, de suerte que si el agente las adquiere para sí, la promoción que lleve a cabo para su reventa sería realizada en su propio interés y no en el del agenciado”⁹. El agente debe promocionar los negocios del agenciado de manera permanente y estable, con el objeto de obtener o de incrementar su participación en el mercado. Agregó la sentencia que, sin perjuicio de la propia autonomía del agente, en tanto que comerciante independiente, éste debe actuar bajo las instrucciones del fabricante, a quien debe suministrarle todas las informaciones pertinentes sobre el estado general de los negocios y sobre las potenciales transacciones con terceros.

La Corte Suprema de Justicia señaló adicionalmente que el distribuidor que pretendía ser agente nunca se presentó ante sus clientes como agente o representante del fabricante; tampoco actuó bajo las instrucciones, ni informaba acerca del estado del mercado, ni de sus negocios en curso. La sentencia deduce que el revendedor no encontraba clientes para el fabricante, por cuanto no actuaba como intermediario entre aquellos, toda vez que jamás recibió el encargo de promocionar los negocios del fabricante. Por lo tanto, para la Corte, el distribuidor no actuó por cuenta del fabricante, pues las actividades desplegadas por aquél lo fueron en su propio interés y beneficio.

La segunda jurisprudencia, del 31 de octubre de 1995, reafirmó que el principal rasgo característico de la agencia es el encargo otorgado al agente para promocionar los negocios del agenciado, de manera estable y permanente. De esto se desprende que el agente debe actuar por cuenta y en beneficio del agenciado. La

⁹ Estos planteamientos han sido acogidos en varios Laudos Arbitrales, entre ellos el dictado el 31 de marzo de 1998 en el proceso de Supercar vs. Sofasa.

*Corte reiteró que no existe agenciamiento sino distribución cuando el supuesto agente compra para sí las mercaderías con el propósito de revenderlas, ya que, en esta hipótesis, las actividades promocionales desarrolladas por el supuesto agente atienden principalmente sus propios intereses, de manera que redundan en su personal beneficio, si bien el fabricante también obtiene ciertas ventajas a través de sus productos y servicios a los consumidores o usuarios finales¹⁰. Con todo, de acuerdo con lo explicado en apartes precedentes de este Estudio, la ‘compra para revender’ no es siempre el elemento distintivo entre los dos negocios que nos ocupan, de suerte que no puede verse como su diferencia específica. **El verdadero rasgo característico de la agencia comercial es la ‘promoción por cuenta y en beneficio’ del fabricante...**”¹¹*

4). CASO CONCRETO:

En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, Inversiones Gutiérrez García y Cía. S. en C. persigue que se declare la existencia de un contrato de agencia comercial, que en su condición de agente celebró con Comcel S.A., en calidad de agenciada, por el periodo comprendido entre el 4 de noviembre de 2004 y el 4 de enero de 2018, el cual tuvo por objeto que la demandante, “(...) como comerciante independiente, asumió de manera estable, en los puntos autorizados, a cambio de una remuneración y actuando por cuenta de COMCEL, el encargo de promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC) que constituyen el negocio de esta última(...)”.

De conformidad con los medios probatorios recaudados en el curso del proceso, se advierte que en el asunto sometido al conocimiento de la jurisdicción no se acreditó el desarrollo de una

¹⁰ Estos planteamientos han sido acogidos en varios Laudos Arbitrales, entre ellos el dictado el 31 de marzo de 1998 en el proceso de Supercar vs. Sofasa.

¹¹ SUESCÚN MELO, Jorge. “Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”. Tomo II, Segunda Edición. Editorial Legis, 2005, págs. 496 y 497.

actividad consistente en la promoción, explotación y conquista de mercados en nombre de persona distinta de la demandante; tampoco que la sociedad demandada la hubiera autorizado para que pudiera perfeccionar las enajenaciones por cuenta del “empresario”, y mucho menos que las ventas presuntamente acreditadas fueren concluidas por la compañía agenciada, porque aquéllos eran quienes asumían el riesgo de la operación, haciendo el pago respectivo y beneficiándose de la utilidad o descuento correspondiente.

Lo anterior es así, debido a que, según el texto del contrato allegado, *“COMCEL concede a INVERSIONES GUTIÉRREZ GARCÍA Y CIA S. en C. como DISTRIBUIDOR CV- COMCEL, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las determinaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. (...) Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga con COMCEL a comercializar los productos y servicios y a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, por su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos (...); de igual modo, se dijo que **“[e]l presente contrato es de distribución (...) Nada en este contrato se interpretará ni constituirá** contrato de mandato , representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni **agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen**, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por parte de COMCEL (...)”* (Destacado propio).

Ello permite concluir que entre los extremos en litigio no existió un contrato de agencia comercial, debido a que la sola distribución de productos y comercialización de servicios no constituye una agencia comercial, en la medida en que la demandante actuaba en nombre propio y no por cuenta de un tercero o empresario, pues mediante la suscripción del acuerdo ya referido, se obligó en calidad de

distribuidor, contando con la capacitación, publicidad y coordinación del productor que le fue otorgada para el cumplimiento de su labor; situaciones que resultan contrarias a los requisitos señalados en el precepto normativo 1317 del Código de Comercio.

En asunto análogo al que ocupa la atención de la Sala, esta Corporación indicó lo siguiente:

“De modo que si por su propia conducta siempre aceptó la condición con la que se le calificó en el contrato, si nunca hizo manifiesta una intención distinta de actuar frente a COMCEL, no se puede sostener que realmente actuó con otra convicción. O que si lo fue, lo hizo bajo reserva mental frente a su contratante, por lo que no se le puede achacar desconocerlo como él creía estar actuando, porque no se lo dijo, no se lo hizo manifiesto durante la vigencia del contrato y solo lo reclamó al último, cuando rehusó firmar el acta de liquidación final -del 7 de abril de 2017 (verificar fecha)- enviando la comunión de fecha 4 de mayo de 2011, particularmente los numerales 4, 5 y 6-, pero que no sirven para mutar el sentido que le imprimió a su conducta contractual previa en ejecución del convenio. Tal repulsa final no hace prueba de lo realmente hecho a pretérito para cumplir el contrato como una agencia.”¹²

Es cierto que la denominación asignada a un negocio específico no es la que finalmente lo estructura, en tanto son los elementos que le confieren a un determinado acuerdo, los que están llamados a establecer la función económica que pretenden cumplir los contratantes y de la cual se busca un beneficio; de allí que resulta imperativo a quien alegue la existencia de un contrato de agencia comercial, acreditar fehacientemente la concurrencia de los elementos esenciales que configuran este tipo negocial, que permitan al juzgador evidenciar, a través de esas manifestaciones de voluntad, la real intención de las partes, más allá del tenor literal de los contratos, lo

¹²Tribunal Superior de Bogotá. Sentencia de agosto de 2020. M.P. Ricardo Acosta Buitrago. Exp. 2012-077-02.

que no aconteció en el *sub judice*, toda vez que además del contrato celebrado, en el que se insiste una y otra vez en que se trata de un negocio de distribución, en su ejecución la parte demandante dio cumplimiento a las estipulaciones acordadas, sin que las pruebas regular y oportunamente allegadas al juicio y que fueron examinadas en líneas precedentes, permitan conclusión distinta.

Lo anterior implica que la determinación adoptada por la jueza, en el sentido de haberse acreditado los elementos del contrato de agencia comercial, fue desacertada, máxime si en cuenta se tiene que la parte actora no probó el hecho de haber desarrollado tareas de intermediación, promoción y explotación por cuenta y para beneficio de la convocada.

No puede olvidarse que de conformidad con el artículo 167 del C.G. del P., incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas buscan; valga decir, que corresponde a las partes demostrar todos aquellos hechos que sirven de presupuesto a la norma que consagra el derecho que ellas persiguen. Como lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-070 de 1993, *“Las reglas de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: “ONUS PROBANDI INCUMBIT ACTORI”, al demandante le corresponde probar los hechos en que se funda su acción; “REUS, IN EXCIPIENDO, FIT ACTOR”, el demandado cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que se funda su defensa; y, “ACTORE NO PROBANTE, REUS ABSOLVITAR”, según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamentales de su acción.” “Los anteriores principios están recogidos en la legislación sustancial (C.C. artículo 1757) y procesal Civil Colombiano (C. de P. C. artículo 177), y responden principalmente a la exigencia para la persona que afirma algo de justificar lo afirmado con el fin de persuadir sobre su verdad...”*

De lo anterior se desprende que por las características de la relación comercial que existía entre los extremos de la presente *litis*, no es dable afirmar que era una agencia comercial; por el contrario, expresamente estipularon que se trataba de un contrato de distribución que, si bien tiene alguna similitud con aquella, lo cierto es que no puede ser confundido con ésta, que solo existe en la medida en que cumpla a cabalidad con todas y cada una de las características que le son de la esencia.

Bueno es recordar lo expuesto al respecto por el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria con relación al punto que se viene tratando,

“8- De los anteriores condicionamientos cobra relevancia el que la actuación del agente es por cuenta ajena, en vista de que el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado, mientras que por sus labores de conexión aquel recibe una remuneración preestablecida.

Ese aspecto aleja a la agencia comercial sustancialmente de los vínculos en que el intermediario adquiere los productos para la reventa, en los cuales éste, en uso de sus habilidades, saca provecho de la diferencia de precios de compra y enajenación, corriendo los riesgos de cartera propios de quien ejerce actividades de comercio”¹³.

Esta misma Corporación, en un asunto análogo al que se examina, indicó lo siguiente:

“No se olvide que quien compra productos con descuento a un fabricante o proveedor, para luego revenderlos a un precio de mercado, funge como simple vendedor o distribuidor, así la

¹³ Sent. citada.

operación comercial se realice en el marco de un contrato de duración, e incluso bajo determinados lineamientos trazados por el abastecedor. Así lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia al señalar que “quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios” (CLXVI, pág. 270 y ss.). Al fin y al cabo, al obrar de esa manera el distribuidor gestiona sus propios intereses, principalmente para beneficio suyo y no del proveedor, así éste, por rebote, obtenga un determinado provecho en el posicionamiento del producto; de allí que el mero distribuidor no sea mediador, ni representante del empresario, ni que forma clientela para otro.

En síntesis, el contrato de suministro para la distribución no se puede confundir con el de agencia comercial en el cual el agente propiamente dicho, en su tarea de agenciar al empresario, maneja productos de propiedad de éste, por lo que el riesgo no lo asume el agente sino el agenciado (de allí que, si existe agencia, el agente tiene derecho de retención) y, además, porque, en rigor, el agente sí es un intermediario entre el empresario y la clientela que se forma para él.”¹⁴

En cuanto a los laudos arbitrales invocados, baste decir que tienen efectos *inter partes*, sin que nada imponga su aplicación a todos los casos en los que, tras la suscripción de un contrato de distribución, se invoque la celebración de una agencia comercial, máxime cuando la situación fáctica no resulta, en estricto sentido, idéntica a la expuesta en el *sub lite*.

¹⁴ Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 10 de junio de 2011, Magistrado Ponente, Dr. Marco Antonio Álvarez Gómez, Exp. 39200700299 01.

Corolario de lo anotado es que en el presente asunto no se acreditó relación comercial distinta al desarrollo de un contrato de distribución, ante la ausencia de medios de convicción que permitieran colegir que la parte actora se hubiera desempeñado como agente o promotor de la compañía demandada, lo que impone la revocatoria de la decisión recurrida.

DECISIÓN

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

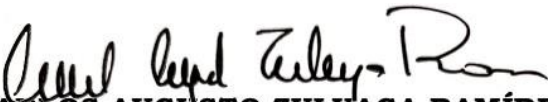
RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 13 de octubre de 2020 por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá D.C., por las razones anotadas en la parte motiva. En su lugar, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA. COSTAS a cargo de la demandante.

TERCERO. Remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado


RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado



MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ

Magistrado

Con salvedad de voto

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

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D. C., diez de diciembre de dos mil veintiuno
(aprobado en sala virtual ordinaria de 17 de noviembre del año que avanza)

11001 3103 046 2018 00058 01

Se decide la apelación que interpuso Amparo Berrío Ramírez contra la sentencia que el 7 de julio de 2021 profirió el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso verbal que promueve la impugnante contra Safe Values & Strategies S.A.S. y Dary Lucila Rodríguez Ramírez. Al trámite se vinculó a Vicente Murcia Domínguez y Mayra Paola Murcia Higuera.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA SUBSANADA. Reclamó la libelista (i) que se declare la nulidad absoluta del contrato de compraventa de 26 de febrero de 2010 contenido en la E.P. N° 0305 de 26 de febrero de 2010, respecto del inmueble rural denominado La Estación, identificado con M.I. 034-10080 de la oficina de instrumentos públicos de Turbo (Antioquia), y en el que figuró como vendedor Alfonso Berrío Osorno, representado por Dary Lucía Rodríguez Ramírez, y como comprador José Francisco Fernández Garzón, en representación de Safe Values & Strategies S.A.S.; (ii) que se ordene la cancelación de dicha escritura, así como la anotación en el folio de matrícula inmobiliaria y (iii) que se ordene a la sociedad demandada restituir el inmueble al demandante y a los demás herederos de Alfonso Berrío Osorno.

Sostuvo Amparo Berrío Ramírez que es hija de Alfonso Berrío Osorno, quien falleció el 18 de junio de 1999; que su padre era propietario del inmueble arriba reseñado; que la compraventa a la que ya se hizo alusión (de 26 de febrero de 2010) se llevó a cabo 10 años después de su fallecimiento por lo que “jamás podía otorgar poder y dar en venta el predio” y que “el poder presentado por la dra. Dary Rodríguez Ramírez y supuestamente otorgado por el fallecido padre de mi poderdante es falso de toda falsedad, como también es falsa la escritura”.

2. por auto de 2 de marzo de 2020, y por cuanto se estimó que ellos “detentan un interés serio y legítimo en las resultas que puedan emanar de la presente acción judicial, se vinculó a Vicente Murcia Domínguez y Mayra Paola Murcia Higuera, quienes, mediante escritura pública N° 8692 de 12 de octubre de 2010 compraron el mismo predio a Safe Values & Strategies S.A.S.

3. LA CONTESTACIÓN.

3.1. Safe Values & Strategies S.A.S. no contestó la demanda, pese a que su representante legal se notificó en legal forma.

Dary Lucila Rodríguez Ramírez, quien se notificó del auto admisorio de la demanda a través de curador *ad litem*” no presentó excepciones de mérito.

3.2. Vicente Murcia Domínguez y Mayra Paola Murcia Higuera excepcionaron “vía sustancial incorrecta e inexistencia de nulidad”; “inoponibilidad de la invalidez del acto cuestionado frente a mis poderdantes por ser terceros de buena fe exenta de culpa” y “ausencia de nulidad de la escritura pública”, esto refiriéndose a la escritura pública 8692 de 12 de octubre de 2010.

Señalaron dichos vinculados que “con asidero en la independencia de las relaciones contractuales expuestas, podemos afirmar que los vicios no se comunican de un acto a otro, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar de perfeccionamiento de los negocios jurídicos son completamente diferentes, teniendo así mis poderdantes una adquisición legal y libre de vicios, por lo cual ostentan la calidad de tercero absoluto de buena fe, por lo que es inoponible la eventual invalidez del acto previo a su acto de adquisición”.

4. EL FALLO IMPUGNADO. La juez *a quo* declaró “la nulidad formal de la escritura pública 0305 del 26 de febrero del año 2010 (...), mediante la cual el señor Alfonso Berrío Osorno dijo trasferir a título de compraventa a la Sociedad Safe Valeus & Strategies S.A.S” y ordenó la cancelación de esa anotación en el folio de matrícula inmobiliaria.

Destacó la aludida falladora que los elementos de juicio recaudados reflejan que el señor Alfonso Berrío Osorno no pudo haber suscrito el poder con el que finalmente se celebró el contrato de compraventa de 26 de febrero de 2010, por lo que procedía la declaratoria de nulidad; que las pretensiones solo recayeron sobre ese acto, “por lo cual el despacho no puede pronunciarse

respecto de actos jurídicos diferentes a los solicitados en las pretensiones, lo anterior tomando en cuenta el principio de congruencia” y que no se acreditó que los aquí vinculados hubieran actuado de mala fe al momento de suscripción de la E.P. 8692 de 12 de octubre de 2010.

5. LA APELACIÓN. La inconforme pidió “declarar de oficio la nulidad absoluta” de la escritura pública 8692 de 12 de octubre de 2010, con base en los siguientes reparos: **a)** que “con lo dicho por los señores José Francisco Fernández (representante legal de la sociedad demandada) y Mayra Paola Murcia, quedó debidamente acreditado que el representante legal de la sociedad vendedora no acudió a firmar la escritura pública 8692 del 12 de octubre de 2010, teniéndose probado un claro incumplimiento de los requisitos de ley para la validez de los actos como lo es la comparecencia ante notario por parte de uno de los otorgantes del instrumento público”; **b)** que está acreditado que “comprador y vendedor no se conocían”, que “no existe comprobante alguno de que se haya recibido el precio por la cosa” y que “el representante legal de la sociedad vendedora no firmó la escritura pública y afirmó que la firma contenida en el documento no era la suya”; **c)** que el juez *a quo* incurrió en una indebida interpretación del artículo 1742 del Código Civil, “en la medida en que el artículo previamente citado es claro al imponer sobre los jueces de la República un deber de declarar la nulidad absoluta cuando esta aparezca de manifiesto en el acto o contrato” y **d)** no se demostró que los señores Mayra Paola Murcia y Vicente Murcia fueran terceros que hubieren actuado con “buena fe exenta de culpa”.

LA RÉPLICA. Los. vinculados manifestaron que no hay lugar a la declaratoria de nulidad que ahora la parte recurrente implora “toda vez que este debió solicitarse por el demandante desde el génesis del proceso judicial”; que el recurso de apelación adolece de “una asimetría con las pretensiones incoadas en la demanda, faltando así al principio de congruencia” y que la presunción de legalidad de la escritura pública “no fue desvirtuada por la parte recurrente en el proceso, por lo cual no podrá pretender revestir de ilegalidad una escritura pública solo con las afirmaciones esbozadas por el señor José Francisco Fernández, representante legal de la entidad demanda dentro del proceso, vacías de todo valor probatorio”.

CONSIDERACIONES

1. Se constata la concurrencia de los presupuestos procesales y la ausencia de anomalías que impidan desatar de fondo la resumida apelación.

Precisado lo anterior, la Sala anuncia que confirmará la sentencia apelada por no encontrar de recibo las argumentaciones que esgrimió la apelante al plantear sus reparos ante el juez *a quo*, los que sustentó ampliamente en la oportunidad prevista en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, y con los cuales reclama que este Tribunal declare “de oficio la nulidad absoluta” de la escritura pública 8692 del 12 de octubre de 2010, por cuyo conducto Vicente Murcia Domínguez y Mayra Paola Murcia Higuera compraron el mismo predio a Safe Values & Strategies S.A.S.

2. Ya se anotó en los antecedentes de esta providencia que la juez de primera instancia acogió la pretensión de la demanda encaminada a que se declarara la nulidad formal de la escritura pública 0305 del 26 de febrero del año 2010, en la cual figura que el señor Alfonso Berrio Osorno transfería, a título de compraventa el inmueble en disputa a Safe Valeus & Strategies S.A.S., y a su vez, denegó la pretensión dirigida a que se dispusiera la restitución del bien a la demandante, por cuanto con posterioridad a la susodicha compraventa hubo una transferencia del dominio (documentada en la escritura pública 8692 del 12 de octubre de 2010).

También emana del resumen fáctico, que, con su demanda, la parte actora, única apelante, no reclamó la declaratoria de nulidad de la escritura pública 8692 del 12 de octubre de 2010, que recoge el contrato de compraventa que respecto del mismo inmueble se celebró entre la demandada Safe Values & Strategies S.A.S. (vendedora) y Mayra Paola Murcia Higuera y Vicente Murcia Domínguez (compradores).

En ese escenario, ha de añadirse que la demandada Safe Values & Strategies S.A.S. (vendedora), ni tampoco los vinculados apelaron el fallo de primera instancia, el cual en últimas solo fue recurrido por la parte actora, con el propósito antes resaltado, y con soporte en que procede ahora declarar de oficio la nulidad de la escritura pública 8692 del 12 de octubre de 2010, por cuanto, en su criterio, con las declaraciones de parte del representante legal de Safe Values & Strategies S.A.S. (vendedor) y de Mayra Paola Murcia (compradora) quedó probado lo siguiente: “1. Comprador y vendedor no se conocían”; “2. No existe comprobante alguno de que se haya recibido el precio por la cosa” y “3. El representante legal de la sociedad vendedora no firmó la escritura pública y afirmó que la firma contenida en el documento no era la suya”.

3. En el criterio del Tribunal, lo que se reclama con la apelación, esto es, que se declare la nulidad absoluta de la escritura pública 8692 del 12 de octubre de

2010, no es viable por cuanto ello acarrearía el desconocimiento del principio de congruencia y porque no se cumplen los requisitos que ha fijado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la materia.

3.1. De conformidad con el artículo 281 del C.G.P., el juez se encuentra limitado en sus competencias debido al principio de congruencia, por cuya virtud, “la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda” y, por lo mismo, “no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, **ni por causa diferente a la invocada en ésta**”.

Es precisamente por ello que autorizada doctrina ha destacado que la demanda “es el acto básico del proceso, no sólo porque lo incoa materialmente, sino porque **constituye su fundamento jurídico**”, y, además, porque **“la demanda circunscribe las cuestiones de una litis que entran en el proceso, o sea que delimita la pretensión y fija sus alcances”**¹. Con esa misma orientación, la Corte Suprema de Justicia, en fallo de casación civil del 24 de septiembre de 2004 (exp. 7491) precisó que “el juez no puede invadir los dominios del demandante para poner en ella lo que éste no planteó, pues con tal proceder el Juez desplaza a la parte en su actividad, irrumpe ilegítimamente en la esfera de la autonomía privada y menoscaba el principio dispositivo que ilustra el sistema procesal civil”².

Así las cosas, el Tribunal no emitirá pronunciamientos en punto a la concurrencia de los requisitos de validez de ese segundo contrato de compraventa, como quiera que la pretensión de nulidad de la escritura pública de 12 de octubre de 2010 solo se trajo a colación en este litigio en la fase de la formulación de los reparos concretos frente al fallo de primer grado.

3.2. Y si en gracia de discusión se deja de lado lo atinente al principio de congruencia, tampoco habría lugar a declarar, de oficio, la invalidez de la reseñada escritura pública, por cuanto las falencias que le enrostra la apelante no emergen del texto mismo, o clausulado, del documento notarial, al punto que sugiere el análisis de otras pruebas, entre ellas, las declaraciones de las partes, a lo que se agrega -esto es muy relevante- que, en estrictez, la aducción de esa escritura pública N° 8692 del 12 de octubre de 2010, no se verificó en este proceso como punto central del litigio, el cual ciertamente fue circunscrito a la eficacia del negocio jurídico contenido en la E.P. N° 0305 del 26 de febrero del año 2010); es más, lo

¹ CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Parte General, Hernando Morales Molina, 8ª edición, Ed. ABC, pág. 309.

² CSJ., sentencia de 24 de septiembre de 2004, exp. 7491.

atinente a la incorporación de esa escritura pública obedeció al proceder oficioso de la juez de primer grado³.

Sobre estas temáticas, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “de conformidad con lo previsto en el artículo 2° de la Ley 50 de 1936, para la declaración oficiosa de la nulidad absoluta de un acto o contrato, el motivo debe aparecer manifiesto en el cuerpo del mismo, razón por la cual, con ese mismo propósito, no es dable escrutar otras pruebas o acudir a interpretaciones extensivas, pues siendo la nulidad una sanción, las causales de nulidad son de aplicación restrictiva” y que “como lo tiene explicado la Corte, **para la declaración oficiosa de una nulidad absoluta, se requiere que ‘el vicio se exteriorice, resalte o ponga de bulto con la sola lectura del contrato sin necesidad de acudir a otras pruebas’**, porque si la ‘causal de nulidad se construye al margen del acto o contrato, o sea mediante el auxilio de otras pruebas, su prosperidad procesal pende de la alegación de la parte interesada’ (sentencia de 11 de marzo de 2004)” (Sentencia de 28 de septiembre de 2004, Exp. No. C-7896, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, doctrina retomada con ponencia del mismo magistrado en sentencia de 12 de diciembre de 2007, Ref. C-0800131030081982-24646-01).

Contrario a lo que plantea la parte apelante, la lectura del clausulado que hace parte de la E.P. N° 8692 de 12 de octubre de 2010, que recogió la compraventa que respecto del inmueble en disputa celebraron Safe Values & Strategies S.A.S. (como vendedora) y Vicente Murcia Domínguez y Mayra Paola Murcia Higuera (como compradores), no refleja una “omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”, que es lo que prevé el artículo 1741 del Código Civil.

Queda visto entonces que del texto de ese documento notarial emerge *prima facie* que la compraventa que recoge recayó sobre un objeto lícito, entre personas capaces y con el lleno de las formalidades de rigor, todo lo cual convalidó el respectivo notario público, según allí se plasmó.

Ante esa situación, el Tribunal no puede entrar a establecer si, lo dicho en la segunda escritura pública fue desvirtuado con otros elementos probatorio, por vía de ejemplo, las declaraciones de parte de parte de los contratantes, pues, se insiste, **“la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin**

³ Consta en el acta de la audiencia inicial de 12 de mayo de 2021, que “Se solicitó por el despacho que las partes de este proceso aporten la escritura No. 8692 del 12 de octubre de 2010, surtida en la Notaría 47 del Circulo de Bogotá (...) por cuanto no aparecen en estas diligencias, y son totalmente útiles para este proceso”.

petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato” (art. 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1936), lo cual, como viene de verse, no se verificó respecto del negocio jurídico de marras.

A lo anterior se agrega que, como desde antaño lo ha venido exponiendo la Corte Suprema de Justicia, ese poder excepcional que al fin de cuentas comporta un control de legalidad en torno a la actividad negocial, está sujeto o limitado por los condicionamientos que la propia norma consagra y que la Corporación ha identificado así: ‘... 1ª. **Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, demuestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta;** 2ª. **Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes;** y 3ª. Que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron” (G. J. T. CLXVI, pág. 631, criterio que ha reiterado entre otras, en sentencias del 10 de octubre de 1995, 10 de abril de 1996 y 20 de abril de 1998’ (Cas. Civ. del 11 de marzo de 2004, exp No. 7582; Cas. Civ. del 11 de marzo de 2004, exp. 7582).

4. No prospera, por ende, la apelación en estudio, por cuanto, en resumidas cuentas, aquí no había lugar a declarar, de oficio, la nulidad absoluta de la escritura pública N° 8692 de 12 de octubre de 2010.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia que, el 7 de julio de 2021 profirió el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso verbal que adelanta Amparo Berrio Ramírez frente a Safe Values & Strategies S.A.S. y Dary Lucila Rodríguez Ramírez, trámite al que se vinculó a Vicente Murcia Domínguez y Mayra Paola Murcia Higuera.

Costas de segunda instancia a cargo de la apelante y a favor de los vinculados. Liquidense por el juez *a quo*, quien incluirá como agencias en derecho de la alzada la suma de \$2’500.000, según lo estima el Magistrado Ponente.

Notifíquese

Los Magistrados,

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación:

**6fd756a6bca30e143b8c17591c9e18bd19aafaf9f3a83eb0792835aed6eee1e
e**

Documento generado en 10/12/2021 01:44:06 PM

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

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

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D. C., diez de diciembre de dos mil veintiuno
(aprobado en Sala virtual ordinaria de 24 de noviembre de 2021)

11001 3103 012 2018 00248 01

Se decide la apelación que formularon **Víctor Manuel Quintero Moreno** y **Luis Alveiro Moreno García** contra la sentencia que el 18 de diciembre de 2020 profirió el Juzgado 13 Civil de Circuito de Bogotá, en el proceso declarativo seguido por los apelantes contra Inversiones y Construcciones El Espino Ltda. (en liquidación).

ANTECEDENTES

1. DEMANDA SUBSANADA. Pidieron los libelistas que **i)** se declare la “nulidad absoluta por objeto ilícito” del contrato de compraventa de los bienes inmuebles con matrícula inmobiliaria No. 50C-1156346 y 50C-1156347, celebrada entre Pedro Antonio Moreno Vargas e Inversiones y Construcciones El Espino Ltda. en liquidación, el cual recoge la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 de la Notaría 59 de Bogotá; **ii)** en consecuencia, que se “decrete la cancelación” de la reseñada escritura pública y **iii)** se ordene la “cancelación de la anotación” No. 4 de los folios de matrícula inmobiliaria No. 50C-1156346 y 50C-1156347.

Adujeron los demandantes, señores Quintero Moreno y Moreno García, que, en su calidad de sobrinos y herederos del finado Pedro Antonio Moreno Vargas que su difunto tío, por escritura pública 1724 de 24 de marzo de 1998, adquirió por compra a Inversiones San Pablo Ltda., los inmuebles atrás identificados y que, en el mes de mayo de 2008, se conoció de la existencia de la escritura pública acá censurada, por cuyo conducto el señor Moreno Vargas habría enajenado a la persona jurídica demandada, los dos bienes en mención, negocio jurídico que afirman nunca fue celebrado por su pariente.

Añadieron que, en el año 2008, se denunció a la Fiscalía General de la Nación el hecho punible, bajo el Rad. 110016000050200805435; que, en desarrollo de la investigación del ente acusador, se estableció que la firma manuscrita del vendedor impresa en la escritura pública 992 de 2008, no correspondía a la del “vendedor”, sino que se presentó una “falsificación” y “suplantación” de la firma y que, en la anotación No. 4 de los folios de matrícula inmobiliaria de ambos inmuebles, aparece en el asiento registral de la transferencia de dominio a la sociedad mercantil demandada.

Agregaron que, para la fecha de presentación de la demanda, año 2018, el señor Pedro Antonio Moreno Vargas ya había fallecido, que la sucesión se encuentra en curso y el proceso penal aún no ha finiquitado.

2. Pese a que fue notificada del auto admisorio de la demanda, Inversiones y Construcciones El Espino Ltda. (en liquidación) guardó silencio durante el término de traslado (fl. 94 PDF 01Expedientedigitalizado).

3. LA SENTENCIA RECURRIDA. El juez *a quo* negó la totalidad de las pretensiones planteadas por la parte actora.

Sostuvo el fallador que, después de contrastar las situaciones descritas en los artículos 1521, 1740 y 1741 del Código Civil, “ni por asomo” estas se presentan “como para anular el contrato” de compraventa contenido en la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008; que no se constató una ausencia de causa del negocio jurídico o la ilicitud de la misma (art. 1524 C. Civil); que la “única prueba documental” es la denuncia ante la Fiscalía; que actualmente no existe una decisión penal en firme que señale que la escritura pública contiene una falsedad ideológica y que, el estudio grafológico aportado no es suficiente para declarar la nulidad por objeto ilícito, pues no hay identidad entre la “falsedad ideológica” y las “nulidades absolutas que señala el código civil”.

Añadió que, no se demostró por los demandantes que “hubo objeto ilícito”; que existe la presunción legal de que todo contrato tiene una causa y quien alega lo contrario debe suministrar la prueba correspondiente, lo cual, aquí brilló por su ausencia y que, ante la carencia de algún defecto que afecte la validez, constitución o produzca la nulidad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 992, no eran atendibles las pretensiones que la parte actora elevó.

4. LA APELACIÓN. Los señores Quintero Moreno y Moreno García insistieron en la totalidad de sus pretensiones.

4.1. Repararon en que, el juez *a quo* durante la audiencia de instrucción y juzgamiento se abstuvo de dictar sentencia oral, para lo cual indicó que lo haría por escrito acogiendo las pretensiones, pero que, al momento de proferir sentencia optó por la decisión contraria.

4.2 Alegaron que, se dejaron de lado las consecuencias jurídicas que se ocasionaron en cabeza de Inversiones y Construcciones el Espino LTDA (en liquidación), por cuanto no contestó la demanda e injustificadamente dejó de asistir a las audiencias del proceso (arts. 97 y. 372 C.G. del P.).

4.3 Adujeron que, en virtud del artículo 1742 del Código Civil el juez tiene la obligación de declarar de oficio las nulidades absolutas en situaciones como la que aquí se configuró; que no se valoró en debida forma el estudio grafológico elaborado por el

funcionario de la Fiscalía General de la Nación, el cual establece la “falsedad material de la escritura” censurada y que la providencia es contraria a los artículos 1494, 1502, 1740, 1741 y 1742 del C. Civil porque se probó que el señor Pedro Antonio Moreno Vargas no manifestó su voluntad y consentimiento para el perfeccionamiento de compraventa contenido en la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 “dado que jamás firmó de su puño y letra dicho documento”.

5. La parte demandada tampoco replicó la alzada que interpuso su contraparte.

CONSIDERACIONES

Verificada la concurrencia de los presupuestos procesales, así como la ausencia de irregularidades que comprometan la validez de la actuación, el Tribunal revocará la sentencia proferida por el juez *a quo*.

Seguidamente se verá que, como lo alegaron los demandantes al sustentar su apelación, los elementos probatorios obrantes a folios imponían dar por probado el sustrato fáctico de sus pretensiones declarativas.

Dícese lo anterior con soporte principalmente en la conducta procesal de la sociedad demandada: sobre el tema, los recurrentes recordaron que su contraparte no contestó la demanda durante el término de traslado y su representante legal tampoco asistió a la audiencia en la que debía absolver su declaración de parte, vista pública practicada el 7 de noviembre de 2019, lo cual involucra una confesión ficta que -en vez de ser desvirtuada como lo permite el artículo 197 del C.G del P.-, fue refrendada con el dictamen pericial aportado y otras omisiones en las que incurrió en el devenir de este litigio.

Por lo mismo, también el Tribunal comparte, en lo medular, la crítica que dirigieron los apelantes frente a la valoración que en la sentencia de primera instancia se brindó respecto de esas probanzas y la experticia.

1. En efecto, en el criterio del Tribunal, la falta de declaración de voluntad o consentimiento de Pedro Antonio Moreno Vargas, en el contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 de la Notaría 59 de Bogotá, quedó probado, principalmente, con la confesión ficta que se derivó de **i)** la no contestación de la demanda (art. 97 C.G. del P.) y **ii)** la inasistencia del representante legal de Inversiones y Construcciones El Espino Ltda. en liquidación, a la audiencia en la que debía absolver su declaración de parte, la cual no intentó justificar con posterioridad a la misma.

Ha de añadirse que, los demandantes, solicitantes del recaudo de la prueba no allegaron cuestionario escrito, razón por la cual y de conformidad con los artículos 205, 97, 372 (num. 4º) del C. G. del P., la inasistencia injustificada (de la demandada,

en este caso), a la audiencia inicial y la falta de contestación de la demanda, hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, cuando su contraparte no haya allegado interrogatorio escrito con ese propósito.

En ese escenario se tiene que operó la confesión presunta respecto de los hechos en que se fincaron las pretensiones contra Inversiones y Construcciones el Espino LTDA en liquidación (fls. 73 a 74 PDF O1 Expediente digitalizado), esto es, entre otras circunstancias:

“4. Una vez enterado de la supuesta venta, el señor Pedro Antonio Moreno Vargas, manifestó a su apoderado que **en ningún momento había vendido los mencionados inmuebles** y que desconocía totalmente la escritura y la empresa y gerente que aparecían como compradores de dichas bodegas.

5. El señor Pedro Antonio Moreno Vargas, **en ningún momento vendió los mencionados inmuebles, tanto así que no suscribió la escritura pública** mencionada en el numeral anterior”.

2. Queda visto, entonces, que, con motivo de la confesión presunta de la que se viene hablando, ha de tenerse, en principio, por cierta, la ausencia de declaración de voluntad o consentimiento de señor Pedro Antonio Moreno Vargas en lo que atañe a la celebración del contrato de compraventa contenido en la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 de la Notaría 59 de Bogotá.

Lo dicho en precedencia no es óbice para memorar que “toda confesión admite prueba en contrario” (art. 197 C. P. G.). A esos respectos, la jurisprudencia ha precisado que la confesión ficta que se deriva de la inasistencia del citado al interrogatorio de parte, es una presunción de tipo legal o *juris tantum* que **“invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria**, pues de no hacerlo, las consecuencias de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar –bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél”¹.

La Sala ha de resaltar que, ello medular, durante los aproximadamente cuatro años y medio de duración del proceso, brilló por su ausencia cualquier intervención por parte del Inversiones y Construcciones El Espino LTDA en liquidación, con miras a desvirtuar los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda.

En el asunto *sub lite* la foliatura no refleja, ni con mucho, que tal confesión fue infirmada, deficiencia probatoria que ha de soportar la parte demandada.

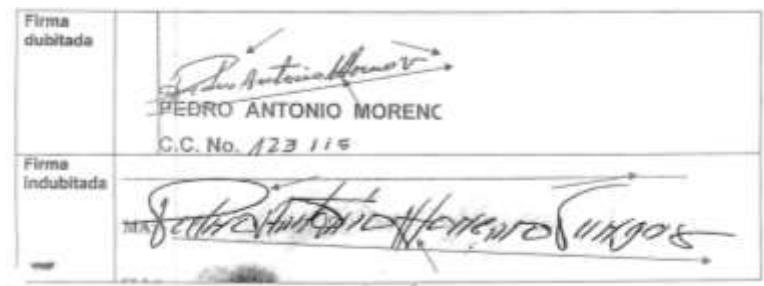
Además, en el expediente obra como prueba trasladada (art. 174 C.G. del P.), el dictamen pericial, “estudio grafológico” de la Fiscalía General de la Nación “Cuerpo

¹ CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 24 de junio de 1992.

Técnico de Investigación, División Criminalística – Documentología y Grafología Forense” que corrobora la versión de los señores Quintero Moreno y Moreno García.

En la experticia en cita se concluyó, entre otras, que:

“9. Resultados del análisis. De acuerdo a los análisis y cotejos realizados a los manuscritos dubitados, se pudo determinar que la firma dubitada en la escritura pública motivo de estudio, presenta significativas diferencias, frente a las muestras manuscritas, en sus diversas manifestaciones de forma, movimiento, presión, estilo caligráfico, puntos de inicio y remate, desplazamiento lineal y dirección, angulosidad, movimientos, caja de renglón y proporción entre los más relevantes, aspectos suficientes que permiten concluir, que no presenta uniprocedencia escritural. Es decir, no se hallaron características grafológicas comunes, entre las firmas y dígitos dubitados de la escritura motivo de estudio y el gesto gráfico del señor Pedro Antonio Moreno Vargas.



(...) Se puede observar en la anterior comparación y acotado con flechas, las diferencias generales en cuanto a dirección, extensión, rasgos de inicio y remate así como una dinámica más lenta, temblores, indecisiones, disminución de proporcionalidad de la firma de duda con respecto a la firma dubitada.

10. Interpretación de resultados. De acuerdo al resultado del análisis y cotejo realizado a las firmas y dígitos dubitados como de Pedro Antonio Moreno Vargas C.C. 123.115 plasmados en la escritura pública No. 0992 de abril 14 de 2008 de la Notaria 59 de Bogotá motivo de estudio, **no se encontró uniprocedencia, frente a las muestras manuscritas aportadas del señor Pedro Antonio Moreno Vargas**”.

3. En vista de lo anterior, frente a la carencia de declaración de voluntad del señor Pedro Antonio Moreno Vargas, quien aparece como vendedor en la escritura pública de compraventa (fls. 14 a 20 PDF O1 Expediente digitalizado), es predicable la **nulidad absoluta** del negocio jurídico, ante la ausencia de un elemento esencial de carácter general (arts. 1495 y 1502 C. Civil), es decir, por la falta de “alguno de los requisitos que la ley prescriba para el valor del mismo acto o contrato” (art. 1740 C. Civil).

Conforme lo ha establecido la Honorable Sala de Casación Civil “(...) la Corporación de vieja data en distintos pronunciamientos ha concebido que la teoría de la inexistencia, cuyos diversos matices vienen expuestos, es una categoría jurídica desconocida en el interior del Código Civil, **motivo por el cual tales aspectos los ausculta a la luz de la anulación**, como así puede verse en los fallos de 15 de septiembre de 1943 (G. J., t. LVI, pág. 123), 21 de mayo de 1968 (CXXIV, pág. 168), 15

de marzo de 1941 (L, págs. 802-804), entre otros» (CSJ SC de 6 ago. 2010 rad. n° 2002-00189-01). En consecuencia, según nuestra jurisprudencia en **el cuerpo jurídico civilista, no está contemplada la categoría de la inexistencia en los actos jurídicos, sino el concepto de nulidad, por lo que será este el conducto a seguir.** Retomando el caso en estudio (...) puede **estar viciada de nulidad; por carecer de sus elementos esenciales como la voluntad, el objeto o una solemnidad *ad substantiam actus*. Ocurre el primer fenómeno cuando el o los intervinientes no manifiestan su voluntad de crear, modificar o extinguir la relación negocial**” (CSJ, SC 13021 de 25 de agosto de 2017, exp. 2005 00238 01, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

Por ende, se declarará la nulidad absoluta del contrato de compraventa de bienes inmuebles contenido en la escritura pública No. 992 tantas veces mencionada.

4. RESTITUCIONES MUTUAS. Entonces, como consecuencia de la declaración de nulidad absoluta, el Tribunal dispondrá sobre las restituciones correspondientes, es decir, volver las cosas “al mismo estado en el que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (art. 1746 C. Civil).

La Sala precisa que, el alcance de esta sentencia estará restringido a dejar a la cancelación de los efectos que produjo en aspectos registrales y notariales del negocio jurídico que se declarará nulo, y no propiamente de restituciones “mutuas”, por cuanto, como se acreditó, el negocio jurídico a que refiere la reseñada escritura pública, nunca fue celebrado por el señor Pedro Antonio Moreno Vargas, por lo que, no es factible ordenarle al recién mencionado, la restitución de unas sumas de dinero que no recibió.

Además, como se admitió en el texto mismo de la demanda, sin que se cuente con elementos distintos para colegir lo contrario, obsérvese que los inmuebles con matrículas No. 50C-1156346 y 50C-1156347, sobre los que llevó a cabo el negocio jurídico ineficaz, permanecieron hasta el 2017 en tenencia del finado Pedro Antonio Moreno Vargas y actualmente en poder de los apelantes.

Por contera, se dispondrá cancelación de la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 de la Notaría 59 de Bogotá y la cancelación de los asientos registrales No. 4 de los folios de matrícula arriba mencionados (art. 8 párrafo 3 L. 1579 de 2012), en los que se inscribió la escritura pública en cita.

5. Prospera, por ende, la apelación de la referencia y con la que se insistió en las pretensiones declarativas de la demanda.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, REVOCA la sentencia que el 18 de diciembre de 2020 profirió el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso declarativo seguido por **Víctor Manuel Quintero Moreno** y **Luis Alveiro Moreno García** contra Inversiones y Construcciones El Espino LTDA en liquidación.

En su lugar, DISPONE:

PRIMERO. Declarar PRÓSPERAS las pretensiones incoadas por la parte actora.

SEGUNDO. Se decreta la **nulidad absoluta** del contrato de compraventa de los bienes inmuebles con matrícula inmobiliaria No. 50C-1156346 y 50C-1156347, que figura celebrado entre Pedro Antonio Moreno Vargas e Inversiones y Construcciones El Espino Ltda en liquidación, incorporado en la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 de la Notaría 59 de Bogotá.

TERCERO. Se decreta la cancelación de la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 de la Notaría 59 de Bogotá que contiene el contrato de compraventa de los bienes inmuebles con matrícula inmobiliaria No. 50C-1156346 y 50C-1156347, entre Pedro Antonio Moreno Vargas e Inversiones y Construcciones el Espino LTDA en liquidación.

CUARTO. Se decreta la cancelación de la anotación o asiento registral No. 4 del inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1156346 y la cancelación de la anotación o asiento registral No. 4 del inmueble con folio de matrícula inmobiliaria 50C-1156347 en los que se inscribió, en ambos, la escritura pública No. 992 de 14 de abril de 2008 de la Notaría 59 de Bogotá.

QUINTO. Oficiese a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y a la Notaría 59 del Circuito Notarial de Bogotá.

Comuníquese de esta providencia a la Fiscalía, Dirección Seccional de Bogotá, Unidad Fe Pública y Orden Económico, Fiscalía 105 Seccional, Caso Noticia No: 110016000050200805435.

SEXTO. Costas de ambas instancias a cargo de la demandada Construcciones El Espino Ltda. en liquidación y a favor de los señores Víctor Manuel Quintero Moreno y Luis Alveiro Moreno García. Líquidense por el juez *a quo*, quien incluirá como agencias en derecho de la alzada la suma de \$3'000.000.00, según lo estima el Magistrado Ponente.

Por Secretaría, Devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

JESUS EMILIO MUNERA VILLEGAS

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

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

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

2364/12

Código de verificación:

a6697044a2585935d6878787655ee4f07102737bd51ff424b012b5f774c92

a84

Documento generado en 10/12/2021 01:41:40 PM

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

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

Bogotá D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno

11001 3103 023 2017 00870 01

Ref. Proceso ejecutivo de Banco de Occidente S.A. contra Shetland Colombia S.A.S. y otros.

Se decide la alzada interpuesta por el Banco de Occidente S.A. y Central de Inversiones S.A. -CISA- (cesionaria del Fondo Nacional de Garantías -FNG-, acreedor subrogatario) contra el auto proferido en audiencia virtual del 16 de junio de 2021, mediante el cual el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá declaró la nulidad parcial de la ejecución, a partir del auto del 29 de mayo de 2018, con base en la causal 8ª del artículo 133 y con apoyo en los artículos 42-5 y 123 del CGP.

AUTO APELADO. En rigor, en esa oportunidad, el juez de primera instancia corrigió el mandamiento de pago, y fundamentó su decisión en que el auto de apremio se libró contra todos los ejecutados pese a que, a diferencia del primero de los títulos valores cobrados¹, el segundo cartular² solo lo suscribieron tres de ellos (Dug Services S.A.S., Dug Cargo S.A.S. y Andrés Samper Seade), lo que imponía su corrección.

Por otro lado, el mismo fallador señaló que “los autos que ordenaron tener por notificados (...) y emplazar (...) no se ajustaron a lo que los artículos 291 y 292 [del CGP] establecen” y que “ninguna de las notificaciones se surtieron en debida forma frente a los aquí ejecutados”, en especial porque a Dug Services S.A.S. (en liquidación) se le remitió el aviso a la dirección electrónica sin el citatorio previo, y porque se emplazó al ejecutado Andrés Samper Seade sin intentar su enteramiento en la dirección que aparece en uno de los pagarés que soportan la ejecución.

LA APELACIÓN. Inconformes con la segunda determinación, los recurrentes argumentaron que, en armonía con el artículo 135 del CGP, la legitimación para proponer la nulidad la ostentaba la parte afectada, aquí representada por curador *ad litem*; que el juez debió ceñirse al trámite dispuesto en el canon 137, *ibidem*, y que hubo saneamiento de la irregularidad por cuanto el auxiliar de la justicia ejerció la defensa de la parte ejecutada sin proponerla.

Añadió el banco ejecutante que obra en el expediente prueba positiva de la notificación de Dug S.A.S. en liquidación, representada por el señor Andrés Samper Seade, quien a su vez es demandado y representante legal de las demás personas jurídicas ejecutadas, lo que muestra “un desprecio y un desdén absoluto” para hacerse “presente dentro del proceso”.

¹ Expediente digital, carpeta “01CuadernoUno”, documento “01CuadernoPrincipal.pdf”, págs. 3 a 4.

² *Idem*, págs. 5 a 6.

El suscrito Magistrado confirmará el auto de fecha y origen prenotados, con sustento en las siguientes CONSIDERACIONES:

1. En primer lugar, ha de advertirse que, comoquiera que no fue objeto de censura por parte de los apelantes la corrección del auto de apremio que se dispuso junto con el proveído recurrido, no se emitirá pronunciamiento sobre el ajuste impartido frente al mandamiento de pago. Basta recordar que “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (art. 320, CGP, se subraya) y que “el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante” (art. 328, *ídem*).

2. Ahora, de la revisión minuciosa del expediente se encuentra que se imponía declarar la nulidad procesal, según lo adoptó el fallador de primera instancia ya que en el decurso del proceso ejecutivo se presentaron irregularidades en lo que concierne a la notificación del auto de apremio a los ejecutados.

2.1. Obsérvese que, pese a que en auto del 28 de agosto de 2018 se aseveró que «*las demandadas Shetland Colombia S.A.S., Dug Services S.A.S. en liquidación, Dug S.A.S. en liquidación y Dug Holding S.A.S. en liquidación se notificaron de la orden de apremio de conformidad con los arts. 291 y 292 del CGP, quienes dentro del término legal para contestar guardaron silencio*»³, tal aseveración no armoniza con la realidad procesal, según se ilustra a continuación:

Frente a **Shetland Colombia S.A.S.** se acreditó que el envío del citatorio de que trata el artículo 291 del CGP fue negativo, tanto a la dirección física (Cra. 106#15A-25 MZ. 4 IN. 10 BG. 1)⁴ como a la electrónica (piermq@dug.com.co)⁵, lo que motivó al ejecutante a solicitar su emplazamiento⁶, que se ordenó en auto del 29 de mayo de 2018⁷, pero la parte actora no lo realizó⁸.

En cuanto a **Dug Services S.A.S. en liquidación**, la remisión del citatorio a la dirección física (Cra. 106#15A-25 MZ. 14 BG. 4 LOT. 76 Zona Franca B) fue negativa⁹, pero positiva a la dirección electrónica (nmolina@gudcargo.com)¹⁰ - contrario a lo señalado por el juez de primer grado-; no obstante, el aviso de que trata el artículo 292 del CGP resultó negativo a ese último correo¹¹, por lo que el demandante solicitó su emplazamiento¹², pero no se ordenó por el despacho, y a

³ Expediente digital, carpeta “01CuadernoUno”, documento “01CuadernoPrincipal.pdf”, pág. 188.

⁴ *Ídem*, pág. 131.

⁵ *Ídem*, pág. 135.

⁶ *Ídem*, pág. 139.

⁷ *Ídem*, pág. 140.

⁸ Solo se acreditó el de Andrés Samper Seade y Dug Cargo S.A.S. en liquidación. Véase recorte de periódico visible a folio 130 del cuaderno principal del expediente físico.

⁹ Expediente digital, carpeta “01CuadernoUno”, documento “01CuadernoPrincipal.pdf”, pág. 108.

¹⁰ *Ídem*, pág. 112.

¹¹ Expediente digital, carpeta “01CuadernoUno”, documento “01CuadernoPrincipal.pdf”, pág. 162.

¹² *Ídem*, pág. 172.

pesar de ello, aún existía otra dirección en el expediente en la cual se podía intentar la intimación de la orden de apremio (Cra. 106#15A-25 MZ. 4 BG. 3 INT.35/36)¹³.

Frente a **Dug S.A.S. en liquidación** se advierte que, aunque el envío del citatorio resultó negativo a la dirección física (Av. Jiménez #7-25 Of. 316)¹⁴, devino positivo al correo electrónico (ginna818@hotmail.com)¹⁵, último ante el cual también resultó próspero el aviso ordenado por el artículo 292 del CGP¹⁶. Pese a lo anterior, lo cierto es que nada refrenda que aquella dirección electrónica sea la registrada por la sociedad mercantil para recibir notificaciones judiciales, en armonía con el numeral 2° del artículo 291 del CGP, pues en el certificado de existencia y representación legal no aparece inscrita¹⁷ ni otro documento permite colegir que le pertenece a la mencionada sociedad mercantil.

Por último, en tratándose de **Dug Holding S.A.S. en liquidación** se tiene que el citatorio del artículo 291 del CGP fue negativo tanto a la dirección física (Av. Jiménez #7-25 Of. 316)¹⁸ como a la electrónica (contacto@dug.com.co)¹⁹, razón por la cual la parte actora solicitó su emplazamiento²⁰, que, pese a que el juzgado no lo ordenó, también se suplicó sin antes intentar el enteramiento a la otra dirección física que obraba en el expediente (Cra. 106#15A-25)²¹.

2.2. En lo atinente a los ejecutados restantes, hay que decir que no son ajenas las anomalías que motivaron la decisión apelada.

Véase que, de **Dug Cargo S.A.S. en liquidación** resultó impróspero el envío de la citación a la dirección física (Cra. 106#15A-25 MZ. 14 BG. 4 LOT. 76 Zona Franca B)²² y a pesar de que fue positivo a la dirección electrónica consignada en el certificado de existencia y representación legal (nmolina@dugcargo.com)²³, la remisión del aviso a esta última resultó negativa²⁴, por lo que se solicitó su emplazamiento²⁵ a lo que el despacho accedió en proveído del 28 de agosto de 2018²⁶ y la parte actora realizó²⁷, e incluso se le nombró curador *ad litem*²⁸. Lo anterior, sin tener en cuenta que en el expediente todavía obraba una dirección adicional, a la que se podía intentar el enteramiento del proceso, esto es, la “Cra. 9#81A-26 Of. 503”²⁹.

¹³ *Ídem*, pág. 6.

¹⁴ *Ídem*, pág. 82.

¹⁵ *Ídem*, pág. 86.

¹⁶ *Ídem*, pág. 148.

¹⁷ *Ídem*, págs. 21 a 23.

¹⁸ *Ídem*, pág. 77.

¹⁹ *Ídem*, pág. 94.

²⁰ *Ídem*, pág. 98.

²¹ *Ídem*, pág. 4.

²² *Ídem*, pág. 126.

²³ *Ídem*, págs. 30 a 34 y 120.

²⁴ *Ídem*, pág. 175.

²⁵ *Ídem*, pág. 139.

²⁶ *Ídem*, pág. 188.

²⁷ *Ídem*, págs. 130 y 131.

²⁸ *Ídem*, págs. 198, 355 y 361.

²⁹ Expediente digital, carpeta “01CuadernoUno”, documento “01CuadernoPrincipal.pdf”, págs. 6 y 32.

Similar situación ocurrió con la persona natural **Andrés Samper Seade**, porque si bien devino negativa la citación dirigida a la dirección física (Cra. 15#108A-66)³⁰ y fue emplazado³¹, en uno de los pagarés que sustentan la ejecución se consignó otra nomenclatura en la que se podía intentar su enteramiento en punto a la existencia del proceso (Cra. 7#237-07)³².

2.3. Entonces, se tiene que el extremo demandado no se notificó en debida forma del auto de apremio, y por ende, tampoco se trabó la *litis* para continuar con el curso del cobro, porque en resumen: no se emplazó a Shetland Colombia S.A.S.; de Dug Services S.A.S. en liquidación, Dug Holding S.A.S. en liquidación, Dug Cargo S.A.S. y Andrés Samper Seade existían direcciones de notificación pendientes por agotar previo al emplazamiento que sólo procede cuando en verdad se ignora el lugar donde puede ser citado el demandado (art. 293, CGP); y de Dug S.A.S. en liquidación no se acreditó que la dirección electrónica utilizada le perteneciera (art. 291-2, CGP).

Entonces, con el desconocimiento de las reglas establecidas por el estatuto procesal civil para el debido enteramiento del auto de apremio (arts. 289 y s.s.), anómalos devienen: **i)** el proveído del 29 de mayo de 2018 a través del cual se ordenó el emplazamiento de Andrés Samper Seade y Shetland Colombia S.A.S.³³, **ii)** el del 28 de agosto de 2018 mediante el cual se tuvo por notificados a Shetland Colombia S.A.S., Dug Services S.A.S. en liquidación, Dug S.A.S. en liquidación y Dug Holding S.A.S. en liquidación, y se conminó al emplazamiento de Dug Cargo S.A.S. en liquidación³⁴, **iii)** el del 29 de abril de 2019, en el que se tuvo en cuenta la publicación de emplazamiento de Dug Cargo S.A.S. en liquidación y Andrés Samper Seade, y se ordenó su inclusión en el Registro Nacional de Personas Emplazadas³⁵, **iv)** los del 9 de julio, 27 de septiembre y 18 de noviembre de 2019, y 5 de febrero de 2020, con los que se designó curador *ad litem* de Dug Cargo S.A.S. en liquidación y Andrés Samper Seade³⁶, **v)** los actos realizados por el curador *ad litem* de Dug Cargo S.A.S. en liquidación y Andrés Samper Seade³⁷, **vi)** la réplica a las excepciones formuladas por el auxiliar de la justicia, hecha por la parte actora³⁸, y **vii)** el auto de 2 de marzo de 2021 que convocó a la audiencia de que tratan los artículos 372 y 373 del CGP³⁹.

Así las cosas, resulta ajustada a derecho la decisión del juez *a quo*, pues como se sabe, el proceso es nulo “cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda -en este caso, del mandamiento de pago- a personas determinadas (...) cuando la ley así lo ordena” (art. 134-8, CGP).

³⁰ *Idem*, pág. 102.

³¹ *Idem*, págs. 104 y 140.

³² *Idem*, pág. 4.

³³ *Idem*, pág. 188.

³⁴ *Idem*, pág. 191.

³⁵ *Idem*, pág. 198.

³⁶ *Idem*, págs. 198, 272, 334 y 355.

³⁷ *Idem*, págs. 253, 423 a 425.

³⁸ *Idem*, págs. 473 a 478.

³⁹ *Idem*, pág. 481.

3. A pesar de que esa nulidad debe ser puesta en conocimiento a la persona afectada para que la alegue so pena de su saneamiento (art. 137, *id.*) por cuanto solo ella puede invocarla (inc. 3°, art. 135, *id.*), lo cierto es que, en el asunto de marras, hasta el momento, ninguno de los ejecutados ha concurrido al proceso lo que imposibilita dar trámite a tales exigencias.

Cabe añadir que el ordenamiento procesal también habilita al juez para “adoptar las medidas necesarias para sanear los vicios de procedimiento o precaverlos” (art. 42-5, *id.*), y le exige que “agotada cada etapa del proceso” realice un “control de legalidad para corregir o sanear los vicios que configuren nulidades u otras irregularidades del proceso” (arts. 42-12 y 132, *id.*); disposiciones en las que se soportó el juzgador de primera instancia para tomar la determinación fustigada, más cuando los defectos percibidos obedecen en parte a yerros en la revisión y sustanciación del proceso a cargo del mismo despacho judicial que devienen lesivos de la parte ejecutada, quien no está llamada a soportarlos.

No se olvide que, la nulidad en estudio se cimenta en la garantía, por demás constitucional, al debido proceso y al derecho de defensa de quienes deben hacer parte del litigio, lo que le permite al director del proceso arrogarse la labor de encauzarlo hacia la efectividad de los derechos reconocidos por la ley, como sucedió en el caso *sub examine*, lo que no amerita reproche.

4. Por último, alegan los apelantes que la irregularidad en que se soportó el juez de primer grado se sorteó con la actuación adelantada por el curador *ad litem* quien se notificó en nombre de Dug Cargo S.A.S en liquidación y Andrés Samper Seade⁴⁰. Sin embargo, el auxiliar de la justicia no convalidó, ni tenía a su alcance convalidar la nulidad que sacó a relucir el fallador, por las siguientes razones:

4.1. La primera, porque las deficiencias que llevaron al juez de primera instancia a declarar la invalidez anteceden a la designación y a todas las actuaciones del curador las cuales, por lo mismo, perdieron eficacia ante el decreto de la nulidad en comento.

4.2. La segunda, debido a que el auxiliar de la justicia que se designó mediante auto del 5 de febrero de 2020⁴¹, solamente representó a dos de los seis ejecutados, esto es, a Dug Cargo S.A.S en liquidación y a Andrés Samper Seade; luego, no tenía la virtualidad de convalidar las anomalías procesales que acaecieron no solo frente a aquellos dos sino a todos los sujetos pasivos de la acción, como quedó expuesto en el punto 2 de estas consideraciones.

4.3. La tercera, porque lo cierto es que, en rigor, el curador ni es propiamente la parte ejecutada, ni tampoco recibió de ella poder para representarla, por manera

⁴⁰ Expediente digital, carpeta “01CuadernoUno”, documento “01CuadernoPrincipal.pdf”, pág. 361.

⁴¹ *Ídem*, pág. 355.

que, la normal actuación del auxiliar de la justicia en el proceso carece de cualquier efecto convalidador, como lo sugieren los opugnantes.

5. No prospera, por ende, la alzada en estudio.

DECISIÓN

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto de 16 de junio de 2021, mediante el cual el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá declaró la nulidad parcial de la ejecución, a partir del auto del 29 de mayo de 2018.

Sin costas en segunda instancia, por no aparecer causadas.

De las results de la apelación de la referencia y de forma inmediata, la secretaría del Tribunal informará al despacho de primera instancia, para que tome nota, en lo pertinente.

Devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

Notifíquese y **cúmplase**.

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:
a8d2e4f7a7bc2bdbcb595fb3100d5fb828208643516306466856dc6113620d46
Documento generado en 10/12/2021 12:26:17 PM

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

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

Bogotá, D. C., diez de diciembre de dos mil veintiuno

11001 3103 024 2017 00491 02

Ref. Proceso declarativo incoado por Herminio Velandia Méndez QEPD (Cesionaria Flor Alba Martínez Ramírez)
contra **Ana Silvia Vivas Arévalo**.

Se confirma el auto de 5 de agosto de 2021 (cuya apelación fue asignada por reparto al suscrito Magistrado el día 25 de noviembre de 2021), mediante el cual, con apoyo en el artículo 136 del C. del G.P., el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá declaró infundado el incidente de nulidad propuesto por la señora Ana Silvia Vivas Arévalo

Fundamentación del auto apelado. Allí se aseveró que, la incidentante no especificó la causal de nulidad invocada; que con soporte en el artículo 529, *ibidem*, se alegó que, al no haberse hecho las inscripciones en el registro mercantil, a las que este artículo se refiere; que de haberse presentado una nulidad esta quedó saneada, porque la solicitud incidental fue “extemporánea”, pues se invocó con posterioridad a que se “admitiera el proceso de liquidación” y que, vistos los actos procesales, la señora Vivas Arévalo “actuó sin proponerla”(art. 136 ib.).

La juzgadora *a quo* añadió que, con ocasión del proceso de la referencia, lo que se hizo fue declarar mediante sentencia, la existencia de una “sociedad civil de hecho”; que no se está en presencia de una sociedad mercantil, pues no desarrolla actividades comerciales o está sujeta algún tipo de asunto del derecho comercial; y que los sujetos procesales no desarrollan actividades de comercio, por lo que no había lugar a inscribir en el registro mercantil la sentencia de 12 de abril de 2018.

LA APELACIÓN. La inconforme Vivas Arévalo insistió en que ha de declararse la nulidad de lo actuado desde la sentencia de 12 de abril de 2018, por cuanto en dicho fallo, no se ordenó “inscribir en la cámara de comercio de Bogotá” la sociedad de hecho allí declarada, conforme lo exige el artículo 529 del C.G.P. y que, ante la ausencia de inscripción, la juez *a quo* también desconoce los artículos 7, 11 y 13 del CGP y lo y 238 de la Ley 222 de 1995.

La apelante aprovechó la oportunidad para incluir múltiples argumentos en contra del auto con el que la juez *a quo* aprobó el contenido del inventario de activos y pasivos -de que trata artículo 530 (num. 2, 3 y 5) del C.G.P.- y resolvió negativamente sobre las objeciones que contra este propuso la acá inconforme.

Para decidir SE CONSIDERA:

1. El incidente de nulidad del cual ahora se conoce en sede de apelación, no estaba llamado a tener éxito, con motivo de una circunstancia que, en criterio del suscrito Magistrado, incluso imponía su rechazo de plano, esto es, porque según la norma pertinente, el juez

“rechazará de plano la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo” (art. 135 del C.G. del P.).”

En punto al reparo central según el cual, el hecho de que en la sentencia de 12 de abril de 2018 (PDF 0050) la juez *a quo* no haya dispuesto que la providencia en cita se inscribiera en el registro mercantil, lo que, a su juicio lo imponía el artículo 529 (num. 4) del C. G. del P., se tiene que, tales circunstancias no se enmarcan en ninguna de las hipótesis que, taxativamente, contempla el ordenamiento jurídico como causales de nulidad procesal, contingencia suficiente para que, como en su momento lo dispuso el juzgador de primera instancia, se repudiara la susodicha solicitud (art. 135 C.G.P.).

No se olvide que la invalidación del proceso **“sólo puede dispensarse de cara a anomalías respecto de las cuales la solución legal expresamente concebida para enmendarlas sea la anulación del acto o actos procesales en los cuales repercute, situaciones que por consecuencia, deben juzgarse con criterio restrictivo, pues no le está dado al fallador adecuar en ellas hipótesis diversas de las sancionadas legalmente,** acudiendo a argumentos de analogía, por mayoría de razón, o de cualquiera otra variedad, con el fin de privarlas de sus efectos normales. Como lo tiene definido la doctrina de la Corte" (G.J. t. XCI, pág. 449).

Esa doctrina armoniza con lo que, sobre el principio de taxatividad en materia de nulidades procesales contemplan los artículos 133 y 135 del C.G.P.

2. Ahora, si en gracia de discusión se admitiera que con el proferimiento de la sentencia de 12 de abril de 2018 acaeció una nulidad, ha de verse que, para el momento en que esta irregularidad se invocó, es decir, 5 de agosto de 2021, se encontraba saneada por no haberse alegado oportunamente.

Visto, entonces, que transcurrieron más de 2 años y 4 meses desde que se dictó la sentencia en cita y la fecha en que, se radicó la demanda incidental en mención, es ostensible que no se satisfizo el requisito de temporalidad que para la viabilidad de la declaración de nulidad prevé el primer numeral del artículo 136 del C. G. del P.

Tal conclusión armoniza con las pautas que ha fijado la Corte Suprema de Justicia frente a casos que, en lo medular, guardan similitud con el que aquí se decide, Corporación que ha destacado que “sólo la parte afectada puede saber y conocer el perjuicio recibido, y de una u otra manera lo revelará con su actitud; más hacerse patente que si su interés está dado en aducir la nulidad, **es de suponer que lo hará tan pronto la conozca, como que de hacerlo después significa que, a la sazón, el acto procesal, si bien viciado, no le representó agravio alguno**; amén de que reservarse esa arma para esgrimirla sólo en caso de necesidad y según lo aconseje el vaivén de las circunstancias es abiertamente desleal” (CSJ., sent. del 11 de marzo de 1991, citada en providencia del 25 de abril de 2005, exp. 1991 3611 02 M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar).

3. En punto al segundo de los reparos, alusivo al auto con el que se aprobó el inventario de activos y pasivos y se resolvió sobre las objeciones que presentaron las partes (num. 4 art. 530 del C.G.P.), lo que en el fondo plantea la señora Vivas Arévalo en su apelación -pues sobre esos tópicos no versó el incidente de nulidad-, es su inconformidad con la providencia en mención, la cual no recurrió en la audiencia de 5 de agosto de 2021.

Empero, tal propósito resulta inatendible por la vía por la que optó la incidentante, en tanto que, como lo ha sostenido este mismo Tribunal frente a asuntos similares, “las nulidades procesales no **pueden convertirse en oportunidades para solicitar la revocatoria de una determinada providencia judicial**, toda vez que la censura que se haga frente a un pronunciamiento específico de la administración de justicia, solamente es posible a **través de los recursos previstos por el legislador (reposición, apelación, casación etc.), siendo claro que los motivos que en forma taxativa consagra aquella norma, únicamente conducen a invalidar ‘todo’ el proceso, o ‘parte’ de él, no una providencia, o parte de ella**”(TSB., auto de 4 de febrero de 2004).

4. No prospera, por ende, la apelación en estudio.

DECISION

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto de 5 de agosto de 2021, mediante el cual el Juzgado 24 Civil del Circuito de Bogotá declaró infundado el incidente de nulidad propuesto por la demandada **Ana Silvia Vivas Arévalo**.

Sin costas de segunda instancia, por no aparecer causadas.

Devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase.

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

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

Código de verificación:

82d2ee2b87f6bc09aef5c1bc5d2cc8912e03b2405bdbcb3a4345923de5f627846

Documento generado en 10/12/2021 12:53:04 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso verbal de pertenencia de **BIBIANA JANETH BUSTAMANTE GUTIÉRREZ** en contra de **PAULINA SÁNCHEZ VIUDA DE HERRERA** y otros. (Apelación de sentencia). **Rad:** 11001-3103-035-2018-00210-01.

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

El inciso tercero del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, prevé que *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días. Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto. (...)”*.

Pues bien, en el presente asunto mediante proveído del 25 de noviembre del año en curso, se admitió la alzada y se otorgó la oportunidad al extremo apelante para que la sustentara ante esta instancia y, a su vez, para que, en ese caso, su contradictor presentara la réplica respectiva¹, decisión notificada por estado del día siguiente.

No obstante, según el informe secretarial que antecede la parte impugnante dentro del plazo previsto guardó silencio², por lo que al tenor del canon en cita se declarará desierto el remedio vertical.

En consecuencia, se **RESUELVE**

¹ Archivo “04 Admite035-2018-00210-01” del “02 CuadernoTribunalApelacionSentencia”.

² Archivo “06 InformeEntradaDespacho10Diciembre2021 210” del “02 CuadernoTribunalApelacionSentencia”.

Primero. DECLARAR desierto el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia proferida el 21 de septiembre de esta anualidad, por el Juzgado Treinta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. En firme este pronunciamiento, devolver el expediente a la autoridad jurisdiccional de origen, previas las anotaciones de rigor. Por la secretaría ofíciase.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Aida Victoria Lozano Rico

Magistrada

Sala 016 Civil

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

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

Código de verificación:

c25d8e929c33a99f5888fe260f486370fff93d51867876ac44570416ba23c726

Documento generado en 10/12/2021 02:17:36 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

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

Bogotá, D. C., diez de diciembre de dos mil veintiuno

110013103 015 2016 00620 03

Ref. proceso verbal de Aura Teresa Sabogal Rubio frente a RV inmobiliaria S.A.

Se admite el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia que, el 29 de julio de 2021 profirió el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia. La alzada le correspondió por reparto al suscrito Magistrado el 22 de noviembre de 2021.

En su momento, **la secretaría controlará el surtimiento de los traslados de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.**

Las partes tendrán en cuenta que los memoriales con destino a este proceso serán remitidos al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para lo que haya lugar.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado

Sala 011 Civil

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

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

Código de verificación:

**7d11ac656c4df333b94ea1cac6c2efc79ce7fe7111a9f66b625f75c553f2
9b5f**

Documento generado en 10/12/2021 02:46:18 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
Rad. 110013103037201800219 01**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ingresadas las diligencias al Despacho se dispone:

PRIMERO: Téngase en cuenta para todos los efectos legales, la renuncia al poder presentada por el apoderado Iván Andrés Pataquiva Prieto como apoderado del demandado Pedro Gómez y Cía S.A.S. conforme lo impera el artículo 76 del Código General del Proceso.

SEGUNDO: Agréguese a los autos la decisión número 2021-01-568550 del 21 de septiembre de 2021, por medio de la cual se terminó el proceso de reorganización de la sociedad demanda y dio inicio al proceso de liquidación judicial¹.

Dentro de esa decisión se designó a la señora Biviana del Pilar Torres Castañeda como liquidadora de Pedro Gómez y Cía S.A.S., razón por la cual, se requiere a la liquidadora, a fin que otorgue poder a profesional del derecho para que represente los intereses del extremo pasivo en el presente litigio.

TERCERO: Previamente a resolver lo que corresponda frente a la solicitud de suspensión presentado por el apoderado del demandante Tecnivial S.A.S.², se corre traslado de dicha petición a la liquidadora del demandado, para que en el término de ejecutoria se pronuncie al respecto.

Secretaría remita copia de esta decisión y del escrito de suspensión al correo electrónico de la liquidadora³.

Notifíquese y Cúmplase,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado
(037-2018-00219-01)

¹ Archivo 13 de la carpeta denominada "03. Memoriales".

² Archivo 16 de la misma ubicación

³ btorres@tcabogados.com.co; biviana.torres@gmail.com.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



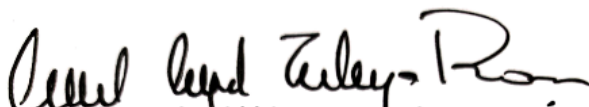
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
Rad. 110013103016200900757 02**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Revisado la totalidad del expediente y teniendo en cuenta el proveído con fecha del 1º de diciembre calendado, en el cual se requirió al juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad para que aportara la totalidad del expediente de la referencia; sin embargo, a la fecha no se allegó la totalidad del expediente, en especial el proveído que negó la nulidad solicitada, así como el escrito de disenso presentado.

Como quiera que, no se aportaron las piezas procesales, se devuelve el presente expediente, para que el juzgado de ser necesario reconstruya y remita el expediente conforme los protocolos de digitalización del expediente, con el fin de que se pueda surtir en debida forma la alzada.

Notifiquese y Cúmplase,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
RAD. 110013103011202000250 01**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021).

**REF. PROCESO DECLARATIVO DE AVALON
PHARMACEUTICAL COLOMBIA S.A CONTRA CENTRO DE
EXPERTOS PARA LA ATENCION INTEGRAL IPS.**

I.- ASUNTO

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación que el extremo demandante interpuso contra la providencia del 05 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad, mediante la cual se rechazó la demanda presentada por Avalon Pharmaceutical Colombia S.A.

II.- ANTECEDENTES

1.- En proveído del 11 de noviembre de 2011, el juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad, resolvió el recurso de reposición interpuesto por el ejecutado contra el auto que libró mandamiento ejecutivo de pago, el que tuvo como resultado la revocatoria del mismo. Razón por la cual, conforme a lo dispuesto en el artículo 430 del Código General del proceso, se presentó en término, demanda declarativa por parte del demandante, a fin de buscar el cobro de los documentos nombrados como facturas.

2.- Mediante proveído del 04 de febrero de 2021, el juzgado Once Civil del Circuito inadmitió la demanda presentada por la sociedad *Avalon Pharmaceutical Colombia S.A.* en la cual se le concedió el plazo de cinco (5) días para subsanarla en los siguientes puntos: I. *“Desarróllense los hechos debidamente determinados, clasificados y numerados, explicando (i) la relación comercial entre las partes, (ii) el objeto de los vínculos comerciales y el desarrollo de actividades económicas entre la demandante y la demandada, (iii) explíquese de forma individual el contenido de cada una de las facturas emitidas y cuya obligación se pretende sea*

declarada, (iv) aclarase el hecho cuarto, teniendo en cuenta que el mismo no es un hecho sino una apreciación personal.” II. “Indíquese claramente y de forma ordenada cuáles son las obligaciones que se pretenden sean declaradas, incluyendo tanto capital como intereses de forma precisa e individual...” III. “Apórtese el juramento estimatorio discriminado palmariamente cada uno de los conceptos reclamados, indicando el fundamento de las sumas de dinero especificadas en las pretensiones...” IV. “Apórtese el juramento estimatorio discriminado palmariamente cada uno de los conceptos reclamados, indicando el fundamento de las sumas de dinero especificadas en las pretensiones. (...)”.

3.- El Juez mediante auto del 05 de marzo de 2021, rechaza la demanda, porque la parte demandante no cumplió con lo dispuesto a cabalidad lo ordenado en los puntos uno, dos y cuatro del auto del 04 de febrero calendado.

4.- Inconforme con la anterior determinación la parte demandante interpuso recurso de apelación contra el auto que rechazo la demanda indicando *“(...) se dio cumplimiento al auto inadmisorio de la demanda y por lo tanto le solicito al despacho se revoque el auto atacado y se dicte auto admisorio de la demanda ordinaria. (...)”.*

III. CONSIDERACIONES

1.- Se debe recordar que frente al *“recurso de apelación”* tiene como objeto que el superior funcional examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, tal y como lo expone el artículo 320 del Código General del Proceso.

2.- Cabe mencionar que, por mandato del Código General del Proceso, el juez declarará inadmisibile la demanda, además de otras causales, en el evento que ésta no reúna los requisitos formales; en tales casos, el funcionario señalará los defectos de que adolezca la demanda para que el actor los subsane dentro del término correspondiente, a fin de decidir, posteriormente, si la admite o la rechaza.

3.- En materia de inadmisión de la demanda, el legislador acogió un criterio taxativo al proceder sólo por los presupuestos contemplados en el artículo 90 del Estatuto de los Ritos Civiles que, de no cumplirse dentro de su término legal, conduce a su rechazo.

4.- Revisado el cuerpo de la demanda, lo que se puede apreciar es que la misma es una copia íntegra de los hechos de la demanda ejecutiva, téngase en cuenta que la demandante se limitó a decir *“los títulos allegados al despacho, cumplen con los requisitos de aceptación señalados en el artículo 774 del Código de Comercio”* y *“las precitadas facturas de venta reúnen los requisitos establecidos en el artículo 422 de la ley 1564 de 2012, requeridos para su cobro por vía de ejecución, en cuanto que las facturas, obedecen a documentos provenientes del deudor, en donde consta una obligación clara, expresa y exigible, concordante con el artículo 793 del Código de Comercio”*, cuando ya se había indicado por la funcionaria de primer grado que los documentos aportados como base del cobro ejecutivo no cumplían con los requisitos necesarios para reclamarse mediante esa vía.

5.- Tampoco se determinó, clasificó y numeró los hechos de la demanda, tampoco se acreditó, que se remitiera copia del escrito de demanda a su contraparte, tal como lo exige el inciso cuarto del artículo 6° del decreto 806 de 2020, requisito que es esencial para interponer la demanda.

6.-Por tanto, considera esta Corporación que los requerimientos ordenados por la señora Juez de primera instancia, están acordes a los presupuestos procesales correspondientes, exigidos en el artículo 82 y 90 del Código General del Proceso, por lo que se confirmará el auto objeto de alzada.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto del 05 de marzo del 2021, proferido por el juzgado Once Civil del Circuito de esta ciudad, por el cual se rechazó la demanda dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

TERCERO. Remítase la actuación al juzgado de origen.

R.I. 15035

Rad. 1100131030112020 00250 01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
RAD. 110013103029202000294 01**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre del año dos mil veintiuno (2021).

**REF. PROCESO VERBAL DE ARNULFO GUALDRON VARGAS
CONTRA GLORIA PATRICIA OCHA RAMIREZ.**

I.- ASUNTO

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación que el extremo demandante interpuso contra la providencia del 04 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de esta ciudad, mediante la cual se rechazó la demanda dentro del proceso de referencia.

II.- ANTECEDENTES

1.- Los señores Arnulfo Gualdron Vargas y Olga Lucia Mora Motta, mediante apoderado judicial, impetraron proceso de acción redhibitoria contra la señora Gloria Patricia Ochoa Ramírez y otros, respecto del bien inmueble distinguidos con matrículas inmobiliarias 50N-20006390.

2.- La presente demanda le correspondió por reparto al Juzgado antes indicado quien en auto del 15 de marzo de 2021 inadmitió la demanda, para que la parte demandante dentro del término consagrado en el inciso 3° del artículo 90 del Código General del Proceso subsanara la demanda en los siguientes puntos: “(...) *deberá aportarse poder debidamente conferido como mensaje de datos e incluyendo el buzón electrónico del otorgante y apoderado en el mismo texto del poder. Además, debe ser remitido desde el iniciador del poderdante.*; 2. *Deberá precisar la actora por qué se promueve la acción única y exclusivamente por parte de uno de los compradores; caso contrario, deberá allegar el poder e incluir en el escrito de demanda a la compradora Olga Lucía Mora Motta.*; 3. *Apórtese copia autentica de la escritura pública número 2386 del 12-08-2020 elevada en la Notaría 73 de Bogotá, por medio de la cual se constituye “fideicomiso civil” en favor de STEFANNY GUALDRON MORA (...)*; 4. (...)

realizar el juramento estimatorio (...); 5. Aporte la constancia de agotamiento de la conciliación extrajudicial en derecho que como requisito de procedibilidad es necesaria para acudir a la jurisdicción.; 6. Acredite la remisión de la demanda y sus anexos para ante su antagonista, requisito de procedibilidad exigido por el inciso 4° del art. 6 del Decreto 806 de 2020 (...); 7.- Acredite que los datos suministrados por el apoderado del extremo demandante se encuentran consignados en el registro nacional de abogados. (...).”

3.- Dentro del término legal, el extremo actor allegó escrito de subsanación de demanda en el que mencionó, se subsanaba la demanda, aportando lo solicitado y manifestando respecto al quinto requisito indicó se subsanaba por medio de la solicitud de medidas cautelares previas, con fundamento en lo previsto en el numeral 1° del artículo 590 del Código General del Proceso; el sexto requisito “*Se subsana, solicitando respetuosamente a su Señoría, dar aplicación a lo indicado en el inciso 4° del artículo 6 del Decreto 806 de 2020, “salvo cuando se soliciten medidas cautelares previas”*

4.- mediante proveído del 04 de mayo calendado, el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de esta ciudad, rechazó la demanda manifestado “*(...) con el escrito de subsanación no se aportó la constancia de agotamiento de la conciliación extrajudicial en derecho como requisito de procedibilidad, necesario para acudir a la jurisdicción, ni la constancia de remisión que conforme al art. 5° del Decreto 806 de 2020, (...). Con otras palabras, no se dio cumplimiento a los numerales 5 y 6 del admisorio.*

Y no podrá suplir el requisito de procedibilidad, la petición de le medidas cautelares, porque en tratándose de procesos declarativos, es menester que la cautela sea viable, vale indicar, que reúnan los requisitos previstos por el legislador en el art. 590 del C.G.P., a petición con tal finalidad respecto del inmueble con FMI 50N-317082 de propiedad de una de las demandadas, deviene improcedente, dado que ese tipo de cautela fue diseñada exclusivamente para asegurar el cumplimiento de derechos ciertos e indiscutibles, situación que brilla por su ausencia en este escenario.”

5.- Inconforme con la decisión adoptada interpuso reposición y el subsidiario de apelación, el que fue resuelto en proveído del 21 de junio de 2021, adverso a las pretensiones del actor y, se concedió la alzada que es del caso resolver previas las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

1.- Se debe recordar que frente al “recurso de apelación” tiene como objeto que el superior funcional examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, tal y como lo expone el artículo 320 del Código General del Proceso.

2.- Cabe mencionar que, por mandato del Código General del Proceso, el juez declarará inadmisibile la demanda, además de otras causales, en el evento que no acredite que agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad; en tales casos, el funcionario señalará los defectos de que adolezca la demanda para que el actor los subsane dentro del término correspondiente, a fin de decidir, posteriormente, si la admite o la rechaza.

3.- En materia de inadmisión de la demanda, el legislador acogió un criterio taxativo al proceder sólo por los presupuestos contemplados en el artículo 90 del Estatuto de los Ritos Civiles que, de no cumplirse dentro de su término legal, conduce a su rechazo.

4.- El párrafo 1º del artículo 590 del Código General del Proceso reza *“En todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez, sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito e procedibilidad.”*

Asimismo, el inciso 3º artículo 90 ibídem establece *“Mediante auto no susceptible de recursos el juez declarará inadmisibile la demanda solo en los siguientes casos:1. Cuando no reúna los requisitos formales.2. Cuando no se acompañen los anexos ordenados por la ley.3. Cuando las pretensiones acumuladas no reúnan los requisitos legales.4. Cuando el demandante sea incapaz y no actúe por conducto de su representante.5. Cuando quien formule la demanda carezca de derecho de postulación para adelantar el respectivo proceso.6. Cuando no contenga el juramento estimatorio, siendo necesario.7. Cuando no se acredite que se agotó la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad.”*

5.- la normativa establece que se tiene que pedir las medidas cautelares con el escrito de demanda, por ende, no se puede agotar el requisito de procedibilidad con la solicitud de medidas cautelares en la subsanación del escrito de demanda, ya que la subsanación es el momento en el cual se suplen los yerros que no se hicieron en el escrito de demanda presentado inicialmente

6.-Tampoco se evidencia que se haya enviado a la parte demandada el escrito de demanda y su respectiva subsanación, tal como lo exige el inciso 4° del artículo 6° del decreto 806 de 2020, requisito que es esencial para interponer la demanda.

7.- Teniendo en cuenta los artículos antes referenciados y revisando el tenor literal de los mismos, el accionante nunca tuvo la intención de pedir medidas cautelares, tan es así que en el escrito de demanda nunca las indicó, pretende entonces, saltarse ese requisito de procedibilidad con las medidas cautelares, las cuales son improcedentes y están fuera de lugar.

8.- Debe recordar el profesional de derecho y se itera que las medidas cautelares se deben interponer desde el escrito de demanda para poder agotar el requisito de procedibilidad, cosa la cual no hizo.

Recuérdese que la juez de primera instancia se pronunció diciendo que la misma devenían improcedente *“dado que ese tipo de cautela fue diseñada exclusivamente para asegurar el cumplimiento de derechos ciertos e indiscutibles...”*

Razón por la cual se confirmará el auto objeto de alzada.

IV. DECISIÓN

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

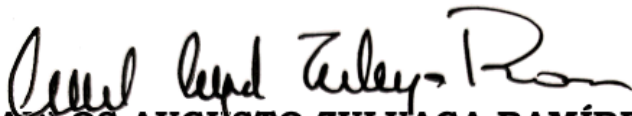
RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto del 04 de mayo del 2021, proferido por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de esta ciudad, por el cual se rechazó la demanda dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso.

TERCERO. Remítase la actuación al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
 **Magistrado**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada ponente

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno
(2021)

Ref: Verbal (pertenencia)

Radicado: 11001 3103 040 2017 00316 01

Demandante: Conjunto Residencial La María

Demandado: Constructora La María Ltda

El informe Secretarial que antecede da cuenta que extremo demandante **no sustentó el recurso de apelación** en esta instancia en el plazo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, que formuló contra la sentencia proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá D.C., el día **13 de octubre de 2021**; lo anterior, no obstante que, de forma clara en el auto notificado en Estado del 24 de noviembre anterior, y publicado en el sistema de gestión judicial Siglo XXI, se le indicó que debía sustentarlo ante esta Colegiatura, pues de no realizarse en la forma y oportunidad allí contemplada se declararía desierto; entonces, ante el silencio del recurrente, quien no se pronunció en sentido alguno, ni solicitó tener en cuenta como sustentación los reparos expuestos ante la primera instancia, se, **RESUELVE:**

PRIMERO: DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá D.C., el día **13 de octubre de 2021**, por lo dicho en esta providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, por secretaria de la Sala, **DEVOLVER** el expediente digitalizado al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 009 Civil

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

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

Código de verificación:

29fe41fc33f1e06318512849b6e33e337484d527ee9790e401674a3429c75e6

9

Documento generado en 10/12/2021 02:58:07 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

**REF: EJECUTIVO de MEDIINSUMOS
ESPECIALIZADOS y OTRO contra CENTRO DE ALTA TECNOLOGÍA EN
SERVICIOS EN SALUD -CATSS- S.A.S. Exp. 2021-00001-01.**

*Procede el Magistrado Sustanciador a resolver el
recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de
fecha 27 de abril del 2021, pronunciado por el Juzgado 17 Civil del Circuito
de Bogotá, por el cual se negó el mandamiento de pago.*

I.- ANTECEDENTES

1.- Fabio Andrés Madrid García, como endosatario en procuración, demandó a la sociedad Centro de Alta Tecnología en Servicios en Salud -CATSS S.A.S.- con miras a que se libre mandamiento de pago respecto de varias facturas de venta por prestación de servicios de salud (Archivo 04, expediente digital).

2.- Mediante auto adiado 27 de abril del 2021, el Juez a-quo negó el mandamiento ejecutivo solicitado, tras sostener que al tratarse del cobro de servicios de salud, el título ejecutivo debía ser complejo y en este asunto no se arrió prueba del contrato de prestación correspondiente, ni la constancia de radicación ante la demandada que soporten las prestaciones médicas, conforme lo previsto en el Decreto 723 de 1997 (Archivo 10, ib).

3.- Inconforme con la decisión, el extremo convocante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación para fundamentarlos argumentó que las partes en contienda no son instituciones

prestadoras de servicios en salud, aseguradoras o EPS, por ende no están reguladas por las normas que integran ese sistema.

Añadió que los cartulares cumplen con todos los requisitos previsto en la Ley 1231 del 2008 y que la normativa invocada por la primera instancia se encuentra actualmente derogada (Archivo 11, ib).

4.- Mediante auto del 29 de octubre de 2021 el juez de primer grado mantuvo la decisión y concedió la alzada que ahora se analiza (Archivo 17, ib).

II.- CONSIDERACIONES

1.- Una obligación de carácter dineraria puede ser cobrada a través de la ejecución forzada siempre y cuando la prestación sea “clara, expresa y exigible, que conste en documento que provenga del deudor o de su causante y constituya plena prueba contra él” (artículo 422 del C. G del P.), de ahí que el juzgador al encontrarse frente a una demanda ejecutiva deba examinar si estos presupuestos se cumplen, pues la ausencia de uno de ellos da al traste con la pretensión invocada.

*La **claridad** consiste en que emerjan nítidamente el alcance de las obligaciones que cada una de las partes se impuso, sin necesidad de acudir a razonamientos que no estén allí consignadas, esto es, que el título debe ser inteligible y su redacción lógica y racional respecto del número, cantidad y calidad objeto de la obligación, así como de las personas que intervinieron en el acuerdo.*

*De la **expresividad** se puede decir que en el legajo esté consignado lo que se quiere dar a entender, así que no valen las expresiones meramente indicativas, representativas, suposiciones o presunciones de la existencia de la obligación, como de las restantes características, plazos, monto de la deuda etc., por consiguiente, las obligaciones implícitas que estén incluidas en el instrumento de no ser expresas no pueden ser objeto de ejecución.*

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

Consecuente con lo anterior, el mandamiento se produce siempre y cuando se acompañe a la demanda un documento que preste mérito ejecutivo (Art. 430 C.G.P.), es decir, que reúna las características mencionadas y se constate la fuerza ejecutiva e idoneidad que le permita constituirse en el fundamento de la orden de pago que se deba proferir.

2.- Los títulos valores para ser considerados como tal deben reunir unos requisitos generales y otros especiales, los de carácter y estirpe general son aquéllos comunes a todos los títulos valores, a saber: el derecho que el título incorpora y la firma de quién lo crea, consagrados en el artículo 621 del Código de Comercio.

En tanto que los requisitos especiales son aquéllos que la ley señale para cada título valor en particular, en el caso de la factura de venta de acuerdo con el artículo 774 sustituido por el artículo 3° de la Ley 1231 de 2008, son los siguientes: a) La fecha de vencimiento. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días siguientes a la emisión, b) la fecha de recibo, con la indicación del nombre, o identificación o firma de quien es el encargado de recibirla y c) el emisor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura del estado del pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso.

Destaca la ley mercantil que no tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos señalados, no obstante la omisión de cualquiera de estos no afectará la validez del negocio que le dio origen.

3.- La factura se encuentra prevista y reglamentada, en su orden, en la Ley 1231 de 2008 y el Decreto No. 3327 de 2009, allí se contempla lo inherente al trámite cuando el comprador del bien o beneficiario del servicio opta por no aceptarla de manera inmediata, el término dentro del cual el comprador o beneficiario puede hacer uso de las posibilidades que la ley le concede y la consecuencia jurídica cuando no opera ninguno de los eventos señalados.

4.- A su vez, el artículo 773 del Código de Comercio -sustituido por el artículo 2° de la Ley 1231 de 2008- señala que el comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico. (Se subraya).

Igualmente, **deberá constar el recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio**, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo y, en el evento en que el vendedor o emisor pretenda endosarla, deberá dejar constancia de ese hecho en el título, la cual se entenderá efectuada bajo la gravedad de juramento. (Énfasis del Despacho).

4.1.- Ahora en cuanto al trámite **para el cobro al interior del sector salud** de facturas relacionadas con la prestación de servicios de salud, el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, “por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”, señala que: “las Entidades Promotoras de Salud EPS de ambos regímenes, pagarán los servicios a los Prestadores de Servicios de salud habilitados, mes anticipado en un 100% si los contratos son por capitación. Si fuesen por otra modalidad, como pago por evento, global prospectivo o grupo diagnóstico se hará como mínimo un pago anticipado del 50% del valor de la factura, dentro de los cinco días posteriores a su presentación. **En caso de no presentarse objeción o glosa alguna, el saldo se pagará dentro de los treinta días (30) siguientes a la presentación de la factura**, siempre y cuando haya recibido los recursos del ente territorial en el caso del régimen subsidiado. **De lo contrario, pagará dentro de los quince (15) días posteriores a la recepción del pago.** El Ministerio de la Protección Social reglamentará lo referente a la contratación por capitación, a la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a glosas y pagos e intereses de mora, asegurando que aquellas facturas que presenten glosas queden canceladas dentro de los 60 días posteriores a la presentación de la factura”.

A su turno el Decreto el Decreto 4747 de 2007 “por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones”, en la parte pertinente, dispone:

Artículo 21. Soportes de las facturas de prestación de servicios. **Los prestadores de servicios de salud deberán presentar a las entidades responsables de pago, las facturas con los soportes** que, de acuerdo con el mecanismo de pago, establezca el Ministerio de la Protección Social. La entidad responsable del pago no podrá exigir soportes adicionales a los definidos para el efecto por el Ministerio de la Protección Social.

(...)

Artículo 23. Trámite de glosas. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en el manual único de glosas, devoluciones y respuestas, definido en el presente decreto y a través de su anotación y envío en el registro conjunto de trazabilidad de la factura cuando este sea implementado. Una vez formuladas las glosas a una factura, no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción. En su respuesta a las glosas, el prestador de servicios de salud podrá aceptar las glosas iniciales que estime justificadas y emitir las correspondientes notas crédito, o subsanar las causales que generaron la glosa, o indicar, justificadamente, que la glosa no tiene lugar. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

(...)

Artículo 24. Reconocimiento de intereses. En el evento en que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura o cuenta de cobro, de conformidad con lo establecido en el artículo 7° del Decreto-ley 1281 de 2002” (resaltado fuera de texto).

Empero, en esa legislación expedida para el sector salud no debe pasar desapercibido lo prevenido en el artículo 9° numeral 4° del Decreto 3260 de 2004, referido a las reglas para el pago en los contratos, cuando se dispuso:

“4. En aquellos eventos en que existan glosas definitivas por parte de la ARS o EPS las partes acudirán a los mecanismos contractuales o legales previstos para la definición de las controversias contractuales surgidas entre las partes.”.

Concordante con la anterior transcripción parcial, la Ley 1438 de 2011 en el artículo 50, parágrafo primero, literaliza: “La facturación de las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud **deberá** ajustarse en todos los aspectos a los requisitos fijados por el Estatuto Tributario **y la Ley 1231 de 2008**”.

5.- Descendiendo al informativo, prontamente advierte el Despacho que se confirmará la negativa de cobro compulsivo que dispuso el juez a- quo respecto de las facturas con los números 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 45 y 46, pues de las mismas no obra prueba de su recepción por parte de la ejecutada, ya que el sello de recibo impuesto da cuenta que fueron radicadas ante una persona jurídica distinta a la aquí convocada, esto es, ARCADIA SALUD S.A.S. entidad no convocada a esta litis, de donde se colige que no reúnen los requisitos que exigen los numerales 2º y 3º del artículo 774 del Código de Comercio.

Así las cosas, la ausencia de rúbrica o bien de un signo o contraseña que pueda sustituirla, permite asumir que no hay manifestación de voluntad de ese deudor de la factura cambiaría lo que de suyo lleva a colegir que los documentos adosados como títulos valores no reúnen los requisitos para serlo, por no reunir los requisitos previstos en la Ley 1231 de 2008 y el Decreto 3327 de 2009, a cuyo tenor “El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. **Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado,** será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.” (Resaltado por el Despacho).

5.1.- Sin perjuicio de lo anterior, hay lugar a revocar la negativa del mandamiento de pago que se determinó frente a las demás facturas cobradas Nos. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 27, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, pues aquellas contienen todos los requisitos previstos en la normatividad comercial atrás citada, debiéndose añadir que no se comparte que la exigibilidad de los títulos valores dependa de la aducción de un contrato de prestación de servicios de salud o demás soportes, pues si bien es cierto para el caso de facturas generadas con ocasión de la prestación de servicios de salud existe normatividad especial, ésta aplica para el cobro extraprocesal de tales documentos, pero si se quiere acudir a la jurisdicción ordinaria-especialidad civil debe necesariamente atenderse a los requerimientos vertidos en la Ley 1231 citada y en el Decreto 3327 de 2009,

pues impera el mandato expreso de la Ley 1438 de 2011, que señala que la facturación emitida en la prestación del servicio de salud debe ajustarse en todos los aspectos a los requisitos fijados por el Estatuto Tributario y a la Ley ya mencionada.

Tampoco es de recibo el argumento del juez de primer grado, conforme el cual las facturas no fueron aceptadas, pues si bien ese acto no fue expreso, no obra prueba que los títulos valores hubieren sido rechazados por el extremo convocado, ni dentro de los 3 días siguientes a su recepción (inciso 3º del artículo 773 del C.Co, modificado por el artículo 86 de la Ley 1676 de 2013), ni en la oportunidad prevista en el artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 (norma especial) de donde puede colegirse que, contrario a lo aseverado por el operador de primera instancia, en este evento se configuró la aceptación tácita e irrevocable del servicio.

6.- Por lo expuesto, se revocará parcialmente el numeral primero del auto del 27 de abril del 2021, para que se disponga por el juez de primera instancia sobre el cobro de las facturas relacionadas en el numeral 5.1., según quedó plasmado. En lo demás se confirmará la providencia

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero del auto del 27 de abril del 2021 proferido en el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, por el que se dispuso negar el mandamiento de pago.

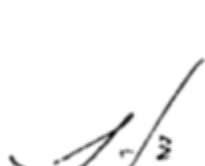
En consecuencia, se ordena al juez de primera instancia que provea sobre el cobro de las facturas Nos. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 27, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 y 64.

En lo demás se confirma la providencia atacada.

origen.

3.- **DEVUÉLVASE** el expediente al juzgado de

NOTIFÍQUESE



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil
veintiuno (2021).*

*REF: VERBAL DE SIMULACIÓN DE HENRY
ALFONSO HERNÁNDEZ FLÓREZ y otros contra JOSÉ SILVANO HERNÁNDEZ
CAMARGO y LEONOR STELLA HERNÁNDEZ FLÓREZ. Exp. 2020-00398-01.*

*Sería del caso decidir lo que en derecho corresponda
respecto del trámite del recurso de apelación formulado por los demandados en
contra de la sentencia del 28 de octubre del 2021, proferida en el Juzgado 36 Civil
del Circuito de Bogotá, de no ser porque se advierte que el trámite está viciado de
nulidad al concurrir la causal prevista en el numeral 8º del artículo 133 del C. G
del P, como pasa a verse.*

*1.- HENRY ALFONSO, JOSÉ SILVANO, PEDRO
ERNESTO y GLADYS MARÍA HERNÁNDEZ FLÓREZ, a través de apoderado
judicial, presentaron demanda en contra de LEONOR STELLA HERNÁNDEZ
FLÓREZ y JOSÉ SILVANO HERNÁNDEZ CAMARGO, con miras a que se declare
la “simulación absoluta” del negocio de compraventa entre ellos celebrado. En
los hechos del libelo se menciona que el bien enajenado hacía parte de la sociedad
conyugal conformada entre José Silvano Hernández Camargo y la fallecida
Leonor Flórez y que “la causa simulandi no era otra que insolentarse con el fin de
defraudar los intereses de la cónyuge” (Archivo 03, exp. digital).*

*2.- Por auto del 25 de enero del 2021 se admitió el
libelo, ordenándose la vinculación de LEONOR STELLA HERNÁNDEZ FLÓREZ
y JOSÉ SILVANO HERNÁNDEZ CAMARGO, y enseguida se dispuso “la
integración del litisconsorcio necesario, con los herederos determinados e
indeterminados de LEONOR FLÓREZ DE HERNÁNDEZ (q.e.p.d), quienes
deberán ser emplazados y notificados en los términos previstos en Decreto 806 de
2020 y normas que regulan la materia del Cgp” (archivo 08, ib).*

*No obstante, en el curso del trámite no se cumplió la
última de las órdenes aludidas, esto es, la vinculación de los herederos de Leonor
Flórez de Hernández (q.e.p.d) y aún con esa irregularidad se dictó la sentencia del
28 de octubre del 2021.*

*3.- El anterior recuento fáctico permite colegir que en
el trámite de primera instancia se omitió el emplazamiento de los herederos
indeterminados vicisitud que genera la nulidad de la sentencia, de conformidad
con lo previsto en el numeral octavo (8º) del artículo 133 del C. G del P. y que con
fundamento en el inciso 5º del artículo 325 del C.G.P. en concordancia con los*

Exp. 2020-00398-01

artículos 134 (inciso final)¹ y 137 ibídem es procedente declararla oficiosamente, para que se reanude la actuación ordenando la integración del litisconsorcio necesario, según quedó plasmado en esta providencia.

4.- Recuérdese que esta figura procesal se erige en la herramienta encaminada a eliminar la eficacia de actos irregulares que comportan afectación al derecho fundamental al debido proceso de alguno o algunos de los intervinientes en el proceso, lo que supone que su aplicación debe someterse a un estricto examen de viabilidad y de subsunción plena en algunas de las causales taxativamente previstas por el legislador.

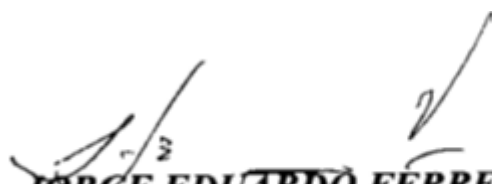
Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

1. DECLARAR de oficio la nulidad de la sentencia de fecha 28 de octubre del 2021.

2. RENUÉVASE la actuación declarada nula, para lo cual el juzgado de primera instancia deberá adoptar las medidas necesarias para vincular a los herederos determinados e indeterminados de Leonor Flórez de Hernández. Téngase en cuenta las previsiones del artículo 138 del C. G del P.

3. DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE.



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

¹ La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, sólo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.

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

Bogotá, D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 036 2016 **00597** 02

Se **inadmite** la apelación subsidiaria formulada por la parte demandante contra el auto de 28 de enero de 2020¹, por medio del cual el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá declaró probadas las excepciones previas de falta de jurisdicción y competencia, como la de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, puesto que la providencia en mención no se encuentra relacionada entre aquellas que sean susceptibles de dicho medio de impugnación (arts. 101 y 321 Cgp).

Ahora bien, como lo que en esencia consideró el a-quo es que no era competente para conocer de la actuación respecto de las pretensiones del demandante Benjamín Tovar Gómez, la norma procesal le exigía remitir las diligencias al estrado judicial competente, asunto que no dilucidó en su proveído, temática que, de todos modos, no es pasible de abordarse en esta oportunidad debido a la restricción del artículo 328 del Cgp.

Lo anterior se menciona porque si la decisión se fundamentó en que el juez de primera instancia no tenía competencia, el inciso 1° del artículo 139 Cgp, establece: “Siempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea

¹ Asunto repartido al magistrado sustanciador por reparto de 2 de diciembre de 2021.

*superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. **Estas decisiones no admiten recurso***” (negrillas y subrayado por fuera del texto original).

Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 036 2016 00597 02

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: 335e394ad067e19c3fa50bf044d9fd55df450d5d4862efe75476cc0100733108
Documento generado en 10/12/2021 03:30:27 PM

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

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

Bogotá, D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 050 2021 00383 01
Procedencia: Juzgado 50 Civil Circuito de Bogotá.
Ejecutivo: Clínica Medical S.A.S. Vs. La Previsora S.A. Compañía de Seguros
Asunto: **Apelación de auto que negó mandamiento de pago.**

Se resuelve la apelación interpuesta por la parte demandante contra el auto 9 de septiembre de 2021,alzada concedida el 8 de octubre de 2021¹.

1. El a-quo negó el mandamiento de pago por dos razones en particular:

i. que en las facturas no aparece la constancia del estado de pago del precio (núm. 3 art. 774 C. de Co.); y

ii. que *‘las facturas allegadas como báculo de la ejecución se advierte que todas carecen de los soportes obligatorios del art. 26 del Decreto en cita, cuyo concurso se requiere para lograr la exigencia de su pago vía judicial, esto es, epicrisis o resumen clínico y los documentos que soportan el contenido de la historia’*,

2. Pues bien, de entrada se precisa que no fue acertada la argumentación que ofreció la juzgadora para abstenerse de librar orden de pago. Además, analizados los reparos que sobre estos aspectos propuso la parte apelante, observa el tribunal que le asiste razón, por lo que la decisión será revocada, para lo cual es imperioso sentar las siguientes reflexiones:

2.1. En lo que atañe a la constancia sobre el estado de pago del precio, en el *sub judice* tal presupuesto no podría exigirse. En efecto, de conformidad

¹ Asunto asignado al magistrado sustanciador por reparto de 30 de noviembre de 2021.

con el numeral 3 art. 774 del Código de Comercio, el emisor vendedor o prestador del servicio debe *“dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso”*, de donde se colige que tal registro o anotación únicamente puede requerirse o debe constar en el cuerpo de la factura cuando sea absolutamente necesario por las particularidades del caso, esto es, por circulación del título, o porque se convino que el pago de la suma allí contenida sería en cuotas.

En el primero de los eventos, tiene absoluto sentido que en el título obre la constancia referida pues le permite al endosatario o tercero a quien se le transfiera la factura, conocer, en últimas, el saldo del importe de la obligación incorporada en el documento. Y en el segundo, en tanto que al pactarse el pago de obligación por instalamentos, o cualquier otra condición en torno a dicho aspecto, resulta necesario que de ello dé cuenta el propio cartular. Y comoquiera que ninguno de los supuestos enunciados tiene cabida en el asunto, resultaba improcedente su exigencia.

2.2. Sobre el segundo aspecto debe verificarse si para efectos del cobro compulsivo deben allegarse los documentos de que trata el artículo 26 del Decreto 56 de 2015², para lo cual comporta precisar que no puede desconocerse que la factura cambiaria es un instrumento que para ser considerado como título-valor, debe reunir ciertos y puntuales requisitos de forma, acopiados con mayor y mejor detalle en la Ley 1231 de 2008, que reformó la materia según estaba reglada en el artículo 774 y ss. del C. de Comercio.

² *“Por el cual se establecen las reglas para el funcionamiento de la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), y las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas o los demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, por parte de la Subcuenta ECAT del Fosyga y de las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT”*

Sin embargo, en lo que respecta al cobro de obligaciones originadas de la prestación de servicios de salud, y en específico a asuntos derivados de accidentes de tránsito, no admite duda que existe una regulación que difiere de aquella que puede concebirse como la contentiva de las pautas generales sobre la factura cambiaria de compraventa.

Concretamente, el artículo 26 del aludido Decreto 56 de 2015 prevé que para elevar la solicitud de pago de los servicios de salud prestados a víctimas de accidentes de tránsito, de eventos catastróficos de origen natural, de eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud, los prestadores de servicios de salud deberán radicar ante el Ministerio de Salud y Protección Social, o la entidad que se defina para el efecto o ante la aseguradora, según corresponda, los siguientes documentos:

“1. Formulario de reclamación que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y de Protección Social, debidamente diligenciado. El medio magnético deberá contar con una firma digital certificada.

2. Cuando se trate de una víctima de accidente de tránsito:

2.1. Epicrisis o resumen clínico de atención según corresponda, documento que debe contener los datos específicos señalados en los artículos 31 y 32.

2.2. Los documentos que soportan el contenido de la historia clínica o el resumen clínico de atención señalados en la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto.

3. Cuando se trate de víctimas de eventos catastróficos de origen natural o de eventos terroristas:

3.1. Epicrisis o resumen clínico de atención según corresponda, documento que debe contener los datos específicos señalados en los artículos 31 y 32.

3.2. Los documentos que soportan el contenido de la historia clínica o el resumen clínico de atención señalados en la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto.

3.3. Certificado emitido por el consejo municipal de gestión del riesgo, en el que conste que la persona es o fue víctima de uno de los eventos mencionados.

4. Original de la factura o documento equivalente de la IPS que prestó el servicio, que debe contener como mínimo la información señalada en el artículo 33 del presente decreto.”

2.3. No obstante, la exigencia de esa documentación para la formulación del proceso ejecutivo no viene al caso, ni tampoco puede constituir un fundamento valido para negar la respectiva orden de apremio. En efecto:

El compendio mercantil, conforme al inicio se apuntó, consagra los requisitos que debe reunir un documento para ostentar la calidad de factura, como título valor. Pero es importante ver que tal instrumento negociable, según se expresó en la exposición de motivos de la Ley 1231 de 2008, se ajusta “a la evolución cada vez más rápida en el mundo de los negocios, por lo menos en el tema de las facturas comerciales”, de donde se extiende “a la totalidad de facturas comerciales de bienes y servicios que cumplan los requisitos legales”.

Esa orientación permite entender que diversos negocios jurídicos pueden incorporarse al cartular, así que la calidad de título valor también cobija las relaciones negociales de la salud, porque el meticoloso grado de intervención estatal en la materia no se excluye ni entra en contradicción con la naturaleza cambiaria de la factura, por el contrario, hace necesario concertar el panorama normativo. Mírese que la ley mercantil no ha impuesto restricciones de tal estirpe, ni mucho menos en las normas reguladoras de la prestación de los servicios de salud se establece prohibición o limitación alguna.

La tarea interpretativa debe consistir en conciliar los escenarios normativos en disputa y no, simplemente, evaluar determinada solicitud para obtener el recaudo de las obligaciones impagadas al estricto tenor de lo dispuesto en la ley comercial o atendiendo exclusivamente la regulación especial en materia de salud. La hermenéutica, en este tipo de casos, tiene que ser inclusiva y sistemática: comprender la finalidad práctica de las normas en contienda de manera que se pueda satisfacer el objetivo de cada una sin sacrificar el derecho sustancial materia de protección.

Así pues, es natural entender que esos presupuestos para asegurar la seriedad y seguridad del tráfico negocial han de armonizarse con las particulares pautas del campo asistencial, v.gr., en cuanto a la presentación o radicación y aceptación de la factura librada por el prestador de servicios en frente de la entidad aseguradora responsable del pago, puesto que el artículo 33 del citado decreto, establece que “[l]a *factura o documento equivalente, presentada por los Prestadores de Servicios de Salud, debe cumplir con los requisitos establecidos en las normas legales y reglamentarias vigentes*”.

En fin, se quiere significar que determinadas formalidades del estatuto mercantil no pueden ser interpretadas al punto de restarle toda vocación de utilidad o eficiencia a unos documentos gobernados por una normatividad específica, pero ello no implica que pueda hacerse abstracción de todos los requisitos que según la ley comercial determinan el aspecto cambiario de las facturas creadas en el mencionado contorno: Por ejemplo, la firma del emisor o creador del título, pues comporta un “*acto personal*” suyo que tiene el propósito de servir como declaración de voluntad generadora de consecuencias jurídicas, conforme se desprende del canon 774 C. Co., que alude a las exigencias contempladas en el artículo 621 del mismo código, y del inciso 3° del artículo 1° de la Ley 1231/08 (que modificó el art. 772).

3. Para el caso se tiene que la exigencia de los soportes adicionales que mencionó el a-quo corresponden a los documentos que se deben presentar ante la entidad responsable del pago –en este caso la aseguradora demandada-, a efectos de realizar la revisión integral de los servicios médicos directamente cobrados por el prestador.³

Así, entonces, se concluye que si bien el asunto que dio origen a las facturas acá presentadas se encuentra rigurosa y particularmente reglamentado, y bajo los lineamientos previstos, en especial, del Decreto 56 de 2015, lo cierto es que tal disposición sienta una serie de directrices en punto a los cobros extraprocesales o que directamente realiza el prestador y a los soportes que él, como acreedor, dentro de ese procedimiento interno debe acompañar al instrumento cambiario en su presentación ante la responsable del pago, así como regulan el eventual cuestionamiento de aquéllos, con la posibilidad de su devolución y formulación de glosas.

³ Conforme al trámite de pago directo previsto en el artículo 38 del Decreto 26 de 2015.

Sin embargo, en ningún segmento de esa reglamentación se contempla la exclusión o eliminación de su carácter de título valor -cuyo vigor ejecutivo alcanza la factura por sí misma-, por cuenta de no adosarse documentación que pruebe la prestación de los servicios y/o el agotamiento del trámite de presentación de las cuentas. Y la razón de ello es sencilla: bajo la lógica propia de las facturas libradas al abrigo del particular negocio causal ajustado entre prestadores y promotoras de salud, las discusiones atinentes al servicio asistencial cobrado –inclusive en lo tocante a los aditamentos que es obligatorio acompañar a aquellos documentos cambiarios– atañen es a la fase de presentación para su satisfacción, es decir, los requisitos y procedimientos de cómo deben formularse las cuentas del sector salud a las entidades garantes del pago, tratándose, entonces, de una cuestión de control interno.

En síntesis, la presentación de los soportes a que alude la funcionaria a-quo, resultan exigibles en la etapa de cobro de las facturas ante el responsable del pago y posible devolución o formulación de glosas y demás desavenencias atinentes al servicio, pero no en el estadio de cobro judicial, o para ser más precisos, no constituye requisito insustituible para librar el apremio compulsivo, amén que ninguna norma así lo impone.

4. En conclusión, se revocará la decisión impugnada, para que en su lugar la juzgadora realice los pronunciamientos que considere pertinentes en orden a dar impulso a la ejecución.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto apelado, proferido el 9 de septiembre de 2021 por el Juzgado 50 Civil del Circuito. En su lugar, el a-quo deberá realizar los

pronunciamientos que sean del caso conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE
El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Radicado: 11001 31 03 **050 2021 00383** 01

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: **8929afbdf29051bb84b3bae2c4be3a61e3a189919a9e1991ea8fe0bd96fd4b4**
Documento generado en 10/12/2021 03:25:35 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 024 2019 00664 01 - Procedencia: Juzgado 24 Civil del Circuito.
Ejecutivo: Mónica Lullyana Carranza Toro Vs. Guillermo Garzón Garzón y Otra.
Asunto: **Apelación de auto que negó solicitud de nulidad.**

Se resuelve la apelación subsidiaria interpuesta por la parte ejecutada contra el auto 24 de junio de 2021,alzada concedida el 1° de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

1. Mediante la providencia materia de impugnación, el *a quo* declaró infundada la solicitud de nulidad presentada por el demandado Guillermo Garzón Garzón. En sustento, precisó que al asunto no le resulta aplicable el trámite de notificación dispuesto en el Decreto 806 de 2020; y que, en virtud de los artículos 291 y 292 Cgp, “*no hubo ningún error en la documental mediante la cual se dio por notificado por aviso a Guillermo Garzón Garzón*”.

2. En sus recursos, tal ejecutado sostuvo que: **i).** en el casillero de correspondencia de la Calle 28 Sur No. 68C-25 interior 6 apto 501 de Bogotá, no se encontró el respectivo citatorio; **ii).** desde el mes de junio de 2020 no habita en la dirección referida, pues debido a las implicaciones de la pandemia por el virus Covid19, se trasladó a la carrera 89 A bis No. 8 A-65 Torre 2, apto 608 de esta ciudad; **iii).** con ocasión de los documentos que recibió –aviso-, se presentó en las instalaciones del juzgado, pero se le impidió el acceso, informándosele que previamente debía solicitar una cita para retirar las respectivas copias; **iv).** las providencias enviadas son ilegibles, de modo que aunque se hubiera enterado antes, “*no se puede tener por notificado al aquí demandado puesto que dichos documentos vulneran a cabalidad lo establecido en el art. 292 del C.G.P. y lo señalado en el inciso 1° del*

artículo 8 del Decreto 806 de 2020... ”, además, no se allegó la demanda, reforma y anexos; v). “...tanto el Decreto Legislativo 806 de 2020, como la sentencia C-420-20 se profirieron con anterioridad a que la demandante procediera a intentar notificar el mandamiento de pago a mi prohijada y por tal razón es obvio que si la demandante no hubiese contado por lo menos con los números de celular de los demandados debía realizar la notificación al señor GUILLERMO GARZÓN GARZÓN físicamente, pero de acuerdo a lo ordenado en el decreto legislativo 806 de 2020”; vi). se le ha negado el acceso al despacho para retirar las copias, además, el juzgado “no tiene subido el expediente ni en la plataforma TYBA, ni en el sistema siglo 21”; vii). debido al cierre de los despachos judiciales por el Covid 19, era imposible acercarse a dicha dependencia; y viii). “el juzgado presume que las copias del aviso y los autos enviados por la demandante... se encuentran legibles, sin tener en cuenta las pruebas anexadas a la nulidad presentada por el suscrito donde se prueba que los autos aportados se encuentran totalmente ilegibles”.

3. Para mantener incólume su decisión el Juzgado de primera instancia indicó que la Corte Suprema de Justicia *“ha sido constante en indicar que a falta de mención expresa del Decreto Ley 806 de 2020, en donde se indicara la forma en que este regiría debía aplicarse la regla prevista en el art. 40 de la Ley 153 de 1887...; la norma en referencia enseña cuando es posible aplicar retrospectivamente y/o ultractivamente una norma procesal y enlista en forma específica las actuaciones procesales que no se ven modificadas por la entrada en rigor de una nueva norma procedimental... ”*; que, pese a lo señalado por el recurrente, como el trámite de notificación empezó a surtirse el 15 de noviembre de 2019, *“la data se toma desde que se dio la orden de notificación y no desde que la parte interesada desplegó las actuaciones para tal fin, en tal sentido es*

claro que la presente acción se rige por las disposiciones del Código General del Proceso...”; y que con el aviso se remitió copia del mandamiento de pago y de la admisión de la reforma, “no siendo plausible que la papelería a éste dirigida cuenta con una peor calidad de imagen que las que reposan en el expediente, por lo que es claro que le fue notificado”, y conforme el citado canon 292, únicamente se acompaña copia de la providencia que se notifica.

CONSIDERACIONES

1. Es ampliamente conocido que el cabal ejercicio del derecho de defensa depende de la debida notificación del demandado¹, acto incrustado entre las garantías que componen el derecho fundamental al debido proceso, todo lo cual es de tanta obviedad que de suyo releva de más motivación que memorar los principios que, en aras de la regularidad del trámite, deben advertirse para que un defecto tenga alcances anulatorios.

En efecto, de antaño la Jurisprudencia ha dejado en claro que existen unos *“principios básicos reguladores del régimen de nulidades procesales”*, compuestos por la especificidad, protección y convalidación: *“Fúndase el primero en la consagración positiva del criterio taxativo, conforme al cual no hay irregularidad capaz de estructurar nulidad adjetiva sin ley específica que la establezca; consiste el segundo en la necesidad de establecer la nulidad con el fin de proteger a la parte cuyo derecho le fue cercenado por causa de la irregularidad; y radica el tercero en que la nulidad, salvo contadas excepciones,*

¹ “... Como lo ha sostenido la Corte, es bien sabido, que la finalidad de la primera notificación en juicio a la parte demandada es la de hacerle saber el contenido de la demanda contra ella entablada, brindándole la oportunidad de proponer la defensa que juzgue más adecuada, de donde se sigue que en esta materia ha de procurarse por todos los medios posibles que de dicha demanda pueda tener conocimiento real y efectivo el enjuiciado, razón por la cual la ley exige de los funcionarios especial celo en la cumplida utilización de todos los instrumentos previstos positivamente para alcanzar tal propósito” (CSJ, fallo 11 marzo 91).

desaparece del proceso por virtud del consentimiento expreso o implícito del litigante perjudicado con el vicio”².

Y en concreto, sobre el principio de protección, debe tenerse en cuenta si con el acto viciado se ha causado un daño grave a las partes del proceso, en punto de lo cual se tiene dicho que, *“el examen [de la actuación] no se reduce a la simpleza de constatar la irregularidad, pues que es preciso preguntarse por asuntos tales como quién dio lugar al vicio, qué parte lo invoca, cuál fue su actitud antes y después de generado el mismo; porque se trata de una alternativa excepcional, última, anclada en el principio de protección que inspira a las nulidades, el cual traduce que la irregularidad esté, no apenas de palabra, sino en la práctica perjudicando a quien la alega”³*; al paso que el axioma de convalidación exige que *“no aparezca que [las causales saneables invocadas] fueron convalidadas por el asentimiento expreso o tácito de la persona legitimada para hacerlas valer”⁴.*

2. Así las cosas, como desarrollo de la garantía del debido proceso contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, el legislador estableció las causales de nulidad que pueden configurarse en el trámite del proceso civil, las cuales se consagraron en el artículo 133 Cgp, y dentro de las cuales se encuentra la contemplada en el numeral 8, que se presente en el evento en que *“no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas indeterminadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, cuando la ley así lo ordena...”*.

² CSJ, sent. dic. 5/75.

³ CSJ. Sentencia de 24 agosto 2001, exp, 6396, M.P. Manuel I. Ardila Velásquez

⁴ *Ib.* Sentencia del 22 de abril de 1993.

Bajo el anterior marco, debe precisarse que las inconformidades del recurrente se circunscriben a cuatro aspectos; **i).** debe aplicarse el Decreto 806 de 2020, el demandado se tuvo notificado sin tener en cuenta los requisitos allí previstos; **ii).** el citatorio que se envió fue remitido a la dirección calle 28 Sur No. 68C-25 de Bogotá, lugar en el que aduce no habita desde el mes de junio de 2020; **iii).** no le fue posible acceder a las copias del expediente; y, **vi).** las copias de las providencias remitidas con el aviso no eran inteligibles, y no se allegó copia de la demanda, reforma y anexos.

2.1. Para resolver el primer cuestionamiento, se pone de presente que, en este proceso, el trámite de notificación del ejecutado podía adelantarse conforme las normas el Código General del Proceso o de acuerdo con las disposiciones del Decreto 806 de 2020, habida cuenta que ésta última normatividad no derogó ni modificó las previsiones que para el efecto contempla el estatuto procesal civil.

Además, el artículo 8° de dicho decreto señala: “*Las notificaciones que deban hacerse personalmente **también podrán efectuarse** con el envío de la providencia respectiva como mensaje de datos a la dirección electrónica o sitio que suministre el interesado en que se realice la notificación, sin necesidad del envío de previo citación o aviso físico o virtual*” (El subrayado no es original), de donde no es posible afirmar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, sólo era dable realizar el enteramiento del demandado del mandamiento de pago según el Decreto 806, máxime que éste, se itera, no alteró las reglas de notificación del Cgp (artículo 291 y 292), y se expidió con el fin de establecer actuaciones más expeditas a fin de superar los efectos de la referida pandemia.

Y como quiera que el trámite de notificación de marras se adelantó de conformidad con el citado código, de acuerdo a la última norma en cita, la comunicación únicamente debía ir acompañada de la copia informal de la providencia que se notificaba, en este caso, del mandamiento de pago y del proveído que tuvo en cuenta la reforma a la demanda.

2.2. Ahora bien, en lo que atañe al citatorio o comunicación prevista en el artículo 291, basta decir que éste deberá remitirse a cualquiera de las direcciones que se registren del demandado, sin que dicha norma imponga que necesariamente alguna deba corresponder con el lugar de habitación del convocado.

Por lo demás, debe acotarse que el recurrente no acreditó que su acreedor tuviera conocimiento de la dirección carrera 89 A bis No. 8 A-65 Torre 2 apto 608 de Bogotá, o que le hubiera informado del aducido cambio de dirección, a efectos de poder adelantar el enteramiento; por el contrario, se limitó a indicar que *“a pesar de que la demandante conoce su número de celular, nunca le notificó en legal forma de la demanda que había impetrado en su contra ni de las implicaciones legales de la misma, con el fin de que hubiese podido ejercer de manera adecuada su derecho a la defensa y al debido proceso”*.

En ese orden, tras revisar con detalle los archivos que componen el expediente virtual remitido y compartido, se advierte que, no obstante se expresó que no se recibió la comunicación a que se ha hecho referencia, allí obran los documentos respectivos que dan cuenta de su envío y recepción (fs. 94 y ss., Cd. Principal), y no devolución por parte de la empresa de correo mediante la cual se realizó el envío.

2.3. Finalmente, y al margen de la claridad de los documentos aportados, debe decirse que la documento de que trata el artículo 292 Cgp, cumplió su cometido, comoquiera que fue, en virtud de aquél, que el demandado

se enteró del asunto de la referencia, sin embargo, no aprovechó el término de que trata el canon 91 del mismo estatuto para retirar las copias pertinentes.

Al respecto, es de memorar, que en aquél no refirió haber formulado o elevado petición alguna en ese sentido -ya sea para acudir a las instalaciones del juzgado o para pedir copias de traslado- (por ejemplo vía mensaje de datos por correo electrónico), y el expediente tampoco da cuenta de ello, máxime si al acudir al edificio del juzgado le informaron que *“para retirar las copias debe escribirle un correo electrónico al juzgado... para solicitar una cita y así poder ingresar a retirar las mencionadas copias de la demanda”*, y tampoco era posible acceder al expediente en la herramienta siglo XXI.

DECISION

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, **CONFIRMA** el auto proferido el 24 de junio de 2021 por el Juzgado 24 Civil del Circuito.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Rad.: 11001 31 03 024 2019 00664 01

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: 298fabbbe2e213b8f9dd3ebf56a90addf526604b2b964bbe46e452b272338d41
Documento generado en 10/12/2021 03:26:21 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D.C., diez de diciembre de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 99 002 2020 **00011** 01 - **Procedencia:** Superintendencia de Sociedades.
Queja, Verbal, Hernando Antonio Jiménez vs. Ebingel S.A.S. y Otros.

Para resolver los recursos de queja formulados por los demandados Inversiones Dasa de Colombia S.A.S. e Inversiones Emesa S.A.S. contra la decisión de no conceder las apelaciones que tales sociedades interpusieron contra la sentencia emitida por la Superintendencia de Sociedades en audiencia celebrada el 2 de septiembre de 2021, basta señalar que, al margen de las cuestiones atañederas a la forma como se tramitó la demanda presentada y a las inconformidades que tienen dichos entes frente a ello, lo cierto es que la acción promovida es de única instancia.

En efecto, revisadas las piezas compartidas por dicha autoridad en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, es claro que la acción promovida se circunscribe a la contemplada en el artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, a la cual deben aplicarse las mismas reglas del procedimiento de insolvencia, y en ese sentido, las decisiones que allí se profieren no gozan de apelación de conformidad con el parágrafo 1° del artículo 6 de esa normatividad.

Además, decantada jurisprudencia ha sostenido esa postura sobre la materia en cuestión. Por ejemplo, en fallo de 7 de diciembre de 2016¹ se indicó que *“la orientación de la norma es la de propender por un proceso de única instancia, y la remisión efectuada al procedimiento civil para las acciones precedentes [se refiere a las acciones revocatorias y de simulación del citado artículo 74], no implica la posibilidad de permitir apelar lo allí decidido, pues ello va en contravía de tres principios, a*

¹ CSJ, Sala Civil. Fallo STC17798-2016, Radicación n.º 11001-02-03-000-2016-02904-00.

saber: i) lo accesorio sigue la suerte de lo principal; ii) la norma especial prima sobre la general; y iii) la taxatividad por existencia de texto legal que autorice la alzada”

Ahora, el Tribunal pone de presente que si bien los demandados indicaron que en este caso dicha acción no se ejerció en el marco de un proceso de insolvencia regido por la citada, y que se inició y tramitó de manera autónoma e independiente -lo cual, dicen, fue puesto de presente y alegado al iniciarse el proceso, lo cierto es que ello no desvirtúa la naturaleza de ese mecanismo, y que los reparos que se tienen frente al procedimiento que dio la Superintendencia al asunto y demás vicisitudes en torno a ello, no son pasibles de análisis en este grado jurisdiccional, pues el recurso de queja previsto en los artículos 352 y 353 Cgp fue instituido por el legislador con la finalidad de que el superior, con abstracción de toda consideración acerca de los razonamientos de fondo expuestos por el juzgador, examine si es acertada la negativa de conceder la apelación impetrada, es decir, que a esta instancia sólo compete determinar si la providencia cuestionada es susceptible o no de ser conocida en el segundo grado de competencia, y si se interpuso en tiempo por quien tiene la legitimidad para impugnar..

Cabe acotar, además, que en reciente pronunciamiento de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia², se indicó que la culminación de la liquidación de una sociedad no extingue las facultades para resolver las acciones revocatorias y de simulación, de donde se sigue que, en cualquier caso, el criterio de apelabilidad para ese tipo de mecanismos permanece incólume.

En efecto, en dicha providencia se indicó que:

² Fallo STC5417-2021 de 14 de mayo de 2021, Radicación nº 11001-02-03-000-2020-03420-00, confirmado por la Sala de Casación Laboral en providencia de 30 de junio siguiente.

“...como lo advirtió la autoridad denunciada, la terminación de la liquidación de Sismografía y Petróleo S.A.S. no extingue sus facultades jurisdiccionales para decidir las acciones mencionadas.

Lo anterior obedece a que la Superintendencia al momento de avocar el conocimiento de la demanda revocatoria y de simulación tenía competencia para impulsar dicho asunto, por autorización expresa del artículo 74 de la Ley 1116 de 2006, según el cual, «[d]urante el trámite del proceso de insolvencia podrá demandarse ante el Juez del concurso, la revocación o simulación de los siguientes actos o negocios realizados por el deudor (...)». Ahora, la facultad para instruirlo no claudicaba con la terminación del liquidatorio que le dio origen, pues en virtud del principio de la «*perpetuatio jurisdictionis*», aplicable a cualquier actuación jurisdiccional, una vez que el juzgador determine que está habilitado para rituar una controversia, bien porque ese aspecto no se replicó, o habiéndose discutido se dirimió, no es posible que se desprenda de la contienda con posterioridad, ni aun cuando surjan alteraciones de las circunstancias con estribo en las cuales aprehendió la causa...

Luego, es posible colegir que la terminación del proceso liquidatorio no da lugar a la alteración de la competencia de la Superintendencia para conocer de las acciones señaladas en tanto esa eventualidad no está contemplada en la ley como un motivo configurativo de dicho fenómeno, lo que consecuentemente permite afirmar que por este específico asunto no existió causal de nulidad”

Lo anterior impone, naturalmente, declarar bien denegadas las apelaciones interpuestas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, declara **BIEN DENEGADO** los recursos de apelación interpuestos por Inversiones Dasa de Colombia S.A.S. e Inversiones Emesa S.A.S. contra la sentencia proferida el 2 de septiembre de 2021 por la Superintendencia de Sociedades.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Rad. 11001 31 99 002 2020 000011 01

Firmado Por:

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

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

Código de verificación: e30140f43755fa8236fcbdd7126f93c49908f80ea049b3bc672f747a29064e1f
Documento generado en 10/12/2021 03:34:16 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D. C., diez de diciembre de dos mil veintiuno

En orden a resolver lo pertinente en la causa de la referencia, no se pierde de vista que cuando la solicitud de restitución se fundamenta exclusivamente en la mora en el pago del canon “el proceso se tramitará en única instancia”, disposición aplicable a cualquier tipo de bien dado “en tenencia a título distinto de arrendamiento”, como categóricamente lo prevé el artículo 385 del CGP. Consecuentemente, dado que en el hecho tercero de la demanda de restitución apoyada en un contrato de leasing, tanto en el texto original como en su reforma, se aludió a la “mora en el pago de los cánones de arrendamiento desde el día 27 de abril del año 2017” y en ningún aparte de la postulación se hizo referencia a una hipótesis distinta para lograr la devolución de los bienes –tanto así que, al descorrer el traslado de las excepciones del sector convocado, indicó que no se le debía oír en el juicio “pues el fundamento de la presente acción es la mora en el pago de los cánones de arrendamiento”– ese cuadro fáctico –en principio– llevaría a la conclusión de que no es factible la alzada en este asunto.

Sin embargo, lo cierto es que en la sentencia anticipada dictada por el *a quo*, en riposta al desconocimiento expuesto por el sector demandado en torno al vínculo negocial base de la acción, el funcionario negó las pretensiones, por cuanto “la relación existente entre las partes en conflicto no se prueba en debida forma”, esto es, y puesto en otras palabras, que el juez estimó que no hay título que justifique la recuperación de la tenencia.

Ante tal resultado, el comentado segmento que establece la inapelabilidad de la decisión se hace inaplicable, por cuanto al no haberse superado el supuesto que abre paso al análisis de la causal, el debate se quedó en la determinación de la existencia del título que justifica la restitución que en el contradictorio ya

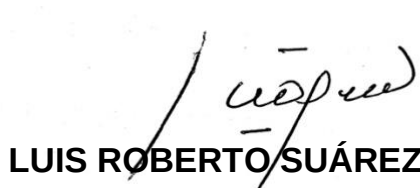
había sido avalado en el auto admisorio. No en vano, en el artículo 384 *ibídem* se consigna como requisito de procedibilidad adosar “prueba documental del contrato de arrendamiento suscrito por el arrendatario, o la confesión de este hecha en interrogatorio de parte extraprocesal, o prueba testimonial siquiera sumaria”, común a todas las causales que justifican esa declaración, de allí que, al no haberse abordado el tema de la mora –que es el detonante de la restricción impugnativa–, en criterio del suscrito magistrado no es viable limitar la censura vertical en este particular evento.

Por demás, no sobra precisar que, a pesar de que en la regulación general de esta tipología de procesos se contemplan varios “trámites inadmisibles” relativos a la reconvención, intervención excluyente, coadyuvancia y la acumulación de procesos, el *sub judice* no puede catalogarse *per se* de mínima cuantía y tampoco está previsto como uno de los que se rigen por el rito verbal sumario, en los que se proscribe la alzada.

Bajo el orden de ideas que se trae, no hay motivo alguno para restringir la apelación contra el fallo anticipado –con la precisión de que esta conclusión obedece a las circunstancias particulares y la fase en que se encuentra el caso escrutado– razón por la que se admite la alzada interpuesta por la parte demandante frente a la sentencia de primera instancia, en el efecto suspensivo.

En cumplimiento de lo reglado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se concede al recurrente el término de 5 días para que sustente su impugnación. Vencido este período, imprímase el trámite secretarial que corresponda.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

República de Colombia
Rama Judicial



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

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-03-041-2018-00139-01**
PROCESO : **EJECUTIVO**
DEMANDANTE : **JUAN CARLOS CASTAÑEDA MAYORGA**
DEMANDADO : **OMER MUÑOZ OREJARENA**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

Discutido y aprobado por la Sala en sesión de 10 de diciembre de 2021, según acta No. 049 de la misma fecha.

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada, frente a la sentencia proferida el 14 de octubre del año en curso, por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1. La parte interesada, por medio de la cuerda ejecutiva singular, acudió a la jurisdicción, a fin de alcanzar el recaudo de \$96'875.000,00, por concepto de capital insoluto contenido en el pagaré suscrito por el extremo interpelado, más -en demandas acumuladas- las sumas de \$14'062.500,00 y \$14'062.500,00 incorporadas en dos títulos de la misma estirpe girados por el conminado en favor de Carlos Arturo Castañeda Moya y Clara Inés Mayorga de Castañeda, cartulares estos endosados en favor del demandante. Además, pidió el pago de los réditos moratorios generados, sobre todos esos montos, desde el 6 de octubre de 2014, hasta el pago de lo adeudado.

Como sustento de sus pretensiones, dejó expresado que los instrumentos cambiarios se originaron en un contrato de venta de acciones de la empresa Prisma Direct S.A.S., firmado el 5 de octubre de 2012, obligación cuyo pago ha prometido el ejecutado, pero ha incumplido, pese a los requerimientos que se le han realizado para tal fin.

2. Frente a tales aspiraciones, el extremo intimado formuló las excepciones de mérito denominadas: **i)** *"El documento presentado no es título valor - El documento presentado no es título ejecutivo, (...) puesto que el encabezado se refiere a OMER MUÑOZ OREJARENA C.C. 79.255.637, al final del documento suscribe OMER MUÑOZ OREJARENA C.C. 79.380.922 y en la autenticación de firma, suscribe OMER MUÑOZ OREJARENA C.C. 79. 255.637 de Bogotá. Si algo debe primar en este acto, es el que da fe pública al suscriptor, esto es al tenor del sello notarial del documento de identidad original y auténtica."*; y **ii)** *"Operó la prescripción, [porque] el documento fue suscrito el 5 de octubre de 2012, para ser cancelado el 5 de octubre de 2014, operando su prescripción el 5 de octubre de 2017. La demanda fue presentada en el 2018."*

II. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

1. Agotado el trámite de rigor, la directora del proceso ordenó seguir con la ejecución en la forma consignada en el mandamiento de pago, tras encontrar reunidos en los títulos valores fuentes de la ejecución, los requisitos consagrados en los artículos 621 y 709 del Código de Comercio.

Sobre la excepción rotulada *"El documento presentado no es título valor - El documento presentado no es título ejecutivo"*, porque, en sentir del demandado, los pagarés no son exigibles, pues no hay claridad en cuanto al suscriptor, al indicarse un número de cédula errado en el encabezado y en la autenticación del instrumento, señaló que el ejercicio del derecho cambiario, según los artículos 619, 625, 626 y 784, *ibidem*, se rige por la legitimación, autonomía, literalidad y su ley de circulación.

Así, recordó que de la firma impuesta en el cartular emana su obligación, sin que la cedula del obligado sea requisito de validez del derecho incorporado, por ser un aspecto circunstancial, que no altera el débito ni su forma de pago, porque surge con la rúbrica impuesta en el documento, y, en este caso, el ejecutado, aunque cuestionó la discrepancia numérica de su identificación, no negó ser el suscriptor de los títulos, lo

que permite concluir que esa es su rúbrica, advirtiéndose que se trató de un error de escritura, que no comporta un efecto adverso para las obligaciones cobradas.

En cuanto al medio exceptivo de prescripción, dijo que las obligaciones génesis de la acción tienen fecha de vencimiento 5 de octubre de 2014, término que venció el 6 de octubre de 2017, momento para el que las demandas no habían sido presentadas; pero, de las pruebas aportadas, se desprende que el demandado siempre ha reconocido la existencia del compromiso a favor del demandante, planteando acuerdos para solucionar el litigio, ofreciendo el pago del capital, proponiendo fórmulas de arreglo, mediante correos electrónicos en los años 2016 y 2018, ánimo conciliatorio y de reconocimiento del crédito que no deja duda acerca de la interrupción del plazo extintivo.

III. LA IMPUGNACIÓN

1. Inconforme con la sentencia de primera instancia, el mandatario judicial del extremo ejecutado la impugnó, en las oportunidades de que tratan los artículos 322, numerales 1, 3 del Código General del Proceso, y 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, exteriorizó y sustentó sus reparos, que admiten el siguiente compendio:

i) *“La señora juez (...) erró en la interpretación de la excepción: EL DOCUMENTO PRESENTADO NO ES TÍTULO VALOR – EL DOCUMENTO PRESENTADO NO ES TÍTULO EJECUTIVO, dado que es evidente, que se adolece de claridad en cuanto al suscriptor y se cae en la no literalidad y no exigibilidad por el hecho de autenticar con número de cédula diferente.”*

ii) *“El despacho, erró al interpretar que la prescripción (...) se interrumpió con unos correos que no se refieren explícitamente al pasivo cobrado o a uno de los 3. (...). No se interrogó al demandado para legitimar estos conceptos. (...) Desconoció (...) que se trató de una obligación nacida de la compra de una sociedad SAS y se trata de acto mercantil exclusivamente, no regido por las normas pertinentes de rango civil. (...). [Los] acreedores no informaron de la cesión o endoso (...). El demandado nunca dirigió correo alguno a los otros titulares de los pagarés. (...). No se verificó la fecha de endoso, para descartar el artículo 660 numeral 2 del Código de Comercio.”*

iii) *“Se probó que se trata de título compuesto o complejo surgidos de un contrato y el despacho, desconoció el origen de los títulos y su trámite por*

proceso prendario, más la cláusula compromisoria (...). Se desconoció la autonomía de la voluntad de las partes al convenir el origen de los pagarés prescritos como producto de un contrato de transacción."

iv) *"La sentencia del a quo [es incongruente, porque] no coincide con el análisis de los hechos y no hay examen crítico de las pruebas y razonamientos."*

v) *"Desconocimiento (...) del artículo 94 del CGP, [porque] la demanda no interrumpió el término de prescripción puesto que al presentarla los documentos estaban prescritos."*

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio que invalide la actuación, se hace necesario anotar, de manera preliminar, que esta Sala se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de desacuerdo demarcados por la parte opugnadora, acatando los lineamientos de los incisos 1º de los cánones 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Clarificado lo anterior, comporta recordar que en el caso en ciernes la sentenciadora de primer grado declaró no probadas las exceptivas presentadas por la parte demandada, y, consiguientemente, ordenó seguir con la ejecución en los términos del mandamiento de pago, tras concluir que la discrepancia del número de cédula del obligado -puesto en los pagarés- sea requisito de validez del derecho incorporado, y encontrar interrumpida la prescripción de la acción cambiaria. Decisión rebatida por el extremo llamado a juicio, al insistir, basilarmente, en la falta de claridad y exigibilidad de los documentos base del cobro, ante la autenticación con número de cédula diferente a la plasmada en los cartulares y en la interrupción del fenómeno decadente.

3. Dentro de ese marco impugnativo, inicialmente cabe relieves que en los pagarés fuente de esta recaudación se otea, sin dificultad, el cumplimiento de las formalidades previstas en los artículos 619 a 621 del Código de Comercio y las exigencias del canon 709, *ídem*, toda vez que de su literalidad aflora la determinación del derecho crediticio, la promesa incondicional de pagar una suma de dinero, el nombre del deudor, las personas destinatarias del pago, su forma de vencimiento, el pacto de intereses remuneratorios y moratorios; condiciones que, al vislumbrarse

reunidas, habilitan la cobranza del derecho incorporado en dichos instrumentos por la vía ejecutiva, tal como lo preceptúa el artículo 793 *ejusdem*; en armonía con los artículos 785 y 647, *idem*, que respectivamente, establecen que “[e]l tenedor del título puede ejercitar la acción cambiaria contra todos los obligados a la vez o contra alguno o algunos de ellos” y “[s]e considerará tenedor legítimo del título a quien lo posea conforme a su ley de circulación”, calidad predicable del demandante, por haberse librado y endosado en su favor los pliegos cambiarios de marras.

En línea con lo anterior, se observa claramente la rúbrica del otorgante, Omer Muñoz Orejarena, quien no negó que esa fuera su firma, como lo concluyó la funcionaria *a quo*, ultimación no confutada por el extremo opugnador; observándose además que el ejecutado, en los pagarés objeto de la cobranza, el 5 de octubre de 2012 prometió incondicionalmente pagar la suma de \$96’875.000,00 a Juan Carlos Castañeda Mayorga, \$14’062.500,00 a Carlos Arturo Castañeda Moya y \$14’062.500,00 Clara Inés Mayorga de Castañeda el 5 de octubre de 2014; mérito evidencial suficiente para patentizar la satisfacción de los requisitos establecidos en la prenotada normatividad, surgiendo así la obligación cambiaria en los términos del artículo 625 del Código de Comercio, al no avistarse intención distinta que la de hacer negociable los cartulares, sin que en éstos se hayan consignado salvedades según lo previene el canon 626, *ejusdem*, quedando, de esa manera, el demandado vinculado conforme a la literalidad plasmada en su texto; no encontrándose prosperidad en la excepción rotulada “EL DOCUMENTO PRESENTADO NO ES TÍTULO VALOR – EL DOCUMENTO PRESENTADO NO ES TÍTULO EJECUTIVO”, por la disconformidad del número de cédula impuesta al pie del autógrafo del suscriptor de los documentos báculo de esta exacción judicial, toda vez que la consignación de tales dígitos no fue erigida por los artículos 621 y 709 de la codificación mercantil como condición legal para su validez; y aunque los títulos valores no requieren para su cobro reconocimiento de firmas, nótese que en el presente asunto dicha diligencia notarial se surtió, constatándose que la identificación numérica del aquí recurrente es 79.255.637, que coincide con la información suministrada en el cuerpo de los tres pagarés, al precisarse: “Yo, OMER MUÑOZ OREJARENA, mayor de edad, de estado civil casado, domiciliado en Bogotá, identificado con cédula de ciudadanía número 79.255.637 expedida en Bogotá, en adelante DEUDOR (...)”, pese a que seguido

del signo grafológico impuesto en los instrumentos negociales se detalló 79380922, observándose que se trató de “*un error de escritura*”, que no desdice de la vinculatoriedad de los compromisos cambiarios aquí recaudados, como lo sentó la juzgadora de primera grado; razonamientos que, a no dudarlo, dan al traste con el reparo fundado en la no correspondencia de las cifras identificatorias del extremo interpelado.

4. Atinente a la inconformidad cimentada en el supuesto yerro de la falladora por desconocer que los cartulares materia de la ejecución son títulos complejos, surgidos de un contrato en el que se pactó cláusula compromisoria, además se convino una transacción y el trámite que debió adelantarse corresponde al trámite compulsivo prendario –críticas desestimadas al resolverse el recurso de reposición contra el mandamiento de pago-, baste con señalar que los aludidos pagarés no requieren de documentos adicionales para que emerja su obligatoriedad, pues, en virtud del artículo 619 del Código de Comercio, por sí mismos, legitiman el ejercicio de los derechos literales y autónomos en ellos contenidos, al reunir los requisitos consagrados en los preceptos 621 y 709, *ibidem*, sin necesidad de acudir al proceso ejecutivo prendario echado de menos por el apelante, pues, a la luz del artículo 785, *ejusdem*, el aquí demandante, en calidad de tenedor, está habilitado legalmente para cobrar los débitos incorporados en sus textos, que facultaron a los acreedores para acelerar el plazo y exigir su solución inmediata, cuando el deudor incumpliere cualquiera de las obligaciones estipuladas en los cambiales; originadas *ex novo* con la firma impuesta en dichos instrumentos mercantiles, esto es, el 5 de octubre de 2012, y no con el contrato de compraventa de acciones referido por el ejecutado, ajustado en la misma fecha, por lo que los efectos de tales adeudos no fueron disminuidos al celebrarse, en igual data, la transacción para dirimir las controversias surgidas del acuerdo de enajenación accionaria.

5. En lo tocante a los reproches encaminados a cuestionar la improsperidad de la exceptiva de prescripción, dígase de entrada que estas críticas se advierten frustráneas, pues, como lo avizoró la sentenciadora *a quo*, pese a que, según el artículo 94 del C.G.P., la presentación de la demanda interrumpe el período decadente, siempre que el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un año, contado

a partir del día siguiente a la notificación de tal providencia al demandante, lo cierto es que, en el presente asunto, para el momento de interponerse los escritos incoativos, (15 y 22 de marzo de 2018), el fenómeno extintivo ya había sido interrumpido por el llamado a juicio, con comunicaciones electrónicas cruzadas entre los aquí enfrentados, no desvirtuadas por el demandado, entre ellas, la de 23 de noviembre de 2016, en el que Omer Muñoz Orejarena manifestó: *"Juan carlos (sic) buenos días. [Con] el ánimo de ir pagando la deuda vigente, y teniendo en cuenta la dificultad económica que se está pasado, le propongo: 1 pago de la deuda (saldo a capital a Carlos (sic) Castañeda \$14 062 500 y a clara (sic) Castañeda \$14 062 500 ... para un pago de \$28 125 000 total ... quedando a paz y salvo con ellos (...). Me quedaría pendiente por pagar el pagaré firmado a usted solamente (...)." Y el correo del 10 de mayo de 2018, con el siguiente contenido: "Buenos días Omer. Como los procesos frente al juzgado ya están en marcha, le pregunto si continua con la posición de no pago y prefiere seguir con todas las implicaciones y peso de la ley o si prefiere algún acuerdo justo para cerrar este ciclo que llevamos desde 2015." "Hola, Juan Carlos, gracias por escribirme, mil excusas por el no pago, la verdad está muy difícil todo y no he podido cumplir, he tenido unos quebrantos de salud que además me han afectado. Por supuesto que quiero hacer un acuerdo jurídico justo y poder cumplirles y cerrar este tema."*

Así las cosas, se tiene que si los pagarés sustentáculo del recaudo inicialmente vencían el 5 de octubre de 2014, entonces el correo electrónico de 23 de noviembre de 2016 interrumpió, en un primer instante, el fenómeno prescriptivo cuyo acaecimiento, acorde con el artículo 789 de la codificación de los mercaderes, se configuraría en tres años a partir de la primera fecha anotada, y, a tono con el artículo 2536 del Código Civil, el término comenzó a contarse nuevamente; pero su continuidad volvió a cortarse en el tiempo con el correo de 10 de mayo de 2018, dando comienzo a computar otra vez el período extintivo, sin que se hubiera estructurado definitivamente para los días 15 y 22 de marzo de 2018, cuando se radicaron los tres escritos genitores, aquí acumulados; no siendo de recibo el argumento consistente en que no se interrogó al conminado para verificar la aludida interrupción, desconociendo que, según decantada jurisprudencia, *"a nadie le está permitido constituir su propia prueba"*,¹ sumado a que en la audiencia realizada el 14 de octubre de 2021,

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC14426-2016.

ante la incapacidad médica del accionado, certificada por el Hospital Rafael Uribe Uribe, no se pudo recepcionar su interrogatorio, situación que condujo a la juzgadora a exonerarlo de las consecuencias procesales adversas establecidas por la ley adjetiva, y a declarar precluida la etapa probatoria, determinación no recurrida por las partes, cerrándose el debate en virtud del artículo 17 del C.G.P, no pudiéndose reabrir en sede de apelación.

Tampoco encuentra eco, en esta instancia, la censura edificada sobre el error endilgado a la funcionaria *a quo* porque, al examinar la prescripción, no *“verificó la fecha de endoso, para descartar el artículo 660 numeral 2 del Código de Comercio”*, pues, si bien en dos de los cartulares no aparece la calenda de dicha transferencia, el canon citado prevé que, ante tal omisión, *“se presumirá que el título fue endosado el día en que el endosante hizo entrega del mismo al endosatario”*, sin que el ejecutado, ahora recurrente, haya demostrado que tal acto de circulación cambiaria tuvo lugar con posteridad al vencimiento de los documentos negociales, para producir los efectos de una cesión ordinaria, ni evidenció la repercusión de esa facticidad en la estructuración del término extintivo que se encontró interrumpido, pese a ser de su resorte tal laborío probatorio, considerando que, a voces de la doctrina autorizada, *“1) La carga de la prueba en los procesos ejecutivos y similares. (...) [a]l demandado le corresponde la carga de probar los hechos que sirven de supuestos a las normas legales en que fundamenta sus excepciones”*,² deber suasorio erigido en el artículo 167 del estatuto adjetivo civil, el cual impone a las partes el deber de probar el supuesto de hecho consagrado en las disposiciones normativas por éstas invocadas, ejercicio demostrativo que ni siquiera se cristalizó para desvirtuar el fenómeno interruptivo que también se habría estructurado en el escenario consagrado en la norma mercantil arriba citada.

6. El orden argumentativo que se trae respalda la confirmatoria de la sentencia de primer orden, comoquiera que no resultaron probadas las excepciones de mérito propuestas. Ante las resultas de la alzada desatada, se condenará en costas de esta instancia a la parte demandada (artículo 365, regla 1ª, del C.G.P).

² Devis Echandía, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial, tomo II, 5ª edición, Bogotá DC, Temis, 2006, p.482.

V. DECISIÓN

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

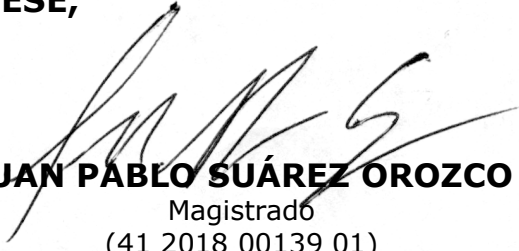
RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021, por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de esta ciudad, en *sub examine*.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte ejecutada. El Magistrado Sustanciador fija como agencias en derecho, la suma de \$1'000.000,00. Tásense de conformidad con el artículo 366 del C.G.P.

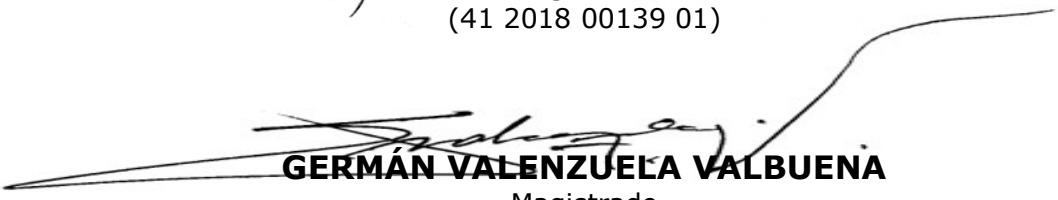
TERCERO.- En oportunidad, por Secretaría, ofíciase al Despacho de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de esta providencia, para que haga parte de la actuación respectiva.

NOTIFÍQUESE,



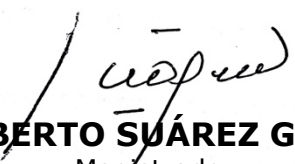
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(41 2018 00139 01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(41 2018 00139 01)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(41 2018 00139 01)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Proceso : Responsabilidad contractual.
Asunto : Apelación Sentencia
Ponente : **JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS.**
Demandante: Seven Construcciones S.A.S.
Demandada : Irma Yolanda Marín Morales y o.
Radicado : 11 001 31 03 027 2018 00303 03.

Bogotá D.C. diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno
(2021).

(Proyecto discutido y aprobado en sesión de dos (02) de diciembre de dos mil
veintiuno)

ASUNTO A TRATAR

Se procede a decidir el recurso de apelación formulado por ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, el 10 de octubre de 2019, dentro del proceso verbal incoado por Seven Construcciones S.A.S. contra Irma Yolanda, Dalis Helena, Iván Nemecio, Hernando Josué, Jaime Alberto, Mercedes, Esmer Leoncio, Gladys y Sandra Patricia Marín Morales, y Mercedes Morales de Marín; en el que los mencionados convocados, salvo Jaime Alberto Marín Morales, presentaron demanda de reconvención contra la demandante inicial.

LAS PRETENSIONES

I. Literalmente se formularon las siguientes “principales”:

“-Declarativas:

PRIMERA: *Que se declare la existencia del ‘CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE’ ubicado en la calle 101 No. 35-52 de Bogotá D.C., con dirección catastral Calle 102 No. 50-52 de esta ciudad, e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-191613 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, D.C. (Zona Norte), celebrado el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince en la ciudad de Bogotá, D.C., entre la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S. (...) en su calidad de PROMETIENTE COMPRADORA y los señores IRMA YOLANDA MARÍN MORALES, ESMER LEONCIO MARÍN MORALES, GLADYS MARÍN MORALES, DALIS HELENA MARÍN MORALES, IVÁN NEMECIO MARÍN MORALES, HERNANDO JOSUÉ MARÍN MORALES, JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, MERCEDES MARÍN MORALES, SANDRA PATRICIA MARÍN MORALES y MERCEDES MORALES DE MARÍN, (...), en su calidad de PROMETIENTES VENDEDORES.*

SEGUNDA: *Que se DECLARE la validez del pago hecho por la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S. a favor de los PROMETIENTES VENDEDORES, señores IRMA YOLANDA MARÍN MORALES, ESMER LEONCIO MARÍN MORALES, GLADYS MARÍN MORALES, DALIS HELENA MARÍN MORALES, IVÁN NEMECIO MARÍN MORALES, HERNANDO JOSUÉ MARÍN MORALES, JAIME ALBERTO MARÍN MORALES, MERCEDES MARÍN MORALES, SANDRA*

PATRICIA MARÍN MORALES y MERCEDES MORALES DE MARÍN, realizado el día veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), por un valor de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$200.000.000,00), entregados por mi representada a título de arras confirmatorias a la firma de la promesa de compraventa del citado inmueble, los cuales fueron recibidos de conformidad y a satisfacción por los ahora demandados.

TERCERA: *Que se DECLARE que los PROMETIENTES VENDEDORES se obligaron a suscribir la correspondiente escritura pública de compraventa que perfeccionaría la promesa celebrada, el veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciséis (2016), a las diez de la mañana (10:00 a.m.), en la Notaría Treinta del Círculo de esta ciudad, fecha en la que además se haría la entrega real y material del inmueble prometido, en cumplimiento de su obligación de hacer.*

CUARTA: *Que se declare que no obstante, una vez llegados el día, la fecha y la hora en que se suscribiría la escritura pública antes señalada, ninguno de los prometientes vendedores se hicieron presentes en la Notaría respectiva, y por lo mismo obviamente, tampoco suscribieron el citado instrumento público, ni mucho menos, hicieron la entrega real y material del inmueble ya referido.*

QUINTA: *Que se declare que la sociedad demandante, SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S., a través de su representante legal de entonces, señora VILMA ALCIRA CARDONA GARZÓN, sí concurrió el día, en la fecha y a la hora acordados, a la Notaría Treinta del Círculo de esta ciudad, a fin de dar estricto cumplimiento a los acuerdos pactados en la citada promesa de compraventa, por cuya*

virtud, luego de haber transcurrido más de una hora sin que hubieren asistido los PROMETIENTES VENDEDORES, (...) se expidió el Acta de Comparecencia 012/2016 por parte de la señora Notaría Treinta del Círculo de esta ciudad.

SEXTA: *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se DECLARE que los PROMETIENTES VENDEDORES incumplieron la promesa del contrato de compraventa suscrita con la PROMETIENTE COMPRADORA.*

SÉPTIMA: *Que como consecuencia de la anterior declaración, se DECLARE a los PROMETIENTES VENDEDORES civilmente responsables, en la modalidad de responsabilidad contractual frente a la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S.*

- Condenas:

Con base en las anteriores declaraciones, comedidamente le solicito al Despacho se hagan las siguientes condenas:

PRIMERA: *Que en Cumplimiento de lo pactado en el ‘CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE’, celebrado entre la primera en calidad de PROMETIENTE COMPRADORA, y los segundos, en calidad de PROMETIENTES VENDEDORES, de fecha veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), se le ORDENE a los demandados, SUSCRIBIR en favor de la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S., la respectiva escritura pública de compraventa del inmueble casa de habitación junto con el lote de terreno en que está construido (...) dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, en la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá, D.C.*

SEGUNDA: Igualmente, se les ORDENE a los demandados, hacer la entrega real y material en favor de sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S., del inmueble antes referido, también dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia.

TERCERA: Que se condene a los PROMETIENTES VENDEDORES, a pagar en favor de la sociedad demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia y a título de indemnización de perjuicios, la suma de CINCO MIL NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS VEINTITRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.098.713.323,00) y/o a la mayor suma que se demuestre dentro del proceso, cuyas cantidades y conceptos están relacionados en el acápite denominado ‘juramento estimatorio’ del presente libelo.

CUARTA: Que se CONDENE a los PROMETIENTES VENDEDORES, a pagar a favor de la sociedad demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, la suma de dinero correspondiente a la indexación y/o corrección monetaria sobre la suma anterior.

QUINTA: Que se CONDENE a la parte demandada al pago de las costas y gastos del proceso.”

II. También se formularon como “PRIMERAS PRETENSIONES SUBSIADIARIAS” las siguientes:

a) Exactamente las mismas siete declarativas principales ya reproducidas aquí.

b) Se propusieron las siguientes de condena:

“Con base en las anteriores declaraciones, comedidamente le solicito al Despacho se hagan las siguientes condenas:

PRIMERA: *Que se condene a los PROMETIENTES VENDEDORES, a pagar en favor de la sociedad demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia y a título de indemnización de perjuicios, la suma de CINCO MIL NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS VEINTITRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.098.713.323,00) y/o a la mayor suma que se demuestre dentro del proceso, cuyas cantidades y conceptos están relacionados en el acápite denominado ‘juramento estimatorio’ del presente libelo, conforme a lo previsto en el artículo 1610 numeral tercero del Código Civil.*

SEGUNDA: *Que se CONDENE a los PROMETIENTES VENDEDORES, a pagar a favor de la sociedad demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, la suma de dinero correspondiente a la indexación y/o corrección monetaria sobre la suma anterior.*

TERCERA: *Que se CONDENE a la parte demandada al pago de las costas y gastos del proceso.”*

III. Además, fueron planteadas las siguientes como “SEGUNDAS PRETENSIONES SUBSIADIARIAS”:

“-Declarativas:

PRIMERA: *Que se declare que los PROMETIENTES VENDEDORES incumplieron la promesa del contrato de compraventa suscrita con la PROMETIENTE COMPRADORA, objeto de la presente controversia.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia de la anterior declaración, se DECLARE a los PROMETIENTES VENDEDORES civilmente responsables, en la modalidad de responsabilidad contractual frente a la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S.*

TERCERA: *Que se declare RESUELTO, por el exclusivo incumplimiento de los PROMETIENTES VENDEDORES, el ‘CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE’, celebrado el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015) (...).*

- Condenas:

Con base en las anteriores declaraciones, comedidamente le solicito al Despacho, se hagan las siguientes condenas:

PRIMERA: *Que como consecuencia de lo anterior, se ORDENEN las respectivas restituciones mutuas, previas las COMPENSACIONES a que hubiere lugar.*

Por consiguiente:

- a) Los demandados deberán devolver a la sociedad demandante, la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$200.000.000,00),*

cancelados con ocasión de la promesa de compraventa, suma esta que deberá ser debidamente indexada desde su desembolso, hasta la fecha en que se surta el pago.

- b) Que se disponga que la entidad demandante nada tiene que restituir, ya que en momento alguno recibió el inmueble objeto de la promesa de compraventa, el cual siempre ha permanecido en manos de los demandados.*

SEGUNDA: *Que se CONDENE a los demandados a favor de la sociedad demandante, a la perdida de las arras confirmatorias, en la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$200.000.000,00), en razón de su incumplimiento.*

TERCERA: *Que se CONDENE a los PROMETIENTES VENDEDORES, a pagar en favor de la sociedad demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia y a título de indemnización de perjuicios, la suma de CINCO MIL NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL TRESCIENTOS VEINTITRES PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.098.713.323.00) y/o a la mayor suma que se demuestre dentro del proceso, cuyas cantidades y conceptos están relacionados en el acápite denominado 'juramento estimatorio' del presente libelo.*

CUARTA: *Que se condene a los PROMETIENTES VENDEDORES, a pagar en favor de la sociedad demandante, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, la suma de dinero correspondiente a la indexación y/o corrección monetaria sobre la suma anterior.*

QUINTA: Que se CONDENE a la parte demandada al pago de las costas y gastos del proceso.”

LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS

En la demanda se afirmaron los que se sintetizan así:

1. El 21 de septiembre de 2015, los aquí convocados, actuando como promitentes vendedores, y Seven Construcciones S.A.S., que obró como promitente compradora, suscribieron contrato de promesa de compraventa sobre un bien raíz ubicado en la calle 101 N° 35-52 de Bogotá, identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 50N-191613.

2. En la cláusula tercera del contrato se pactó el precio de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), pagaderos así: a) doscientos millones de pesos (\$200.000.000) a la firma del contrato de promesa de compraventa; b) mil seiscientos cincuenta y cuatro millones ciento un mil novecientos pesos (\$1.654.101.900) mediante abonos a los apartamentos 601, 604 y 605 del edificio “Arcoiris Pasadena”, cuyos valores se aplicarían de la siguiente forma:

2.1. Quinientos ochenta y cuatro millones quinientos siete mil quinientos pesos (\$584.507.500), que se abonarían por la promitente compradora para la adquisición del apartamento 604, distribuidos en de este modo: Veintinueve millones doscientos veinticinco mil trescientos setenta y cinco pesos (\$29.225.375) el 22 de septiembre de 2015; doscientos

sesenta y tres millones veintiocho mil trescientos setenta pesos (\$263.028.370) el 24 de mayo de 2016; y doscientos noventa y dos millones doscientos cincuenta y tres mil setecientos cincuenta pesos (\$292.253.750) el 24 de agosto de 2017.

2.2. Cuatrocientos noventa millones setecientos cincuenta mil trescientos pesos (\$490.750.300), que se abonarían por la promitente compradora para la adquisición del apartamento 605, que transferiría la demandante a favor de Rocío Carolina Carrillo Marín y Carlos Alfredo Castro como sigue: veinticuatro millones quinientos treinta y siete mil quinientos quince pesos (\$24.537.515) el 22 de septiembre de 2015; doscientos veinte millones ochocientos treinta y siete mil seiscientos treinta y cinco pesos (\$220.837.635) el 24 de agosto de 2016; y doscientos cuarenta y cinco millones trescientos setenta y cinco mil ciento cincuenta pesos (\$245.375.515) el 24 de agosto de 2017.

2.3. Quinientos setenta y ocho millones setecientos ochenta y un mil cien pesos (\$578.781.100), que se abonarían por la promitente compradora para la adquisición del apartamento 601 que transferiría la demandante a favor de Mercedes Marín Morales, como sigue: veintinueve millones novecientos treinta y nueve mil cincuenta y cinco pesos (\$29.939.055) el 22 de septiembre de 2015; doscientos sesenta millones cincuenta y un mil cuatrocientos noventa y cinco pesos (\$260.451.495) el 24 de agosto de 2016; y doscientos ochenta y nueve millones trescientos noventa mil quinientos cincuenta pesos (\$289.390.550) el 24 de agosto de 2017.

3. Para que la constructora pudiera hacer los abonos, los señores Sandra Patricia Marín Morales, Rocío Carolina Carrillo Marín, Carlos Alfredo Castro y Mercedes Marín Morales, previamente, debían diligenciar la documentación exigida por Fiduciaria Central para su vinculación, es decir, a) encargo fiduciario, b) carta de declaración de fondos, c) certificado de afiliación extractos bancarios, d) fotocopia de la cédula de ciudadanía, e) registro de firmas, f) prospecto del fondo, g) formulación de solicitud de vinculación, y h) reglamento del fondo; sin embargo, no lo hicieron, motivo por el que no se abrieron las cuentas fiduciarias, lo que impidió a la demandante debitar los abonos de los apartamentos del edificio “*Arcoíris Pasadena*”.

4. En el contrato de promesa de compraventa se indicó que la escritura pública de venta se otorgaría el 24 de mayo de 2016 a las 10:00 a.m. en la Notaría Treinta de esta capital, día en el que también se haría la entrega real y material del bien, pero, los demandados no se presentaron a suscribir el instrumento público ni cumplieron con la entrega del predio.

5. La sociedad demandante, a través de su representante legal, concurrió al lugar y le fue expedida acta de comparecencia 012/16.

6. Los demandados incumplieron el contrato, mientras que la demandante siempre ha estado presta a cumplir; de modo que “*está legitimada en la causa por activa y en capacidad de demandar no solo el cumplimiento del contrato de promesa*”

de compraventa celebrado (...) sino también la correspondiente indemnización o reparación de perjuicios (...)”.

7. La actora planeó el desarrollo del proyecto denominado “*EDIFICIO PASADENA II*” sobre 6 inmuebles, entre estos, el referido en el contrato de promesa que aquí se discute, por lo que, para obtener la licencia de construcción, adquirió los 5 restantes, lo que implicó los correspondientes costos, gastos e inversiones; pero, debido al incumplimiento de los ahora demandados, no se obtuvo el dominio del que prometieron enajenar, lo que llevó al fracaso total el proyecto, con la consecuente provocación de perjuicios a la convocante.

8. Debido a que la negociación entre promitentes vendedores y promitente compradora resultó fallida, los primeros exigieron la suma de cinco mil millones de pesos (\$5.000.000.000) para continuar con la venta del predio, lo que no aceptó la demandante.

IV. TRÁMITE Y RÉPLICA

1. El libelo fue admitido mediante auto dictado el 30 de agosto de 2018¹, que se adicionó el 5 de septiembre siguiente².

2. El apoderado de los demandados Irma Yolanda, Esmer Leoncio, Gladys, Dalis Helena, Iván Nemecio, Hernando Josué, Mercedes y Sandra Patricia Marín Morales y Mercedes Morales

¹ Ver folio 169 del archivo “04Cuaderno1Folios1a341.pdf” del expediente digital.

² Ver folio 173 del archivo “04Cuaderno1Folios1a341.pdf” del expediente digital.

de Marín, contestó formulando total oposición a las pretensiones y propuso las excepciones de *“MALA FE, TEMERIDAD Y AUSENCIA DEL DERECHO PARA DEMANDAR”, “EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO”, “EXCEPCIÓN DE ABUSO DE ACCIÓN Y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA (SUSTANCIAL) POR ACTIVA”* y *“EXCEPCIÓN GENÉRICA”*³.

3. También presentó demanda de reconvención.

LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

LAS PRETENSIONES

En ese libelo se formularon las siguientes:

“1.- Que se declare la Resolución del Contrato de Promesa de Compraventa suscrito el 21 de septiembre de 2015, entre la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S., a través de su representante legal, en calidad de Promitente Compradora, y mis mandantes: IRMA YOLANDA MARIN MORALES (...), ESMER LEONCIO MARIN MORALES (...); GLADYS MARIN DE CARRILLO (...); DALI HELENA MARIN MORALES (...); IVAN NEMESIO MARIN MORALES (...); HERNANDO JOSUE MARIN MORALES (...); MERCEDES MARIN MORALES (...); SANDRA PATRICIA MARIN MORALES (...) Y MERCEDES MORALES DE MARIN (...) en calidad de Promitentes Vendedores.

³ Ver folios 202 a 218 del archivo *“04Cuaderno1Folios1a341.pdf”* del expediente digital.

1.1. Que se declare que la Resolución del Contrato de Promesa de Compraventa suscrito el 21 de septiembre de 2015, recae sobre el inmueble identificado con M.I. No. 50N-191613, correspondiente a una casa de habitación junto con el lote de terreno en él construida, que hace parte del Lote marcado con el número 8 de la Manzana C, que forma parte del globo A de la Urbanización Pasadena, con una extensión de 483 m2, cuya nomenclatura urbana actual es la calle 102 No. 50-52 (...) de la ciudad de Bogotá (...).

2.- Que se declare que el contrato de promesa de compraventa citado en la anterior pretensión, queda resuelto por el incumplimiento de la Promitente Compradora, al no haber cancelado el precio en los términos contratados.

3.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S., en calidad de promitente compradora y por ser contratante incumplido, a perder en favor de los Promitentes vendedores la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$200.000.000), por concepto de las arras pactadas en el contrato de promesa de compraventa del 21 de septiembre de 2015.”

LOS FUNDAMENTOS FÁCTICOS.

En síntesis, se presentaron los siguientes:

1. El 21 de septiembre de 2015 se suscribió contrato de promesa de compraventa del inmueble ubicado en la calle 102 No. 50-52 (antes calle 101 No. 35-52) de Bogotá, en el que actuó

como promitente compradora la sociedad convocada en esta reconvencción S.A.S. y como promitentes vendedores, los demandados por aquella.

2. En la cláusula tercera del contrato se pactó el precio en la suma de dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000) y que se cancelaría de la siguiente forma:

<i>“Fecha</i>	<i>Valor</i>	<i>Concepto</i>
21/09/2015	\$200.000.000	Abono 1 (Arras)
22/09/2015	\$29.225.375	Abono 2 (Destino del dinero el Apto 604 del Edificio Arco Iris Pasadena)
22/09/2015	\$24.537.515	Abono 3 (Destino del dinero el Apto 605 del Edificio Arco Iris Pasadena)
22/09/2015	\$28.939.055	Abono 4 (Destino del dinero el Apto 601 del Edificio Arco Iris Pasadena)
24/05/2016	\$263.028.370	Abono 5 (Destino del dinero el Apto 604 del Edificio Arco Iris Pasadena)
24/08/2015	\$145.898.100	Abono 6
24/08/2016	\$220.837.635	Abono 7 (Destino del dinero el Apto 605 del Edificio Arco Iris Pasadena)
24/08/2016	\$260.451.495	Abono 8 (Destino del dinero el Apto 601 del Edificio Arco Iris Pasadena)
24/08/2017	\$292.253.750	Abono 9 (Destino del dinero el Apto 604 del Edificio Arco Iris Pasadena)
24/08/2017	\$245.375.150	Abono 10 (Destino del dinero el Apto 605 del Edificio Arco Iris Pasadena)
24/08/2017	\$289.390.550	Abono 11 (Destino del dinero el Apto 601 del Edificio Arco Iris Pasadena)

”

3. “En el párrafo segundo de la cláusula tercera del contrato de promesa de compraventa, se estableció que la promitente compradora, como parte del precio, pagaría las sumas indicadas en el cuadro precedente para que se obtuviese el dominio de los apartamentos 601, 604 y 605 del Edificio ARCO IRIS PASADENA, de Bogotá”.

4. El pago de los referidos abonos lo acreditaría la promitente compradora con la expedición de respectivos comprobantes de recibo.

5. En la cláusula cuarta de la promesa se convino que la escritura pública se otorgaría el 24 de mayo de 2016 a las 10:00 a.m. en la Notaría Treinta de Bogotá, y que en la misma fecha se haría la entrega del inmueble.

6. La promitente compradora solamente hizo el primer pago por doscientos millones de pesos (\$200.000.000), que se pactó como arras; pero nunca hizo los demás abonos, ni entregó los comprobantes de pago respectivos.

7. Los promitentes vendedores no acudieron a suscribir la escritura pública porque no estaban obligados debido a que previamente la promitente compradora incumplió con el pago de los abonos del precio en la forma pactada.

8. Las promesas de compraventa de los apartamentos 601 y 604 del edificio Arco iris Pasadena nunca fueron materializadas por Seven Construcciones S.A.S.; y la del 604 fue incumplida por la constructora *“en los términos de la promesa de compraventa del 21 de septiembre de 2015”*.

TRÁMITE Y RÉPLICA

1. La demanda en reconvención se admitió mediante proveído de 12 de marzo de 2019⁴.

⁴ Ver folio 88 del archivo “01CuadernoReconvención” del expediente digital.

2. La parte convocada en esta mutua demanda y actor inicial, por medio de apoderado, se pronunció en oportunidad. Manifestó que se allana a la pretensión de resolución, porque también la formularon; pero advirtiendo que *“por el exclusivo incumplimiento de los PROMETIENTES VENDEDORES”*; expresó su oposición a las demás, e impetró las defensas que denominó *“CONTRATO NO CUMPLIDO POR PARTE ÚNICA Y EXCLUSIVA DE LOS PROMITENTES VENDEDORES”*, *“FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA RESPECTO DE LOS RECONVINIENTES”*, *“ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”*, *“TEMERIDAD Y MALA FE DE LOS RECONVINIENTES”* y *“EXCEPCIÓN GENÉRICA”*⁵; además, objetó el juramento estimatorio hecho en el libelo de reconvención.

LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

En el fallo de primera instancia, emitido el 8 de octubre de 2019, la señora Juez Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, decidió literalmente así:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones de mérito denominadas FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.

SEGUNDO: NEGAR las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda impetrada por la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S. En consecuencia,

⁵ Ver folios 102 a 143 del archivo *“01CuadernoReconvención”* del expediente digital.

absolver a los demandados de las pretensiones de la misma.

TERCERO: NEGAR las pretensiones de la demanda de reconvención impetrada por los demandados IRMA YOLANDA MARIN MORALES, DARLIS HELENA MARIN MORALES, IVAN NEMECIO MARIN MORALES, HERNANDO JOSUÉ MARIN MORALES, JAIME ALBERTO MARIN MORALES, MERCEDES MARIN MORALES, SANDRA PATRICIA MARIN MORALES, MERCEDES MORALES DE MARÍN, ESMER LEONCIO MARIN MORALES y GADYS MARIN MORALES, contra la sociedad SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S. En consecuencia, absolver a la demandada en reconvención de las pretensiones de la misma.

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante y demandada en reconvención SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S. Tásense. Se fija la suma de \$9.800.000,00 por concepto de agencias en derecho para que sean incluidas en las costas.

QUINTO: ONDENAR en costas a la parte demandante en reconvención IRMA YOLANDA MARIN MORALES, DARLIS HELENA MARIN MORALES, IVAN NEMECIO MARIN MORALES, HERNANDO JOSUÉ MARIN MORALES, JAIME ALBERTO MARIN MORALES, MERCEDES MARIN MORALES, SANDRA PATRICIA MARIN MORALES, MERCEDES MORALES DE MARÍN, ESMER LEONCIO MARIN MORALES y GADYS MARIN MORALES Tásense.

Se fija la suma de \$5.500.000,00 por concepto de agencias en derecho para que sean incluidas en las costas.

SEXTO: ORDENAR la cancelación del registro de la demanda en la ORIP de esta ciudad. Oficiese.”

En esencia, los argumentos fundamentales para decidir en la forma como lo hizo fueron:

a) En primer lugar, indicó que las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda inicial aluden a las dos hipótesis que refiere el artículo 1546 del Código Civil, es decir, al cumplimiento o a la resolución del contrato, en ambos casos con la indemnización de perjuicios. Afirmó que son presupuestos para la prosperidad de este tipo de acciones: la existencia de un contrato bilateral válido, que la demandante haya cumplido o se haya allanado a cumplir en la forma y tiempo acordados; y que la demandada haya incumplido total o parcialmente sus obligaciones.

b) Luego señaló que el contrato de promesa de compraventa que se allegó al proceso cumple los requisitos del artículo 1611 del Código Civil.

c) Se refirió a las obligaciones que adquirió la demandante, entre las que estaba el pago del precio, y resaltó que incumplió con los abonos que debía hacer antes del otorgamiento de la escritura pública de venta, lo que fue aceptado por la promotora y corroborado con el testimonio de Vilma Alcira Cardona Garzón,

quien era su representante legal en ese tiempo y conoció los hechos de forma directa. Con respecto a que las promitentes vendedoras no estuvieron prestas a realizar la apertura de cuentas fiduciarias, resaltó que no era una carga impuesta en el contrato y, por tanto, no era una condición para que Seven Construcciones S.A.S. cumpliera con el pago. Destacó que los contratos de promesa de compraventa de los apartamentos 601, 604 y 605 los firmó la señora Vilma Alcira Cardona, de manera que no obligan a quienes no los suscribieron.

d) Consideró que los testigos no hicieron aportes relevantes para esclarecer lo debatido.

e) Con ese análisis concluyó que no se puede acoger la pretensión principal de ordenar a los demandados la suscripción de la escritura pública, y condenarlos a indemnizar perjuicios.

f) En torno a las pretensiones subsidiarias, con las que se persiguió la resolución del contrato, la pérdida de las arras confirmatorias para los demandados, junto con la condena a reparar los perjuicios reclamados por valor de cinco mil noventa y ocho millones setecientos trece mil trescientos veintitrés pesos (\$5.098.713.323), manifestó que fracasan por estar sujetas a la acreditación del cumplimiento de la convocante, lo que no se demostró.

g) También desestimó las pretensiones de la demanda de reconvención argumentando que se probó el incumplimiento de las promitentes vendedoras al no asistir a la notaría a otorgar la escritura pública de venta; conducta que no se justifica con el

hecho de que la promitente compradora haya insatisfecho previamente sus obligaciones. Así que no cumplieron como debían y no se allanaron a cumplir.

EL RECURSO DE APELACIÓN

I. La demandante principal planteó sus reparos concretos contra los numerales 2, 4 y 6 de la resolutive de la decisión de primer grado así:

(i) Dijo que hubo *“ERROR EN LA INTERPRETACIÓN DE LA DEMANDA CUANDO QUIERA QUE SE ENTENDIÓ QUE LA ACCIÓN ERA EXCLUSIVAMENTE RESOLUTORIA A PESAR DE QUE, CONFORME A LAS PRETENSIONES PRINCIPALES, SE TRATABA IGUALMENTE DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 1610 DEL CÓDIGO CIVIL”*.

En sustento de esta inconformidad alegó que la juez de primer grado se ocupó exclusivamente de la acción resolutoria reclamada en la segunda pretensión subsidiaria, sin *“haber atendido para nada las pretensiones precedentes”*; que al subsanar la demanda se precisó que *“la acción declarativa impetrada, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 430 inciso tercero ibidem y en armonía con el citado artículo 368, a través del proceso ‘VERBAL DE MAYOR CUANTÍA’, era la ‘ACCIÓN DECLARATIVA DE EXISTENCIA DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE, SU INCUMPLIMIENTO Y LA RESPECTIVA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL’, como pretensión principal.”*; lo que no fue tenido en cuenta. Resaltó que la primera pretensión subsidiaria fue *“la ‘ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR INCUMPLIMIENTO DE*

UNA OBLIGACIÓN DE HACER’, prevista en el artículo 1610 numeral tercero del Código Civil.”

Adujo que “CONTRARIO A LO OCLUIDO EN LA SENTENCIA, SI ESTÁN REUNIDOS LOS PRESUPUESTOS AXIOLÓGICOS TANTO DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 1610 DEL CÓDIGO CIVIL COMO TAMBIÉN INCLUSIVE DE LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA DE RESOLUCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1546”.

Memoró la forma en que se pactó el pago del precio en el contrato de promesa de compraventa discutido, y puso de presente que el 28 de mayo de 2015 la promotora celebró con Fiduciaria Central “*CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 2015098 – FIDEICOMISO PROYECTO ARCO IRIS PASADENA*”. También que el 20 de agosto siguiente, las mismas partes celebraron “*CONTRATO DE ENCARGO FIDUCIARIO IRREVOCABLE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS No. 2015159-PREVENTAS ARCOIRIS*”; así que, para Seven construcciones poder hacer los abonos pactados en la promesa de compraventa de 21 de septiembre de 2015, era necesario que previamente Sandra Patricia Marín Morales, Rocío Carolina Carrillo Marín, Carlos Alfredo Castro y Mercedes Marín Morales diligenciaran y entregaran la documentación exigida por Fiduciaria Central para hacer su vinculación; empero, pese a los requerimientos de la actora, no lo hicieron. Por eso, no se abrieron las respectivas cuentas fiduciarias y se le impidió a la promitente vendedora debitar los abonos para los aludidos apartamentos. Dijo que tal situación se demostró

con los testimonios de Vilma Alcira Cardona Garzón, Juanita María Prieto Cardona y John Gervacio Giraldo Gómez.

Sostuvo que la demandante inicial estuvo presta siempre a cumplir; que canceló el primer pago por doscientos millones de pesos (\$200.000.000) ; que, al no poder hacer los abonos ante la fiduciaria por el incumplimiento de los promitentes vendedores, se allanó a cumplir al acudir a la notaría con la intención de pagar el saldo del precio por medio del cheque N° 0313625 por valor de mil ochocientos millones de pesos (\$1.800.000.000) y la certificación del banco BBVA de 23 de mayo de 2016, conforme se dejó constancia en el acta de comparecencia. Según dijo, esto no fue considerado por la señora *iudex a quo*. Insistió en que los promitentes vendedores incumplieron el contrato preparatorio al no acudir a suscribir la escritura pública ni hacer la entrega del bien, lo que legitimó en la causa por activa a Seven constructora S.A.S. para reclamar el cumplimiento del contrato de promesa de compraventa, junto con la indemnización de perjuicios; pero la primera instancia no se pronunció de fondo al respecto.

(ii) Le enrostró a la decisión atacada una “*INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA EN LO QUE TIENE QUE VER DE MANERA PUNTUAL CON LAS DECLARACIONES RENDIDAS POR LOS SEÑORES DEL VILMA ALCIRA CARDONA, JUANITA PRIETO Y GERVASIO GIRALDO, EN CUANTO A LA INFORMACIÓN PREVIA QUE ELLOS EXPUSIERON AL DESPACHO SOBRE LA NECESIDAD DE LA CONSTITUCIÓN DE LA FIDUCIA MERCANTIL, INCLUSIVE CON ANTELACIÓN A LA SUSCRIPCIÓN DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DE LA CASA COMO TAMBIEN DE LOS APARTAMENTOS*”.

Alegó que se pactó parte del pago del precio con abonos a los apartamentos 601, 604 y 605 del edificio Arco Iris Pasadena de forma simultánea entre los contratantes, y que se celebraron otras tres promesas respecto de tales bienes; que los testigos fueron claros exponiendo las modificaciones a que se sometieron. Aseveró que se demostró que los demandados sabían de la necesidad de que Sandra Patricia Marín Morales, Rocío Carolina Carrillo Marín, Carlos Alfredo Castro y Mercedes Marín Morales se vincularan a la Fiduciaria Central y abrieran las cuentas fiduciarias; y que así se colige de la literalidad de la cláusula tercera de las promesas de compraventa de los apartamentos ya conocidos y de las declaraciones de los mencionados testigos.

(iii) El siguiente reparo se fincó en la *“INAPLICABILIDAD DE LOS ARTÍCULOS 1603 Y 1609 DEL CÓDIGO CIVIL”*. Planteó que hubo indebida aplicación de esos cánones, porque no se valoró que Seven Construcciones S.A.S. siempre estuvo dispuesta a cumplir o allanarse a cumplir con sus deberes contractuales. Insistió en que pagó doscientos millones de pesos (\$200.000.000) a la firma del contrato de promesa; también ha cancelado el impuesto predial del inmueble; brindó información clara a las promitentes vendedoras, a pesar de lo cual hubo incumplimiento de las demandadas de abrir las cuentas fiduciarias y, con ello, impidieron a la constructora hacer los abonos a los apartamentos; y que el pactado para la suscripción de la escritura pública, demostró que portaba la copia del título valor por mil ochocientos millones de pesos para cubrir el saldo del precio.

(iv) Refirió que hubo “*INAPLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 164 Y 176 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO*”. Insistió aquí con la indebida apreciación de los testimonios de la señora Vilma Alcira Cardona Garzón, Juanita María Prieto Cardona y John Gervacio Giraldo Gómez. Alegó que la finalidad de los testimonios de Alejandro Garzón y Germán Enrique Sagatuy Guzmán era “*demostrar otros incumplimientos y las argucias desplegadas por los promitentes vendedores para justificar su incumplimiento*”. Se quejó de la falta de análisis de la declaración de Pedro Nel Duque Baena, quien presentó una versión que contraría el resto de la prueba. Igualmente, reprochó que no se calificara la conducta de los demandados al guardar silencio sobre la existencia de las promesas de compraventa de los apartamentos, y que no se asignara ningún valor probatorio al acta de comparecencia, el cheque girado a favor de los actores por mil ochocientos millones de pesos, la certificación bancaria, el pago de cargas urbanísticas, la Resolución N° 000689 radicado IDU 20165260741572, el pago a Metrovivienda el 13 de enero de 2016, los demás pagos acreditados, al dictamen pericial, y los correos cruzados entre las partes.

II. La apoderada de los señores Hernando Josué Marín Morales y Jaime Alberto Marín Morales, demandados inicialmente y demandante en reconvención el primero, presentó los siguientes reparos.

(i) Aseguró la togada que erró el juzgado de primer grado al negar las pretensiones de la demanda en reconvención al considerar que los promitentes vendedores debían acudir a la

notaría y al no hacerlo incumplieron la promesa de compraventa; pues, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia tiene advertido que cuando se trata de obligaciones sucesivas, si el primero en el tiempo no cumple, el otro contratante tiene dos opciones: la primera, solicitar el cumplimiento del contrato, pero tiene que demostrar que cumplió o se allanó a cumplir; en segundo lugar, solicitar la resolución, para lo que no requiere acreditar el cumplimiento o el allanamiento a hacerlo, ya que basta probar que el otro contratante fue primero en el tiempo y no satisfizo sus obligaciones. Memoró las prestaciones a cargo de cada parte y destacó que la sociedad promitente compradora no cumplió con los pagos establecidos, y que eran anteriores a los deberes de los promitentes vendedores, que solamente tendrían lugar el 24 de mayo de 2016.

(ii) Dijo que debe accederse a la pretensión de imponer a la demandante principal la sanción consagrada en el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, por haber promovido una acción temeraria; pues, aparte de que incumplió sus obligaciones, inventó una que no se pactó, cual es la apertura de cuentas fiduciarias para justificar que no acató el concurso de voluntades. Además, porque reclama una indemnización superior a los cinco mil millones de pesos de forma desproporcionada y sin sustento legal.

(iii) Aseveró que no es procedente la condena en costas a esa parte, porque fue la promotora inicial quien incumplió el contrato; y que, aún si se aceptase que ambas partes se sustrajeron de acatar el convenio, la condena por ese concepto

debe ajustarse a lo regulado por el Consejo Superior de la Judicatura.

ASPECTOS JURÍDICOS PROCESALES, PROBATORIOS Y SUSTANCIALES.

1. Nulidades. No se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta el presente procesal.

2. La competencia del superior. Por mandato expreso del artículo 328 del C. G. P., el *“juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos en la ley.”* Solamente, *“(...) cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.”* En este caso, ambos extremos procesales apelaron los aspectos y decisiones que consideran desfavorables para sus intereses. En todo caso, para delimitar el ámbito de acción del juez de segundo grado, en el artículo 322, numeral 3, inciso segundo, *ejusdem*, se exige al recurrente **“precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión (...)”** (Negrillas extra-texto).

3. Los reparos formulados. Como se dejó reseñado, los reproches formulados por ambas partes atacan la desestimación de las pretensiones que cada una formuló. Sin embargo, los cuestionamientos que puntualizaron se pueden sintetizar así: la convocante primigenia acusa indebida interpretación de la

demanda, porque no se comprendió el tipo de acción promovida; indebida aplicación de los artículos 1603 y 1609 del Código Civil, e inadecuada valoración probatoria; pues, considera que sí están satisfechos los presupuestos axiológicos de los artículos 1546 y 1610 del Código Civil. Por su lado, el otro extremo procesal protesta porque la denegación de sus aspiraciones está fundada en exigencias que tienen cabida, específicamente la de asistir a la notaría en la fecha y hora en que debió ser otorgada la escritura pública en la cual se solemnizaría el contrato prometido; por no aplicar a la demandante primigenia la sanción consagrada en el parágrafo del canon 206 del C. G. P., y por la condenación en costas que se le impuso. Así que ahora se habrá de resolver solamente lo concerniente a estos cuestionamientos.

4. De la acción de resolución o cumplimiento de contrato. En la celebración de negocios jurídicos entre personas, la voluntad libre de quienes intervienen es relativamente soberana; es ella la que dicta el derecho. En esta materia, con precisas y expresas excepciones, rige con amplitud el principio de la autonomía de la voluntad, en cuanto los particulares tienen libertad para pactar los contratos que les plazcan, determinar su contenido, efectos y duración; por supuesto, sin afectar derechos de terceros ni contrariar el orden público jurídico.

Según el artículo 1495 del C. Civil, el contrato o la convención es el acto por el cual una parte se obliga con otra a dar, hacer o no hacer una cosa. Desde luego, ese acuerdo debe reunir los requisitos necesarios para su existencia jurídica, validez y eficacia. Ese régimen de libertad jurídica para

obligarse y disponer comporta el postulado romano *pacta sunt servanda* (Los pactos son para cumplirse. Los pactos han de honrarse, decían los Romanos), el cual se asienta hoy en el imperativo que consagra el canon 1602 del Código Civil Colombiano: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*

Ahora bien, el artículo 1546 del Código Civil establece:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios”.

Desde luego, quien acciona pretendiendo el cumplimiento de lo pactado en un contrato, asume la carga de probar que acató lo acordado en el concurso de voluntades; pues, el artículo 1609 del Código Civil también consagra la siguiente regla esencial: *“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

La Honorable Corte Suprema de justicia, en su Sala de Casación Civil, ha sostenido al respecto:

“(...) luego de que sea establecida la existencia de un contrato válido que ligue a los contratantes, la labor del juzgador deberá estar dirigida a determinar, a la luz del citado precepto legal, la legitimación del actor, esto es, a escudriñar si su conducta contractual evidencia que puede beneficiarse de la facultad para pedir la resolución del contrato o su cumplimiento, con indemnización de perjuicios, porque tal derecho le asiste únicamente a quien ha cumplido o se ha allanado a hacerlo, lo que visto en sentido contrario indica que cualquiera de ellas se frustra cuando quien la demanda a su vez ha incumplido de manera jurídicamente relevante, porque en tal caso, ante la presencia de obligaciones recíprocas, el deudor demandado podrá justificar su resistencia a cumplir la suyas, lo que significa que quien promueva la correspondiente acción debe estar libre de culpa por haber atendido a cabalidad, como que una conducta así es la que le confiere legitimación al actor.”⁶(Subrayas a propósito).

Este precedente jurisprudencial es bastante para entender que quien pretenda el cumplimiento de un contrato queda gravado con la carga probatoria del cumplimiento cabal de las obligaciones dimanantes del negocio jurídico celebrado cuyo cumplimiento pretende por vía jurisdiccional; o, al menos, que mantuvo su disposición cierta y seria de cumplir, pero no lo hizo por causas imputables al otro contratante.

Y en otra oportunidad, la misma Corporación explicó:

⁶ Sentencia del 16 de junio de 2006. Ref. Exp. N° 7786 de 2006.

“Así las cosas, el contratante que primero vulneró la alianza queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que su contendor sí la conserva a pesar de que también dejó de acatar una prestación, siempre que su actuar se encuentre justificado en su inexigibilidad por la previa omisión de aquel.

Igualmente, si la pretensión invocada no es la resolutoria sino la de cumplimiento del pacto, quien así lo demanda requiere haber honrado sus compromisos o haberse allanado a hacerlo, aun en el supuesto de que su contraparte no lo haya hecho previamente.

En resumen, puede deprecar la resolución de un acuerdo de voluntades el contratante cumplido, entendiéndose por tal aquel que ejecutó las obligaciones que adquirió, así como el que no lo hizo justificado en la omisión previa de su contendor respecto de una prestación que éste debía acatar de manera preliminar; mientras que si de demandar la consumación del pacto se trata, sólo podrá hacerlo el negociante puntual o que desplegó todos los actos para satisfacer sus débitos, con independencia de que el otro extremo del pacto haya atendido o no sus compromisos, aun en el supuesto de que fueran anteriores.” (Subraya extra texto)⁷.

⁷ (C. S. J. S.C., sent. 20 de abril de 2018, rad. 2004-00602).

5. El asunto *sub iudice*. Atendiendo a los reparos que fueron formulados y sustentados por la parte actora, se habrán de resolver de manera conjunta; pues, todos están cimentados en que sí hubo cumplimiento y disposición a cumplir todas sus obligaciones, y que la parte demandada incumplió las que le correspondían. Enseguida se procederá con el examen de los reparos de la parte convocada y reconviniente.

5.1. Los reproches de la demandante. En la demanda subsanada, como se dejó reseñado en la presentación del caso, se reclama la declaratoria de incumplimiento contractual de los accionados y, de modo principal, que sean condenados al cumplimiento de la promesa de compraventa objeto de la presente Litis; también se reclama en forma subsidiaria (primera) que se condene al pago de perjuicios por la suma de \$5.098.713.323, por perjuicios, con su correspondiente indexación, invocando el artículo 1610 del Código Civil; y como “segundas” subsidiarias, también se plantea la de resolución del aludido contrato, y que se condene produzcan las consecuenciales condenas, entre las que se incluyen las restituciones mutuas “*previas las COMPENSACIONES a que hubiere lugar*”, entre las que se pide la devolución de los \$200.000 de pesos pagados por la promitente compradora a la promitente vendedora, que se condene a ésta parte a pagar otro tanto por concepto de arras confirmatorias y \$5.098.713.323 por perjuicios, con la respectiva indexación⁸.

Como se advirtió, tanto la pretensión primera principal, en la que se reclama el cumplimiento forzado de las

⁸ Ver folios 126 a 129 del archivo “04Cuaderno1Folios1a341.pdf” del expediente digital.

prestaciones a cargo de las promitentes vendedoras, y las consecuenciales de condenar al pago de la indemnización de perjuicios, como en las subsidiarias de resolución del contrato del contrato de promesa de compraventa, y de indemnización, están fundadas en lo preceptuado en el canon 1546 del Código Civil Colombiano; pues, aquí se ha formulado primeramente la pretensión de cumplimiento y subsidiariamente la de resolución, ambas consagradas en la citada norma.

(i) La indebida interpretación de la demanda. En la sustentación del recurso se acusa indebida interpretación de la demanda porque, según el censor, no se tuvo en cuenta que también se había formulado pretensión indemnizatoria con fundamento en el artículo 1610 del Estatuto Sustantivo Civil. Al respecto es apropiado hacer los apuntes que siguen:

a) En primer lugar se advierte que, tanto la indemnización de que trata el precepto 1546 del Código Civil, como en la del 1610 *ejusdem*, para su prosperidad es indispensable probar el incumplimiento de la parte contratante demandada. Así que si no está satisfecho ese presupuesto, forzosamente han de fracasar unas y otras, como en efecto lo concluyó con acierto la señora juez de primer grado.

b) Por otro lado, una diferencia fundamental, para los efectos aquí examinados, es que la primera comporta como aspiración principal el cumplimiento contractual o la resolución del negocio jurídico, y la condena al pago de la indemnización de perjuicios es consecuencial; en cambio en la otra, si se adopta la opción consagrada en el numeral 3 – que

fue la escogida en este caso – únicamente se reclama la indemnización por la mora y por los *“perjuicios resultantes de la infracción del contrato”*.

c) Pero también es imperativo advertir que no tiene lugar el pregón de incumplimiento contractual del demandado si el convocante no ha honrado sus obligaciones o no se ha allanado a satisfacerlas, cuando las que adquirió deben preceder temporalmente a las del otro contratante. Así surge de lo dispuesto en el artículo 1609 *ibídem*: *“[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”*.

d) Si la conclusión que arroja el examen de la prueba y de los fundamentos fácticos invocados por la parte actora, es que no cumplió sus obligaciones en la forma debida, y que la omisión del otro extremo contractual tuvo justificación en aquel incumplimiento; pues, forzosamente comporta el fracaso de todas las pretensiones. Eso, exactamente fue lo acaecido en este caso; luego, la *iudex a quo* no incurrió en el yerro de indebida interpretación de la demanda que le atribuye la recurrente.

e) Como el apelante insistió en resaltar que inicialmente adelantó la ejecución, y en citar apartes de lo que en ese escenario se definió, no está demás advertir que el proceso ejecutivo promovido por Seven Constructora S.A.S., en el que se revocó la orden de apremio, y el presente trámite tienen finalidades y están regidos por normas diferentes. De manera

que las decisiones allí adoptadas no tienen incidencia de ninguna naturaleza este juicio.

(ii) El alegado cumplimiento contractual de la convocante. Se allegó el “*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE*”⁹ suscrito el 21 de septiembre de 2015 entre la demandante y los accionados iniciales, aquella como promitente compradora, y éstos como promitentes vendedores. En ese negocio jurídico se pactó que el 24 de mayo de 2016, en la Notaría Treinta de esta capital, los primeros venderían a la segunda, por dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000), la casa de habitación junto con el lote de terreno que hace parte del lote marcado con el número 8 de la manzana C, que forma parte del globo A, de la urbanización Pasadena, ubicado en la calle 101 No. 35-52 de la ciudad de Bogotá.

Ese documento no fue tachado de falso; así que tiene pleno mérito probatorio. Por esa razón, se torna inane lo reclamado en el *petitum* primero; pues, además, nadie ha discutido la legalidad y eficacia de lo acordado allí, que constituye precisamente presupuesto axial para las demás pretensiones formuladas.

Al examinar los términos del referido pacto, especialmente atendiendo a las obligaciones adquiridas por cada parte contractual, y lo concerniente a la prueba de su cumplimiento e incumplimiento, es imperioso hacer las reflexiones que a continuación se expresan:

⁹ Ver folios 2 a 12 del archivo “01CuadernoReconvención.pdf” del expediente digital.

(i) Las obligaciones adquiridas por Seven Construcciones S.A.S. fueron: a) pagar el precio, fijado en dos mil millones de pesos (\$2.000.000.000); y b) asistir a la notaría en la fecha y hora estipulada.

El pago es un hecho positivo concreto que requiere prueba de quien lo alega o de aquel a quien se le atribuya deber una determinada cosa. De manera que la promitente compradora está gravada en este juicio con el *onus probandi* del pago de los dineros en la forma contratada; pero ese débito probatorio no fue satisfecho en este caso, tal como pasa a exponerse. Es así por las razones que siguen:

El precio acordado fue la suma de \$2.000.000.000, cuyo pago se debía cumplir la promitente compradora en la siguiente forma y fechas:

- Doscientos millones de pesos (\$200.000.000) al firmar la promesa de venta, lo cual se cumplió cabalmente.

-“La suma de UN MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CIENTO UN MIL NOVECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.654.101.900=) se cancelarán en los apartamentos números 601-604-605 del Edificio Arcoiris Pasadena (...) inmuebles que entregará SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S. a LOS PROMITENTES VENDEDORES en Agosto 24 de 2017 como consta en documento separado y firmado por las partes (...)”, en pagos parciales estipulados así:

Apartamento 604 que se transferiría a favor de Sandra Patricia Marín Morales. El **22 de septiembre de 2015** por \$29.225.375; el **24 de mayo de 2016** por \$263.028.370; el 24 de agosto de 2017 por \$292.253.750.

Apartamento 605 que se transferiría a favor de Rocío Carolina Carrillo Marín y Carlos Alfredo Castro. El **22 de septiembre de 2015** por \$24.537.515; el **24 de agosto de 2016** por \$220.837.635; el 24 de agosto de 2017 por \$245.375.150.

Apartamento 601 que se transferiría a favor de Mercedes Marín Morales. El **22 de septiembre de 2015** por \$28.939.055; el **24 de agosto de 2016** por \$260.451.495; el 24 de agosto de 2017 por \$289.390.550.

- Finalmente, la suma de ciento cuarenta y cinco millones ochocientos noventa y ocho mil cien pesos (\$145.898.100) “*se cancelará el día 24 de agosto de 2016 día en que se realizará la entrega del inmueble prometido en venta y se firmará la correspondiente escritura*”.

De manera que la promitente compradora se obligó a pagar una parte del precio antes del 24 de agosto de 2016, fecha en la cual debía cancelar otra fracción del mismo en el momento de la celebración del contrato prometido.

(ii) Está probado que la convocante no satisfizo el pago de las cuotas que se obligó a solventar el 22 de septiembre de 2015. Así lo reconoció ella misma desde la demanda (Hechos 8

y 9) pretextando impedimento para cumplir. El argumento expuesto es que “*SANDRA PATRICIA MARÍN MORALES, ROCÍO CAROLINA CARRILLO MARÍN, CARLOS ALFREDO CASTRO y MERCEDES MARÍN MORALES debían diligenciar toda la documentación exigida por FIDUCIARIA CENTRAL S.A. para la respectiva vinculación*”, lo que no hicieron. Esa documentación era: encargo fiduciario, carta de declaración de fondos, certificado de afiliación, extractos bancarios, fotocopia de la cédula ampliada al 150%, registro de firmas, prospecto del fondo, formulación de solicitud de vinculación y reglamento del fondo. Según alega, esa “*documentación, luego de diligenciada, debía ser entregada por sus signatarios a SEBEN CONSTRUCCIONES S.A.S. y ésta a su turno los radicaba ante FIDUCIARIA CENTRAL S.A., con el exclusivo fin de abrir las respectivas cuentas ante la Fiduciaria.*” (Hecho 8).

Pues bien: por más que se mire la literalidad expresa del contrato de promesa objeto de juzgamiento, y se hagan las más laxas hermenéuticas del mismo, no es jurídicamente posible hallar en él que se hubiese pactado semejante condición. Allí no aparece, ni hay cómo deducir, que quienes recibirían los apartamentos del edificio Arco Iris Pasadena debieran entenderse con la fiduciaria ni abrir cuentas allí; luego, no es una obligación a cargo de los promitentes vendedores.

A lo anterior se agrega que tampoco se aportó documento alguno que diera cuenta que las partes hubieran suscrito algún otrosí a la promesa de venta, en la que se hubiese hecho tales estipulaciones condicionantes. En tales condiciones, el contrato creado el 21 de septiembre de 2015 constituye la

única fuente de obligaciones exigibles entre las partes; y el documento que lo contiene constituye medio de convicción plena de las que corresponden a cada contratante.

Es apropiado recordar que, tratándose de contrato de promesa de compraventa, cualquier modificación a lo pactado en él, es forzoso que se haga por escrito; de lo contrario no produce ningún efecto. Este requisito comprende cualquier modificación que hagan las partes. Así lo manda el numeral 1 artículo 1611 Código Civil. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia explicó:

“2. La promesa de contrato no produce obligaciones para quienes la celebran a no ser que reúna los requisitos concurrentes que establece el artículo 1611 del Código Civil, subrogado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887.

Las solemnidades previstas en esa norma son de las denominadas ad substantiam actus, por lo que la validez del acto depende de su confluencia. La promesa es, por lo tanto, un contrato solemne, que para que produzca efectos debe cumplir con tales formalidades, según lo ordena el artículo 1500 del Código Civil. Tales solemnidades impuestas por intereses de orden público, no pueden ser derogadas ni por las partes ni por el juez.” (Subrayas ajenas al original)¹⁰.

¹⁰ C. S. J. S.C., SC2468-2018, sent. 29 de junio de 2018, rad. 2008-00227 01.

(iii) Esta última circunstancia deja en el vacío el reparo consistente en que se hizo una errada valoración de los testimonios de Vilma Alcira Cardona, Juanita Prieto y John Gervacio Giraldo. En efecto, según la demandante, con ellos demuestra la necesidad de que las promitentes vendedoras constituyeran o abrieran las cuentas fiduciarias para ésta poder hacer los abonos; pero, si en el contrato de promesa que celebraron los aquí litigantes no se pactó esa obligación, resulta del todo irrelevante que se probara tal exigencia. Sin embargo, es preciso resaltar que la señora juez de primer grado sí valoró de modo individual y conjunto ese grupo de testimonios, y concluyó que ninguna contenía elementos de juicio relevantes para lo que aquí se discutía. Esa crítica se halla en la audiencia donde se produjo la sentencia (tiempo 4:42:00). Así que resulta del todo carente de fundamento ese cuestionamiento.

En efecto, en la sentencia se desechó el testimonio del señor Pedro Nel Duque, por ser “*testigo de oídas*”; luego, no es cierto que se omitió analizar esa medio de convicción. Y en relación con los testimonios de Alejandro Garzón y Germán Enrique Sagatuy Guzmán, no indicó puntualmente cuál fue el error que cometió la señora juez en su apreciación; sin embargo, en el fallo se reseñó sucintamente lo afirmado por ellos, y se concluyó que no son eficaces para probar el cumplimiento o incumplimiento del negocio jurídico. Además, como se dijo, en cualquier caso, las testimoniales no podían subsanar la deficiencia probatoria en cuanto a la variación de los términos del contrato, porque tenían que ser por escrito.

La misma situación acaece respecto al acta de comparecencia, pues si fue mencionada y examinada por la juez en su fallo, caso distinto, es que dicha documental no sirve para probar el cumplimiento del pago ni el allanamiento a cumplir con tal prestación; pues, únicamente informa la comparecencia el día fijado, y tener consigo la promitente compradora un título valor que, como ya se consignó, no da cuenta de la satisfacción de las obligaciones de esta.

En cuanto a los escritos que contienen pagos por concepto de impuestos, cargas urbanísticas, licencias de construcción no prestan utilidad para verificar el tercer requisito de la acción, por cuanto no eran labores derivadas de la promesa de compraventa, sino propias del objeto social de la demandante para desarrollar el proyecto inmobiliario, por lo que no era necesario hacer una síntesis de su contenido.

(iv) Por otro lado, tampoco se logra encontrar cómo anudar los contratos de promesa de compraventa de los tales apartamentos 601, 604 y 605 con el que aquí se analiza; por lo menos, en cuanto concierne con la estipulación de obligaciones a cargo de los aquí accionados iniciales, que se trasladaran a este negocio jurídico.

En efecto, en el párrafo primero de la cláusula tercera de los contratos de promesa de venta de los aludidos apartamentos 601, 604 y 605 se pactó lo siguiente:

“Los pagos a que se refiere la Cláusula Tercera de este documento y que hagan referencia a la cancelación de

cada una de las cuotas pactadas en el precio de este contrato, los realizará SEVEN CONSTRUCCIONES S.A.S. según lo pactado en la promesa de compraventa de la casa (...) a favor de EDIFICIO ARCOIRIS PASADENA y/o mediante consignación en la cuenta corriente a nombre de la FIDUCIARIA CENTRAL” (subrayas ajenas al original)¹¹.

Esto revela nítidamente que, contrario a lo alegado por la impugnante, los pagos de la constructora no estaban sometidos a la condición alegada de que de que los promitentes vendedores de la casa hubieran abierto cuentas fiduciarias. Las alternativas para cumplir con los pagos fueron dos: consignar a nombre del Edificio Arcoiris Pasadena o en la cuenta corriente de Fiduciaria Central; de manera que no era forzoso hacer aquellos trámites, por cuenta de los promitentes vendedores de la casa. Es preciso insistir en que por ninguna parte de tales contratos aparece tal exigencia. Pero, además, ningún impedimento existía para que la obligada y ahora promotora hubiese cumplido haciendo los pagos mediante consignación en la cuenta del Edificio Arcoiris Pasadena, para lo cual no tenía ningún obstáculo.

(v) Tampoco es cierto, como alega la recurrente, que se hubiese pactado en estos contratos unas modificaciones al ahora examinado; al contrario: como consta en el texto literal de éstos, en lo relativo al pago se remitió a éste cuando se dispuso que *“la cancelación de cada una de las cuotas pactadas en el precio de este contrato, los realizará SEVEN*

¹¹ Ver folios 24 a 53 del archivo “01CuadernoReconvención.pdf” del expediente digital.

CONSTRUCCIONES S.A.S. según lo pactado en la promesa de compraventa de la casa” (Subrayas a propósito).

(vi) Por otro lado, resulta bastante relevante ahora tener en cuenta el hecho de que la demandante primigenia pretenda justificar su incumplimiento en el pago de las cuotas alegando imposibilidad porque su contraparte no hizo los trámites para la apertura de la cuenta fiduciaria; pero apareció a la Notaría con un cheque de gerencia librado por el valor total del resto del precio que debía. Si el pago sólo se podía realizar mediante consignación en la cuenta fiduciaria, entonces el pago hecho directamente a los promitentes vendedores resultaría carente de eficacia porque habría implicado incumplimiento contractual. Y si se admite que perfectamente podía realizar el pago de todo el precio debido a sus acreedores, en sana lógica, forzosamente se impone convenir – como en efecto debió hacerlo – en que también pudo hacer los abonos acordados mediante igual entrega de cheques a éstos, considerando que no había sido abierta la tal cuenta fiduciaria.

Y como apunte adicional se impone resaltar que resulta del todo apartado de la realidad asegurar que las partes habían acordado que los promitentes vendedores realizaran la tal gestión de apertura de cuenta en la fiduciaria, para lo cual se requería considerable paquete de requisitos – atendiendo a lo dicho por la misma demandante – considerando que el contrato de promesa de compraventa fue celebrado el 21 de septiembre de 2015, y que los pagos en cuestión debían ser hechos al día siguiente: 22 de septiembre. Semejantes exigencias no podían ser satisfechas en menos de 24 horas; luego, el pacto se habría

hecho de modo que fuera de imposible cumplimiento por aquellos, con lo cual se aseguraría impunemente que los promitentes compradores no hicieran esos pagos. Por estas razones, queda descartada también esa justificación.

(vii) No está demás memorar que, por mandato del canon 1609 de la Codificación Sustantiva Civil, “[e]n los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”. Así que, mientras el promitente comprador no hubiese honrado su obligación de hacer los pagos parciales en la forma y tiempo debidos, la parte promitente vendedora no incurrió en mora.

(viii) En conclusión, la falta de cumplimiento de la obligación de pagar las cuotas o abonos pactados para el 22 de septiembre de 2015 en que incurrió la promitente compradora y demandante, si mediar justificación legal de ninguna clase, la inhabilita para pretender con éxito, como aquí lo hizo, tanto el cumplimiento como la resolución del contrato de promesa celebrado con los aquí demandados iniciales sobre la casa ubicada en la calle 101 #35-52 de la nomenclatura oficial de Bogotá, y las indemnizaciones reclamadas.

De manera que, demostrado el incumplimiento contractual en que incurrió Seven Construcciones S.A.S., las pretensiones están llamadas al fracaso, como concluyó la señora juez de primer grado. Así que ningún yerro cometió al desestimar todas las pretensiones de la demandante inicial.

5.2. Los reparos de los demandantes en reconvención.

(i) El primero es que la señora *iudex a quo* no tuvo en cuenta que en este asunto la promitente compradora tenía que cumplir primero con el pago de parte del precio, por medio de abonos para la adquisición de los apartamentos 601, 604 y 605 del edificio Arco Iris Pasadena, pero no lo hizo; que para el éxito de la pretensión resolutoria promovida en la reconvención, bastaba demostrar que la demandada en ésta incumplió con la prestación a su cargo, que precedía la que estaba a cargo de la reconviniente; y que con tal incumplimiento, relevó a ésta última de tener que satisfacerla.

Conforme se destacó en la cita jurisprudencial aquí traída, es cierto que la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha establecido que quien primero vulneró el concurso de voluntades queda desprovisto de la acción resolutoria, mientras que el otro contratante la mantiene, aun cuando también haya incumplido, pero justificado en que no se hizo exigible su obligación por la omisión previa de aquel.

En el extenso examen que se ha hecho aquí, se ha concluido el incumplimiento en que incurrió la demandante inicial y convocada en reconvención, el que consistió en lo alegado por la parte reconviniente. Vale memorar que, atendiendo al tenor literal del “*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE*” celebrado el entre los aquí litigantes el 21 de septiembre de 2015, las prestaciones que temporalmente debieron ser primero satisfechas, fueron las de hacer los pagos o abonos acordados, cuya fecha de

cumplimiento fue 22 de septiembre de 2015; obligación a cargo de la promitente compradora; pero quedó demostrado que no se cumplieron. A su turno, los promitentes vendedores estaban compelidos a presentarse a la Notaría Treinta de Bogotá, el 24 de mayo de 2016, a suscribir la escritura pública de compraventa; y en la misma fecha, entregar el bien a la otra contratante, la promitente compradora.

De manera que, teniendo la característica de sucesivas las aludidas obligaciones, y siendo previas en el tiempo las de hacer los pagos parciales del precio en la forma pactada, mismas que no fueron honradas por la promitente compradora, lo cual constituye suficiente justificación para que la parte promitente vendedora no hubiera concurrido a la notaría en la fecha y hora que se pactó, se torna procedente y con vocación de prosperidad la acción resolutoria.

En definitiva, concurren los requisitos para acceder a la pretensión resolutoria. En consecuencia, se revocará esta parte de la decisión de la primera instancia; en su defecto, se acogerá el *petitum* de resolución contractual formulado en la demanda de reconvención.

Ahora, no puede ser acogida la pretensión de que se condene a la reconvención a la pérdida de las arras; pero sí a las restituciones mutuas a que hay lugar en este aspecto.

Lo anterior es así porque no se pactaron arras de tipo penitencial o de retractación, sino las confirmatorias. En la cláusula sexta del concurso de voluntades se dejó estipulado:

“ARRAS CONFIRMATORIAS: Las partes aquí contratantes, dejan expresa constancia que del dinero recibido a la firma del presente documento, han Pactado Arras Confirmatorias, equivalentes al DIEZ POR CIENTO (10%) del precio total del inmueble prometido en venta establecido en la CLÁUSULA CUARTA de este contrato, es decir, por la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE LEGAL COLOMBIANA (\$200.000.000,00), por lo tanto harán parte del precio y se sujetarán a lo dispuesto en el artículo 1861 del Código Civil.”

Sobre este tipo de arras, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“Respecto de las ‘arras confirmatorias’, el precepto 1861 ibídem, prevé: ‘Si expresamente se dieren arras como parte del precio, o como señal de quedar convenidos los contratantes, quedará perfecta la venta sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 1857, inciso 2º - No constando alguna de estas expresiones por escrito, se presumirá de derecho que los contratantes se reservan la facultad de retractarse según los dos artículos precedentes’.

De acuerdo con dicho precepto, si se estipulan arras sin sujeción a las prescripciones del inciso 1º, la ley no las considera ‘simplemente confirmatorias’, sino que presume que las convenidas son ‘arras de retractación o de desistimiento’.”¹²

¹² C. S. J. S.C., SC3047-2018, 31 de julio de 2018, rad. 2013-00162 01.

Como viene de verse, las partes contratantes acordaron que las arras aquí fueran *confirmatorias*. De modo que, como las destinaron al pago del precio, y esta es una prestación que se deshace con ocasión de la resolución del contrato, los promitentes vendedores deben restituir ese monto, indexado, a la promitente compradora.

Por otro lado, al hacer el juramento estimatorio, que forma parte integral de la demanda, la convocante inicial alegó haber pagado la suma de \$11.418.000,00 de impuesto predial del inmueble objeto del negocio jurídico aquí juzgado, es decir, el ubicado en la calle 101 #35-52, “*con dirección catastral Calle 102 #50-52*” (Fls. 133 a 136, C. 1. Ppl), identificado con la matrícula inmobiliaria 050N-00191613. Ese pago lo demostró con la factura cancelada que aportó (Fl. 414 *ib.*), la cual no fue protestada ni tachada en modo alguno; luego, es conforme a derecho reconocer a la demandante inicial ese valor.

Es necesario destacar, que el poder adquisitivo de la suma dineraria que se entregó por la promitente compradora a los promitentes vendedores el 21 de septiembre de 2015, es indiscutible y evidentemente superior al que hoy tiene debido a la rampante y siempre imparable devaluación del dinero en Colombia. De manera que, para lograr la efectiva restitución del derecho que le corresponde a la demandante principal, se impone reconocer la indexación, como instrumento legal técnico para traer a valor presente aquel valor. Así que se habrá de aplicar la fórmula de actualización de capital atendiendo al IPC, con los factores que corresponden a septiembre de 2015 y septiembre del presente año.

Atendiendo a la tabla publicada por el DANE, que denomina “*Total, Índice de Precios al Consumidor (IPC)*”-“*Índices Serie de empalme 2003-2021*”, el índice de septiembre de 2015 es 86.39 y el de 30 de noviembre del presente año es 110,60. Así que al aplicar la fórmula Valor histórico por índice final sobre índice inicial

$$VR= VH \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

$$\text{Índice inicial}$$

$$VR= 200.000.000 \times \frac{110,60}{86.39}$$

$$86.39$$

$$VR= 200.000.000 \times 1.28 = 256.000.000.$$

Idéntico procedimiento se realiza con la suma de \$11.418.000,00 que pagó la demandante inicial por impuesto predial; pues, este monto debe ser indexado, por lo expuesto en precedencia. Ese pago se hizo el 7 de marzo de 2016, conforme quedó probado con la comentada factura y con la copia del cheque librado para tal efecto (Fl. 414 *ib*). Hecha la correspondiente operación de indexación hasta la fecha del presente fallo, del modo que se acaba de indicar, teniendo como índice inicial 91,18 y final 110,60, el monto resultante asciende a \$13.815.780,00.

En tales condiciones, entonces, los integrantes de los integrantes de la parte reconviniendo deben restituir a la demandante inicial la suma de \$269.815.780,00.

Valga precisar, que con la exposición hasta aquí presentada, los fundamentos de las excepciones de mérito

propuestas contra las pretensiones de la demanda en reconvención han sido desestimadas, lo que así se declarará.

(ii) El segundo reproche fue porque no se impuso a la promotora primigenia la sanción que reclamó la demandante en reconvención, en razón de la desestimación de las pretensiones. Al respecto es preciso advertir que tal fracaso no acarrea forzosa y fatalmente la sanción establecida el artículo 206 del Código General del Proceso. Si bien se mira la norma, esta punición tiene cabida cuando se niegan las pretensiones indemnizatorias de perjuicios por falta de prueba de los mismos; pero, en el asunto bajo examen, la denegación de la pretensión resarcitoria fue una consecuencia necesaria de la frustración de las pretensiones principales y subsidiarias, tanto las de tipo declarativo como de las condenatorias. En tales condiciones, entonces, no había lugar a imponer esa penalidad.

(iii) Y el tercero cuestionamiento fue porque se le impuso condena en costas. En este preciso aspecto cabe señalar que, al tener éxito aquí, se torna imperativo revocar esa decisión y, en su defecto, imponerlas a la parte demandante principal, dado el fracaso de todas sus pretensiones en ambas instancias.

6. Conclusión. El extenso examen que se viene de hacer deja en evidencia que la demandante inicial no probó los necesarios presupuestos axiales de la acción para tener éxito en su pretensión; mientras que la demandante en reconvención si lo hizo, de manera parcial. Así que, se impone la revocatoria parcial del fallo de primer grado, para desestimar las excepciones impetradas contra las pretensiones de la demanda

en reconvención; declarar resolución del contrato de promesa de compraventa objeto de la controversia; disponer la restitución con indexación de la parte del precio que había sido pagado por la promitente compradora, cuyo valor actualizado es de \$256.000,00, mas la suma de \$13.815.780, debidamente indexados, que pagó la demandante inicial por impuesto predial del predio que fue objeto del negocio jurídico aquí juzgado, para un total de \$269.815.780,00; e imponer el pago de las costas de ambas instancias a la demandada en reconvención. En lo demás, se confirmará el fallo de primer grado que aquí se revisa por apelación.

7. Costas. Por las resultas del recurso, con fundamento en lo dispuesto en el canon 365, numeral 3, se habrá de condenar en costas a la impugnante y demandante inicial a favor de la parte accionada inicial. Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador fija la suma de \$4.000.000 (Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura, artículo 5º, numeral 1).

D E C I S I Ó N

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, SALA CIVIL**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: Se revoca el ordinal tercero resolutivo de la sentencia de fecha, contenido y procedencia, de la cual se ha

hecho mérito en la parte motiva de este fallo; en su defecto, ese ordinal tercero quedará con la siguiente decisión:

A). Se declaran imprósperas las excepciones de mérito presentadas por la demandada en reconvención;

B). Por el incumplimiento de la promitente compradora, se declara resuelto el “*CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA DE INMUEBLE*” celebrado entre la Sociedad Seven constructores S.A.S. como promitente compradora y los señores Mercedes, Sandra patricia e Irma Yolanda Marín Morales, esta última en nombre propio y en representación de Esmer Leoncio Marín Morales, Gladys Marín de Carrillo, Dalis Helena Marín de Cuellar, Iván Nemesio Marín Morales, Hernando Josué Marín Morales y Mercedes Morales de Marín, como promitentes vendedoras, suscrito el 21 de septiembre de 2015, y trató sobre el predio ubicado en la calle 102 No. 50-52 (antes calle 101 No. 35-52) de Bogotá.

C) Se condena a los promitentes vendedores a retituir a la sociedad Seven Construcciones S.A.S., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de doscientos cincuenta y seis millones de pesos (\$256.000.000) por concepto del precio pagado como abono al contrato de promesa celebrado, suma que ya contiene la indexación hasta la fecha de este fallo; y \$13.815.780,00, suma indexada que corresponde a la de \$11.418.000,00 de impuesto predial que pagó la demandante inicial por el año 2016, del predio materia del negocio jurídico aquí juzgado; para un total de \$269.815.780,00. Si el pago no se hace oportunamente se

causarán intereses moratorios civiles a la tasa del 6% anual, según lo previsto en el artículo 1617 del Código Civil.

SEGUNDO: Se revoca la condena en costas que se hizo a la demandante en reconvención, en el ordinal cuarto resolutivo. En su defecto, se absuelve de las mismas.

TERCERO: Se condena al pago de las costas en ambas instancias a la parte demandante inicial y demandada en reconvención. Tásense por la secretaría del despacho de origen en la oportunidad procesal adecuada. Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador fija la suma de \$4.000.000.

CUARTO: Se confirma en lo demás la sentencia que aquí se revisa por apelación.

QUINTO: Devuélvase el expediente a su lugar de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Magistrado

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

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

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

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

Código de verificación:

48bbee4d742c60d4d880c03b32adab67fa62b6b87eec2f0c7759bf33fed54f9d

Documento generado en 10/12/2021 03:56:31 PM

J.E.M.V. RAD 11001 31 03 027 2018 00303 03

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Verbal
Demandante	Maricela Rodríguez Mantilla y/o
Demandado	Coltanques SAS Nelson Faiver Sierra Vargas
Radicado	110013103 022 2019 00367 02
Instancia	Segunda
Decisión	Admite recurso de apelación

1. Se admite en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por los demandados, contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2021, por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.
2. Tramitar el presente asunto en segunda instancia atendiendo el procedimiento previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.
3. Ejecutoriado este auto, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, en la dirección de correo electrónico: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
4. De la sustentación presentada oportunamente por secretaría córrase traslado por el término de cinco (5) días a la parte contraria.
5. En caso de no sustentarse oportunamente el recurso será declarado desierto.

6. Advertir que de conformidad con lo previsto por el inciso 4 del artículo 109 del C.G.P., los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes de cierre del despacho del día en que vence el término, es decir, antes de la cinco de la tarde (5:00 p. m).

7. Por economía procesal y para evitar la pérdida automática de competencia, de una vez se ordena prorrogar el término para fallar este asunto por seis (6) meses más, contados a partir del día siguiente al vencimiento del término inicial.

Notifíquese

Firma electrónica
IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA
Magistrado

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

2c15a96c53340e08e6aa697e80d70d8b3c7ffe2f1463efef98681a00639724ed

Documento generado en 10/12/2021 04:01:48 PM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Ejecutivo
Demandante	Mamut de Colombia S.A.S Maxo S.A.S.
Demandado	Varosa Energy Ltda.
Radicado	110013103 035 2012 00567 02
Instancia	Segunda
Decisión	Admite recurso de apelación

1. Se admite en el efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2021, por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.
2. Tramitar el presente asunto en segunda instancia atendiendo el procedimiento previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.
3. Ejecutoriado este auto, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, en la dirección de correo electrónico: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
4. De la sustentación presentada oportunamente por secretaría córrase traslado por el término de cinco (5) días a la parte contraria.
5. En caso de no sustentarse oportunamente el recurso será declarado desierto.

6. Advertir que de conformidad con lo previsto por el inciso 4 del artículo 109 del C.G.P., los memoriales, incluidos los mensajes de datos, se entenderán presentados oportunamente si son recibidos antes de cierre del despacho del día en que vence el término, es decir, antes de la cinco de la tarde (5:00 p. m).

7. Por economía procesal y para evitar la pérdida automática de competencia, de una vez se ordena prorrogar el término para fallar este asunto por seis (6) meses más, contados a partir del día siguiente al vencimiento del término inicial.

Notifíquese

Firma electrónica

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

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

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

Código de verificación:

02eef1b8d31a7377e058164b7d8afcd3a42242df30fae59f567085fad421fbde

Documento generado en 10/12/2021 04:02:35 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Sustanciador: Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Ejecutivo
Demandante	Davivienda S.A.
Demandado	Saúl Eduardo Moreno Ramos, Saúl Moreno León y María Eugenia Ramos de Moreno
Radicado	110013103 038 2019 00499 01
Decisión	Declara inadmisible recurso de apelación

1. Desde ahora se advierte que se declarará inadmisble el recurso de alzada que concedió el *A quo* respecto del auto calendado 24 de agosto de 2021, por el cual se aprobó la liquidación de costas, pues no se cumplen los requisitos establecidos en el Código General del Proceso para que se hubiera adoptado esa decisión.
2. El numeral 2° del artículo 322 del referido estatuto establece que la apelación contra autos podrá interponerse directamente o en subsidio de la reposición.
3. En el *sub examine*, se observa que en contra del auto de 24 de agosto de 2021, el apoderado de la parte actora se limitó a interponer recurso de reposición, el que fue resuelto en providencia de 17 de noviembre siguiente. Ahora bien, ante el resultado desfavorable del medio de impugnación horizontal, en ese mismo proveído, el juez de primer grado concedió el recurso de alzada.

Resultó desafortunada esa decisión toda vez que la parte demandante formuló, se itera, solamente recurso de reposición, sin interponer recurso de apelación de forma directa ni en subsidio de aquel.

Nótese que solo después de concedida la alzada, la parte actora intentó sustentar la misma, lo que se evidencia en el escrito que allegó ese extremo procesal dentro del término de ejecutoria del auto en cita, en el que manifestó: *“El Despacho fijó Agencias en Derecho, como parte de las costas, por valor de \$6.145.505.00, las cuales no fueron incrementadas como se intentó por la vía del Recurso de Reposición, de manera que ahora acudo ante la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Bogotá, para que se revise dicha tasación, pues insisto y es el motivo de este recurso, que el juzgado no tuvo en cuenta, como corresponde, el valor actual del proceso y resulta que esta tasación si bien es cierto brinda al Juzgador unos márgenes mínimos y máximos, dentro de ese margen debe existir objetividad y congruencia con el expediente”*. (Negrillas fuera de texto original).

4. Si bien el artículo 318 *ejusdem* indica que cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente, tal regla no es aplicable al caso objeto de análisis.

Lo anterior, comoquiera que el recurso interpuesto en el presente asunto, esto es, el recurso de reposición, si era procedente e idóneo para cuestionar el auto que aprobó las costas y, además, el actor no formuló de forma subsidiaria apelación, sin que resulte factible su concesión oficiosamente.

En cuanto a la aplicación del artículo 318 en comentario, se recuerda lo expresado por la Corte Suprema de Justicia, así:

Se precisa que la relevante regla *«pro recurso»*, contemplada en el analizado parágrafo del artículo 318 del Estatuto General de Procedimiento, no supone

una habilitación al juez para la sustitución o reemplazo del litigante en el despliegue de los actos procesales de su exclusiva incumbencia, pues ello derivaría en la anulación de la propia autonomía de la parte, con adicional desmedro a la igualdad que corresponde procurar en el proceso jurisdiccional¹.

5. Puestas así las cosas, sin lugar a consideración adicional, se dispondrá la inadmisibilidad de la alzada conforme a lo previsto en el artículo 325 del C.G.P.

En consecuencia, el suscrito Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

Primero. Declarar inadmisibile el recurso de apelación concedido por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá respecto del auto calendado 24 de agosto de 2021, por el cual se aprobó la liquidación de costas.

Segundo. Devuélvanse las diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE

Firma electrónica

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

¹ AC584-2017. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

Sala 010 Civil

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

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

Código de verificación:

fb6d624f4847300c8e34179e09f5d6cf53544521f701034371bb375f7dae580c

Documento generado en 10/12/2021 04:10:57 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

RAD. 110013103 006 2021 00265 01

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Rentek S.A.S. contra el auto de 24 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, con el cual rechazó la demanda ejecutiva promovida por la recurrente contra Darío Ramírez Macías.

ANTECEDENTES

1. Mediante proveído de 24 de junio de 2021, el juzgado de primera instancia rechazó la demanda ejecutiva promovida por Rentek S.A.S. contra Darío Ramírez Macías, por considerar que carecía de competencia por el factor territorial, debido a que el domicilio del demandado es en el municipio de Villavicencio (Meta). Lo anterior, de conformidad con el

numeral 1 del artículo 28 del Código General del Proceso que prevé que, en los procesos contenciosos, salvo disposición en contrario, es competente el juez del domicilio del demandado. En consecuencia, ordenó la remisión del expediente a la Oficina Judicial de Reparto de Villavicencio¹.

2. Contra les decisión, el demandante interpuso recuso de reposición y, en subsidio, el de apelación, que sustentó así:

(i) Alegó que en el libelo se advirtió, las obligaciones ejecutadas debían ser canceladas en la ciudad de Bogotá; por tanto, de conformidad con el numeral 3 del artículo 28 del estatuto procesal civil, el juez del lugar del cumplimiento de cualquiera de las obligaciones también es competente para conocer del asunto.

(ii) Destacó que *«el rechazó de la demanda fue anticipado por el despacho sin hacer una revisión minuciosa del proceso y sus anexos, en especial el título Valor que es base de ejecución de la presente demanda, en el que es claro, que el cumplimiento de las obligaciones es en el domicilio principal de la sociedad RENTEK ubicado en la ciudad de Bogotá, por lo tanto el juez competente es el Juez Civil del Circuito de la ciudad Bogotá»*².

3. El 15 de julio de 2021, el juzgado de primera instancia mantuvo incólume lo decidido en el auto reprochado y concedió la alzada. El juzgado estimó que si bien en el pagaré base de la

¹ Archivo pdf 03 auto rechaza demanda

² Archivo pdf 04 recuso de reposición

ejecución se incluyó como lugar de cumplimiento de la obligación la ciudad de Bogotá, esa anotación *«se deberá tener como no escrita para efectos de la determinación de la competencia por el factor territorial conforme dispone el inciso final del artículo 28 de la Codificación Procesal General, como quiera que el pagaré es un título valor, no un título ejecutivo que es la clase de título a que hace relación el citado mandato procesal, y de esa manera, como ya se precisó, allí mismo se puede observar que la salvedad se hace en relación a títulos ejecutivos, que no es el caso presente»*³.

4. La apelante, al sustentar la impugnación vertical, citó jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de la cual para insistir en que el actor está facultado para presentar la demanda ejecutiva en el domicilio del demandado o en el lugar de cumplimiento de la obligación⁴.

CONSIDERACIONES

De entrada, se advierte que el auto apelado será revocado y, en consecuencia, se devolverá el expediente al despacho de origen para que, de ser pertinente, libre el mandamiento de pago solicitado por la sociedad Rentek S.A.S. Es así por las razones que se exponen enseguida:

³ Archivo pdf 03 auto resuelve recurso

⁴ Archivo pdf 07 sustentación recurso

(i) El artículo 28 del Código General del Proceso establece las reglas de competencia territorial que se han de seguir al momento de radicar y asumir el conocimiento de una demanda. En ese canon se contemplan varios de fueros que, en ocasiones, pueden concurrir. Así, en el numeral 1 se prevé que, por regla general, en los procesos contenciosos la competencia recae en el juez del domicilio del demandado. Y en el 3, con toda claridad, establece que en los procesos originados en un negocio jurídico o en el que se involucren títulos ejecutivos «*también*» es competente el juez del lugar del cumplimiento de la obligación, elección que corresponde al demandante; sin embargo, esa facultad se extingue cuando se trata de una competencia privativa o excluyente.

(ii) En el presente asunto, la ejecutante,⁵ optó por presentar su demanda ante los jueces civiles del circuito de Bogotá, en razón a la cuantía, la naturaleza del asunto y «*el lugar donde debe cumplirse la obligación*». Y, al asusatentar las impugnaciones contra el auto de 24 de junio de 2021 que rechazó la demanda, sostuvo que el ejecutado se comprometió a pagar las obligaciones consignadas en el título valor (pagaré C-0482-0001) en el domicilio de la ejecutante, que es en la ciudad de Bogotá. De manera que, al concurrir los fueros personal y obligacional, para radicar la demanda y asignar la competencia a los jueces de Bogotá, el ejecutante optó por escoger el último de los factores de atribución de la competencia, circunstancia por la cual al Juzgado Sexto Civil

⁵ Archivo pdf 02 demanda y anexos

del Circuito de Bogotá no le era dable desprenderse del conocimiento del asunto.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al resolver un conflicto de competencia en un asunto de similar entidad al aquí debatido, sostuvo que:

«2.2. La fijación de la competencia como medida de la jurisdicción obedece a factores: Objetivo, subjetivo, territorial, funcional y conexidad. En lo territorial la competencia sigue pautas previamente establecidas, conocidas como los foros o fueros, los cuales, a veces, pueden converger o concurrir. Frente a su concurrencia, por ejemplo, el personal, empezando por la regla general del domicilio (artículo 28, numeral 1° del Código General del Proceso), y el obligacional (numeral 3°, ibídem), su elección se encuentra deferida al demandante. Esto no ocurre cuando es privativa o excluyente, como acaece cuando se ejercitan derechos reales, entre otros (numeral 7°, ejúsdem), caso en el cual, el mismo legislador es quien la determina.

La competencia territorial, salvo que sea privativa, evento en el cual el mismo legislador la determina, no es del resorte de la jurisdicción establecerla. La prerrogativa es exclusiva del demandante. Y tiene lugar cuando es concurrente conforme a los distintos fueros previstos (personal, obligacional, real, fáctico o conexión).

De ahí, los jueces no pueden convertirse en sucedáneos de la elección. Tampoco variarla si ha sido escogida. Esto, claro está, sin perjuicio de su confutación por el extremo demandado mediante la correspondiente excepción previa, so pena de quedar prorrogada o saneada.

Significa lo dicho, tratándose de títulos ejecutivos, si el lugar señalado para el pago de la obligación y el domicilio del ejecutado es distinto, el foro escogido por el actor debe respetarse. La única posibilidad de variarlo es cuando no coincida con la realidad o lo afirmado sea desvirtuado por el interpelado en la oportunidad debida.

2.3. En el caso, para nada jugaba el aspecto personal, en tanto, el ejecutante prefirió presentar su demanda ante el juez del lugar del cumplimiento de la obligación. En esas circunstancias, debe seguirse que la deuda corresponde solucionarse en la ciudad de Medellín, en tanto, en el pagaré objeto del litigio se estableció que el pago debía verificarse en esta ciudad» (CSJ AC4161-2021 Sep. 16 de 2021, rad. 2021-02522-00. Subrayas ajenas al original).

Finalmente, no está demás memorar que donde la ley no distingue no es permitido al intérprete distinguir (*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*). El artículo 28 del Código General del Proceso no hace la distinción entre títulos

ejecutivos ordinarios y cambiarios; y el título valor es una especie de título ejecutivo; luego, pertenece al género de éstos.

3. Conclusión. Se ha de revocar el auto apelado porque en el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá recae la competencia para conocer el proceso ejecutivo promovido por Rentek S.A.S. contra Darío Ramírez Macias.

LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se revoca el auto de 24 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá a través del cual rechazó la demanda ejecutiva promovida por Rentek S.A.S. contra Darío Ramírez Macias.

SEGUNDO: Se devuelve el expediente a la oficina de origen para que, de ser pertinente, proceda a librar el mandamiento de pago.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación:

**3cb56fe1e25638a5cc0a81244fb563fb245cb65a7f9b22c73
58f3dafb94bfb1d**

Documento generado en 10/12/2021 04:19:15 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref.: Proceso verbal de Eximas Ltda., en liquidación, contra Jairo Romero Alfaro y otra.

En orden a resolver el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra el auto de 6 de julio de 2021, proferido por el Juzgado 26 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia para rechazar la demanda por no haberse subsanado en los términos de la providencia que la inadmitió, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. No se discute que es posible demandar la restitución de bienes dados en tenencia a título distinto de arrendamiento, pues así lo establece el artículo 385 del CGP, caso en el cual le corresponde al demandante acreditar la existencia del negocio jurídico que le permite a su demandado ocupar –como tenedor- el respectivo inmueble.

De esta manera el legislador procesal, consciente de que el objeto de las normas de ese linaje es la realización del derecho sustancial, reparó en que la tenencia tiene naturaleza derivada, puesto que aflora de un negocio en virtud del cual una persona adquiere el derecho a detentar la cosa, reconociendo dominio ajeno, con cargo de restituirla cuando se configuren los motivos previstos en la ley o en el contrato para hacerlo. Luego, si la tenencia tiene su origen en un acuerdo de voluntades por el que una de las partes le concede a la otra el derecho a usar el bien, resulta comprensible que el Código General del Proceso, en el artículo 384, aplicable por remisión directa que hace el artículo 385, ordene que a la demanda se acompañe la prueba de la relación sustancial (documento, confesión o testimonio).



2. En el caso que ocupa la atención del Tribunal, no se discute que Eximas Ltda., en liquidación, es propietaria de los inmuebles identificados con los folios de matrícula Nos. 50C-1768791 y 50C-1768945, pues así se desprende de los respectivos certificados de tradición¹; mucho menos se disputa que entre ella y el señor Romero existió un contrato de mutuo por \$280'000.000,00 para la compra de un apartamento ubicado en Nuevo Salitre, con un interés mensual del 1.8%, cuyo capital se cancelaría realizando abonos parciales². Pero no se puede pasar por alto que de esa relación sustancial no se extrae que la demandante hubiere entregado a sus demandados – a título de tenencia - los referidos bienes, pues ninguna de las cláusulas de la escritura pública 3555 de 29 de noviembre de 2013, otorgada en la notaría 61 de Bogotá, ni ninguno otro documento allegado con la demanda da cuenta de ese hecho.

Aunque la sociedad demandante pretendió lograr una confesión llamando a interrogatorio de parte a los señores Romero y Lotta, como prueba extraprocesal, los audios de las respectivas audiencias no fueron aportados, pese a que en la demanda se anunció que se allegarían. Y si bien es cierto que la declaración de la demandada se reprodujo en el acta de 2 de septiembre 2020, emitida por el Juzgado 42 Civil Municipal³, no lo es menos que de ella no se advierte que Eximas Ltda., en liquidación, hubiere entregado a título de tenencia los inmuebles que ahora pretende su restitución. El punto, entonces, es que no se aportó prueba de la relación de tenencia entre las partes, exigida por la ley para poder admitir la demanda.

3. Por estas razones, se confirmará el auto apelado. No se impondrá condena en costas, porque no la contraparte no se encuentra vinculada.

¹ Doc. 02., p. 60 a 67.

² Doc. 02, p. 24 y 55.

³ Doc. 02, p. 72 a 75.

República de Colombia



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

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **CONFIRMA** el auto de 6 de julio de 2021, proferido por el Juzgado 26 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación:

18bfb15116534cc175712ea1fdfa77fd156914a8423f44f2dca8f843ad565674

Documento generado en 10/12/2021 04:19:52 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
SALA PRIMERA DE DECISIÓN
Audiencia pública de sustentación y fallo

Referencia: Proceso No. 110014003057201800042 02

En Bogotá D.C., a las Once y Cincuenta (11:50) a.m. del siete (07) de diciembre de dos mil veintiuno (2021), se constituyeron en audiencia pública los Magistrados que conforman la Sala Primera Civil de Decisión del Tribunal Superior de la ciudad, mediante el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, en los términos que autorizan los acuerdos del Consejo superior de la Judicatura, y particularmente el Decreto 806 de 2020 dentro del proceso Verbal promovido por Codensa S.A. ESP contra Bernardo Carrillo Villate, con el fin de adelantar la audiencia de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso. Obra como secretario *ad hoc* el auxiliar del Despacho, Juan Sebastián Beltrán Cardozo.

Comparecientes:

Nombre	Calidad	Mecanismo de participación
Yinna Liliana Alvarado Acevedo	Apoderado Parte demandante	Plataforma Lifesize
Rodolfo Carrillo Correa	Apoderado demandado Bernardo Carrillo Villate	Plataforma Lifesize
Adriana Angélica Arévalo Vásquez	Apoderada del IDU	Plataforma Lifesize

Actuaciones:

Una vez iniciada la audiencia, se constató la presencia de las partes, y se concede el uso de la palabra al apoderado del demandado-apelante, para que realice la sustentación de los reparos contra la sentencia de primera instancia; acto seguido se le concede el uso de la palabra a la apoderada de Codensa S.A. ESP para que ejerza su derecho a replica; concluida su intervención la apoderada del IDU solicitó el uso de la palabra, para intervenir en la audiencia, frente a

R.I. 15025

lo cual se le indicó que se había dejado sin efectos la admisión de su apelación sin presentar recurso alguno; concluida la intervención de las partes, se hizo un receso. Reanudada la audiencia, se profiere la SENTENCIA, previas las consideraciones correspondientes y emitiendo la siguiente,

DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019 por el Juzgado 29 Civil del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Aclárese esa presente providencia en el sentido de señalar que el señor Bernardo Carrillo Villate debe hacer todas las gestiones pertinentes o dejar que Codensa las efectivice, en el entendido que se retire del terreno y/o franja del mismo y/o en los límites y medidas señaladas por la señora juez en primera instancia, todos los elementos y/o materiales y/o cosas que puedan impedir el libre ejercicio de la servidumbre eléctrica en favor de Codensa.

En consecuencia, la jueza de primera instancia deberá dar estricta aplicación a lo indicado en el artículo 376 inciso final del Código General del Proceso

TERCERO: COSTAS a cargo del recurrente, para lo cual el magistrado ponente fija como agencias en derecho la suma de \$1.600.000 mcte.

CUARTO: Remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

Una vez proferido el fallo, se les concede el uso de la palabra a los apoderados intervinientes quienes manifiestan no tener reparos ni

R.I. 15025

aclaraciones a la sentencia proferida. y no siendo otro el objeto de la misma se termina.

Se anexan los links de visualización.

Parte 1

<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/2e3eb2e9-93b3-47b8-ad8c-1effde11ad58?vcpubtoken=85775554-47aa-495e-bff3-601605b0b431>

parte 2

<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/556f9f78-ef4e-4d5c-ac85-a6218ae6c0b3?vcpubtoken=9e3678ea-1cd4-4c84-8c2f-a9f3ae33fc7d>

Los Magistrados,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado


MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013103009201900510 01

En la liquidación de costas se incluirá la suma de \$2 000 000 como agencias en derecho causadas en la segunda instancia.

CÚMPLASE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **bfb559376c87f3ef19b0abf31c7acd2f5be81604e83ffb70070ffd73bfab42bd**

Documento generado en 10/12/2021 05:05:19 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Rad. N° 11001 31 03 014 2015 00712 03

Previo a resolver lo que en derecho corresponda, se requiere a secretaria para que, en el término de la distancia, rinda un informe pormenorizado en torno a cuáles fueron los despachos y/o Magistrados de esta Corporación que, en pretéritas ocasiones, conocieron del expediente de la referencia en los consecutivos 01 y 02.

Cumplido lo anterior ingrese el asunto para proveer.

CÚMPLASE¹,

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **bd97028a3dff93e6cfe05735c9c6859225fa0c74fd9541be96c6bbe2653c25e8**
Documento generado en 10/12/2021 02:21:29 PM

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

¹ <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013103015201800278 01

En la liquidación de costas se incluirá la suma de \$2 000 000 como agencias en derecho por lo actuado en la segunda instancia.

CÚMPLASE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación:

4d502decad65bd278d122448a8d8ca961054c40dc3d8d5493f767c7770d1b52a

Documento generado en 10/12/2021 05:11:50 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref: Proceso verbal No. 110013103025201600732 02

En la liquidación de costas se incluirá la suma de \$1 000 000 por concepto de agencias en derecho causadas en la segunda instancia.

CÚMPLASE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación:

9700f30ceb80d96dbf12eb6843bc64e819757622a3449519ddfd35e731246d11

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

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., diez (10) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Proceso	Ejecutivo
Demandante	Davivienda S.A.
Demandado	Saúl Eduardo Moreno Ramos, Saúl Moreno León y María Eugenia Ramos de Moreno
Radicado	110013103 038 2019 00499 01
Decisión	Ordena corregir reparto

Por Secretaría, corrijase el reparto del asunto en referencia, toda vez que fue asignado como *“apelación sentencia”* cuando en realidad corresponde a *“apelación auto”*.

CÚMPLASE

Firma electrónica

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

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

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

Código de verificación:

5f3b481caf72da3fcf10e7ddf8c33d2f9035c7bde546b87805982de99194b7de

Documento generado en 10/12/2021 04:10:04 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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