

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN
SALA CIVIL – FAMILIA

Magistrado sustanciador: JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA

Popayán, seis (06) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

(Discutido y aprobado en Sala de decisión de fecha 06 de mayo de 2024, según acta No. 013)

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, dentro del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES de la DEMANDA y HECHOS RELEVANTES Mediante demanda radicada el 22 de septiembre de 2021¹, DIEGO ALEXANDER NUÑEZ BUITRAGO por conducto de apoderada, promovió demanda de incumplimiento de contrato contra JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA, solicitando: i) declarar que el demandado incumplió el contrato de inversión de capital celebrado con el actor el 30 de octubre de 2019; y ii) ordenar la devolución del capital por valor de \$140'000.000.

Según relata el demandante, el 30 de octubre de 2019 celebró un contrato de inversión de capital, operando en el mercado de bolsa de valores, con el demandado, por valor de \$ 140'000.000, para obtener un porcentaje del 10% del capital base, que sería consignado mediante cuenta bancaria o físico mensualmente.

Que la consignación del capital en comento la realizó de la siguiente manera: i) el 24 de julio de 2019 un valor de \$ 80'000.000; ii) el 26 de octubre de 2019 la suma de \$ 10'000.000; iii) el 3 de octubre de 2019 consignó \$ 20'000.000; y iv) la suma de \$ 30'000.000 los entregó en efectivo de manera personal, para un total de \$ 140'000.000.

Que JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA ejercía los derechos y la administración del capital invertido conforme lo acordado en el contrato, y se obligaba en lo que resultara necesario, comprometiendo su patrimonio y responsabilidad personal.

Que el contrato tenía inicialmente como fecha de vencimiento el 24 de enero de 2020, la primera inversión de capital se realizó el 24 de julio del 2019, y luego se procedió a firmar un nuevo contrato a partir del 30 de octubre de 2019, con

¹ Archivo 003, 01PrimerInstancia.

vencimiento el 30 de abril de 2020, con el mismo capital mencionado anteriormente.

Que el referido convenio tenía una duración de 6 meses, con prórroga renovable de común acuerdo, y un rendimiento mensual por el capital de inversión de \$ 14'000.0000.

Que con posterioridad al 30 de octubre de 2019, y después del pago de los primeros rendimientos, en el mes de enero de 2020 el demandado empezó a incumplir sus obligaciones contractuales, se negó a realizar el pago del rendimiento mensual, argumentando, que no tenía el dinero porque se había perdido en las operaciones realizadas en la bolsa

Que de manera verbal, el demandante concedió un plazo al señor OCHOA para realizar los pagos siguientes, pero el señor JUAN CARLOS OCHOA CÓRDOBA, decidió definitivamente no cancelar el dinero del rendimiento, ni tampoco realizar la devolución total de lo invertido cómo se había pactado en el contrato.

Que por la pérdida de los \$ 140'000.000 que le fueron entregados al demandado, y en razón a las deudas activas con las entidades financieras, el señor DIEGO ALEXANDER NUÑEZ BUITRAGO se vio obligado a declararse en insolvencia económica, razón por la cual le queda imposible asumir los gastos de un arbitramento.

2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA. El demandado JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA se notificó personalmente², y por medio de apoderado contestó la demanda, resistiendo los pedimentos del actor, argumentando, que la administración a la que él se obligó, se limitaba a recibir el dinero del demandante para entregarla al señor ANSELMO BARRERA, quien fungía como intermediario ante la empresa PEPPERSTONE, situación ampliamente conocida por el actor.

Que el primer contrato de inversión de capital por valor de \$ 80'000.000, celebrado el 24 de junio de 2019, terminaba el 24 de enero de 2020, sin embargo, ante los altos rendimientos de dicho negocio que el demandante admite recibió del demandado, aquel decidió ampliar su inversión a \$ 140'000.000, para lo cual suscribieron un nuevo convenio el 30 de octubre de 2019.

² Archivos 011 a 013, 01PrimeraInstancia.

El demandado cumplió con sus obligaciones de pagar los rendimientos acordados, pero a partir de enero de 2020, la pandemia por el Covid19 impactó la bolsa de valores a nivel mundial, afectando esa inversión.

El demandante tenía conocimiento de que el dinero de su inversión sería entregado por el demandado al señor ANSELMO BARRERA, “bróker” ante la empresa PEPPERSTONE, quien lo depositaría en ella, y que, además, el actor era consciente de los riesgos que corría cuando decidió realizar esa inversión, y que, ante la eventualidad surgida por la pandemia, no era posible transferir utilidad alguna.

Que ante la inobservancia de lo acordado por parte del señor ANSELMO BARRERA, el demandado lo requirió para que rindiera cuentas y entregara las respectivas utilidades, pero éste se limitó a justificar sus incumplimientos en la caída de la bolsa de valores derivada de la pandemia, no volvió a responder y desapareció sin que hasta el momento se conozca su paradero.

Que él siempre le informó al demandante de las reclamaciones realizadas al señor ANSELMO, de la pérdida de la inversión que hicieron ambos, y que el actor fue conocedor de la ocurrencia de esos hechos, y de la pérdida total de las inversiones.

Que nunca fue notificado ni de la solicitud, ni de la apertura del proceso de negociación de deudas de persona natural no comerciante al que alude el demandante, y por ende, no tiene claridad sobre qué pasó con la audiencia que debía celebrarse en el Centro de Conciliación Justicia alternativa el 25 de febrero de 2021, a la que tampoco fue convocado.

Que la cláusula décima primera del contrato de inversión de capital de fecha 30 de octubre de 2019, es clara al señalar, que, ante la controversia presentada, el interesado debía acudir al Tribunal de Arbitramento³ y no ante la jurisdicción ordinaria, sin que sea admisible la justificación expuesta referente a la insolvencia económica.

Como excepción de mérito propuso la titulada como “**fuerza mayor**”, señalando, que el incumplimiento en el que incurrió obedeció a la ocurrencia de la pandemia, situación que obligó al aislamiento de la población a nivel mundial, lo cual ocasionó que el mercado de divisas en el que invirtieron las partes, colapsara,

³ En relación con este hecho, la pasiva formuló excepción previa de “*compromiso o cláusula compromisoria*”, la que fue despachada negativamente por auto del 11 de marzo de 2022 (archivo 018, 01PrimerInstancia), el que no fue objeto de recursos.

trayendo como consecuencia pérdidas a millones de inversionistas, entre ellos, los aquí contendientes.

Y afirma, que además de la inversión sobre la que se discute en este juicio, de manera independiente invirtió por intermedio del mismo agente, sufriendo las mismas consecuencias.

3. LA SENTENCIA APELADA⁴. Datada el 22 de junio de 2022, en ella se resolvió: i) declarar que no prospera la excepción de mérito propuesta por el demandado; ii) declarar la existencia de responsabilidad civil contractual en cabeza del demandado, por incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato celebrado con el señor DIEGO ALEXANDER MUÑOZ BUITRAGO; iii) condenar a JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA a reintegrar a DIEGO ALEXANDER MUÑOZ BUITRAGO, el valor del capital entregado en virtud del contrato celebrado, equivalente a \$140.000.000; iv) condenar al demandado a pagar los intereses moratorios sobre la suma mencionada, a partir de los tres días siguientes a la ejecutoría del fallo; y v) condenar en costas al demandado, fijando agencias en derecho en la suma de \$ 4'200.000.

Lo anterior, tras considerar la funcionaria, que de acuerdo con los medios suorios obrantes en el expediente, se tiene que entre las partes se celebró un contrato de inversión de capital ⁵, el cual fue incumplido por parte del gestor, por la falta de los informes semanales pactados, que impidió que el inversionista realizara un debido control al dinero entregado como capital, además del incumplimiento en el pago del porcentaje que se convino en el contrato.

Que está demostrada la producción de un daño cierto y real, por cuanto se acreditó la entrega del capital, y la pasiva no aportó pruebas respecto del pago del porcentaje o la devolución del saldo consignado, lo que brinda la certeza requerida para condenar al demandado al pago del valor recibido como capital.

Que aun cuando en los alegatos se afirma que dicho capital no se consignó y que no existe prueba del mismo, lo cierto es, que los extractos demuestran a

⁴ Archivo 028, 01PrimerInstancia.

⁵ Luego de descartar que se tratara de un “contrato de comisión, dirigido a la compra y venta de valores, propiamente dicho, en tanto no se encuadra la labor del gestor en la intermediación, en el objeto dicho, más cuando la ley asigna esta función de manera casi exclusiva, a las compañías comisionistas de bolsa y a las sociedades comisionistas independientes” -y para lo cual previamente citó normatividad sobre las bolsas y el mercado público de valores: Ley 27 de 1990, Decreto 2555/2010... .

qué fecha corresponden las consignaciones: i) la consignación de \$ 80'000.000 de julio de 2019; ii) en septiembre consignación por \$ 10'000.000; y iii) en octubre consignación por \$ 40'000.000, frente a las cuales no se realizó ningún reparo u objeción al contestar el libelo.

Que entre esos elementos existe una relación de causalidad, pues *“se entiende que de haberse rendido los informes e indicado la entrega del dinero a otra persona, posiblemente no se hubiere presentado el resultado dañino, lo cual da viabilidad a la reclamación de responsabilidad civil contractual ocasionada por este incumplimiento”*, con la advertencia, que correspondía al extremo pasivo acreditar un hecho eximente de responsabilidad, lo cual no hizo, pues su labor probatoria *“fue totalmente nula”*.

4. LA APELACIÓN. La interpone el apoderado del demandado, exponiendo sus reparos concretos ⁶ en los siguientes aspectos:

Que el juez de primera instancia dio por cierto que el demandante consignó a favor del señor JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA la suma de \$ 140'000.000, soportando tal conclusión en la aceptación por parte de aquel *“de una consignación en la cuenta de ahorros, cuyo titular era su compañera, por valor de OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000)”*, cuando de las otras dos consignaciones por valor de \$ 60'000.000, no hay prueba de su realización por parte del actor a favor del demandado.

Que en caso de que se admitieran esas dos consignaciones, *“su valor sumado a los OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$80.000.000), no arroja el total de CIENTO CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$140.000.000) asumidos por el juzgado como recibidos por parte de mi representado”*.

Que el Juzgado *“basó su decisión en pruebas inexistentes”*, contrariando lo dispuesto en el artículo 164 C.G.P.; aunado, que exigió al demandado demostrar *“que pagó los réditos hasta el mes de enero de 2020”*, cuando en el hecho sexto de la demanda, el actor refirió *“que los incumplimientos se empezaron a dar a partir de enero de 2020”*, hecho que se admitió en la contestación del libelo.

⁶ Archivo 030, 01PrimeraInstancia.

5. ACTUACIÓN RELEVANTE DE SEGUNDA INSTANCIA. Por auto del 23 de septiembre de 2022⁷ se dispuso la admisión de la alzada; **de la sustentación del recurso se surtió el traslado al no apelante, quien guardó silencio**; y en proveído del 11 de enero de 2023⁸, se prorrogó el término para proferir sentencia de segunda instancia.

5'. SUSTENTACIÓN DE LA ALZADA⁹. El apoderado de la parte demandada presentó memorial en idénticos términos al escrito de reparos concretos allegado ante la primera sede, agregando simplemente, que como no se logró demostrar la entrega de dineros al demandado, no es posible deducir que de su parte hubo incumplimiento de contrato alguno.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales están satisfechos en este asunto, luego no hace falta pronunciamiento particularizado al respecto distinto al de mencionar, que tampoco se advierte ningún vicio que pueda invalidar lo actuado hasta este momento ni las partes presentaron alegato en tal sentido.

2. Es además a esta Colegiatura a la que le corresponde conocer en segunda instancia de la apelación en contra de la sentencia proferida por la *a quo* bajo la órbita de la competencia fijada en razón del factor funcional consagrado en el art. 31-1 en concordancia con el 35 del CGP, siendo del caso pronunciarse en principio **“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”** (inciso primero del Art. 328 Ib.), para revocar o reformar la decisión, si a ello hubiera lugar.

3. De acuerdo con los reparos concretos expuestos por el impugnante, el problema jurídico que corresponde resolver a esta colegiatura se centra en determinar, si contrario a lo decidido en primera instancia, es viable exonerar al demandado de las pretensiones elevadas en su contra, y transversal a ello, si el actor incurrió o no en incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

4. La tesis de la Sala es, que está acreditado el cumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del demandante, y que el demandado no allegó pruebas de los argumentos en que fundamenta la excepción de mérito

⁷ Archivo 002, 02SegundaInstancia.

⁸ Archivo 007, 02SegundaInstancia.

⁹ Archivo 004, 02SegundaInstancia.

propuesta, como tampoco de ninguna circunstancia que lo exima de responsabilidad por la inobservancia de sus compromisos contractuales, razón por la cual, se confirmará la decisión atacada. A la anterior conclusión se arriba luego de realizar el siguiente análisis jurídico y probatorio:

4.1. PRESUPUESTOS PARA LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN RESOLUTORIA. El artículo 1602 del C.C. consagra que, *“todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, y el artículo 1546 de la misma Codificación establece que, *“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”*.

En desarrollo de las citadas disposiciones, la Jurisprudencia establece unos requisitos o presupuestos para la procedencia de la acción resolutoria a saber: **“a) que se trate de contrato bilateral válido; b) que quien promueva la acción haya cumplido con sus obligaciones o haya estado dispuesto a cumplirlas, y c) que el otro contratante haya incumplido las obligaciones que le corresponden”**¹⁰.

Y en particular en los contratos de ejecución sucesiva, sostiene la Corte:

*“En el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, **QUIEN PRIMERO INCUMPLE AUTOMÁTICAMENTE EXIME A SU CONTRARIO DE EJECUTAR LA SIGUIENTE PRESTACIÓN**, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada.”*¹¹ (Resaltado fuera del texto)

4.2. En el sub examine, aunque la parte demandante no mencionó expresamente en sus pretensiones la “resolución” del contrato por él descrito, sino que únicamente solicitó declarar el “incumplimiento” de su contendiente, de la lectura armónica de los fundamentos de hecho y de derecho en que se apoyan tales pedimentos, la Sala entiende que este asunto efectivamente corresponde a la acción resolutoria contemplada en el artículo 1546 del C.C.,

¹⁰ CSJ SC11287-2016, 17 ago. 2016, rad. No. 11001-31-03-007-2007-00606-01 MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

¹¹ CSJ SC1209-2018, 20 abril 2018, rad. No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

y por consiguiente, se procederá a examinar la satisfacción de los presupuestos para la prosperidad de la misma.

4.3. En desarrollo de esa tarea, se observa que la funcionaria de primer nivel determinó la validez del **contrato denominado “inversión de capital”** suscrito entre las partes el 30 de octubre de 2019, lo cual no le mereció ningún reparo al apelante, por lo que se entiende que dicho negocio jurídico cumplió con todas las formalidades legales y sustanciales para su plena eficacia jurídica.

En este aspecto cabe anotar, que el convenio suscrito entre los contendientes se aprecia como un **contrato atípico**, toda vez que las obligaciones de las partes y demás pormenores no encuadran totalmente en alguno de los contratos mercantiles regulados en los Códigos Civil o de Comercio, más allá de que se puedan apreciar algunas **similitudes con el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN de que tratan los artículos 507 a 514 del C.Co.**

Sobre ese tipo de contrato dice la Corte:

*“Así las cosas, como bien lo extractó la sede judicial de última instancia, fueron acreditados los presupuestos del **contrato de cuentas en participación**, conforme al canon 507 del Código de Comercio, a cuyo tenor **«[l]a participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles, que deberán ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.»***

En efecto, sobre dichos requisitos la doctrina de esta Corte tiene sentado que:

*El contrato de cuentas en participación, regulado en los artículos 507 a 514 del Código de Comercio, bien se sabe, **es un negocio de colaboración de carácter consensual, en virtud del cual se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe GESTOR, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida.***

*Como otra característica de ese contrato es que su existencia, en principio, no se revela ante terceros, pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta, es claro que **unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes.** Estas últimas, que son las que interesan en el caso, se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad. (CSJ SC105 de 2008, rad. 1992-09354).*

*Entonces, constituyen **condiciones axiológicas del citado acuerdo de voluntades: 1) el acuerdo entre varias comerciantes para llevar a cabo una finalidad***

común; II) que la operación objeto del pacto sea determinada; III) la diversificación entre los contratantes acerca de quienes tendrán la condición de participante activos y quienes la de ocultos, siendo aquellos los que ejecuten ante terceros las operaciones, mientras que estos permanecerán encubiertos; IV) el aporte que cada uno realizará, que puede ser en bienes o en industria; y V) la proporción en que cada uno participará en la ejecución convenida.”¹² (Resaltado fuera del texto)

4.4. Los dos restantes presupuestos atañen a la legitimación en la causa de ambos extremos del litigio, dado que facultan para incoar la acción al contratante cumplido o que se allanó a cumplir, contra la parte que inobservó sus obligaciones, **siempre teniendo en cuenta la forma de ejecución de lo pactado**, pues como lo ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

*“Como regla general y en tratándose de compromisos que deben ejecutar las partes simultáneamente, **es menester, para el buen suceso del reclamo del demandante, que este haya asumido una conducta acatadora de sus débitos**, porque de lo contrario no podrá incoar la acción resolutoria prevista en el aludido precepto, en concordancia con la **excepción de contrato no cumplido (exceptio non adimpleti contractus)** regulada en el **canon 1609** de la misma obra, a cuyo tenor **ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos**.”*

*Ahora, en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino **sucesiva**, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, **quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación**, porque ésta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada*

(...)

*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**.”¹³ (Resaltado fuera del texto)*

4.5. Se reitera en todo caso, que descartada como quedó desde la primera instancia la adscripción del convenio a alguna especie contractual típica ¹⁴ **se está ante una figura contractual atípica**, que no encuentra ubicación específica dentro de la ley civil y/o comercial, nacida de la libertad negocial

¹² CSJ SC3888-2021, 28 sept. 2021, rad. No. 41001-31-03-005-2014-00230-01 MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

¹³ CSJ SC1209-2018, 20 abr. 2018, rad. No. 11001-31-03-025-2004-00602-01 MP. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

¹⁴ La a quo le encontró parecido con “el de comisión para inversión en la bolsa de valores”, que en todo caso tampoco llegó a tipificarse, “tanto por la calidad de los contratantes, en tanto que generalmente, para dicho contrato, los intermediarios son entidades vigiladas por la Superintendencia financiera de Colombia, como por las cláusulas pactadas”.

permitida por el ordenamiento jurídico, pero sin individualización especial en la ley sustancial, por lo que para determinar su alcance es imperativo analizar la forma como fueron elaboradas las disposiciones que gobiernan tal acuerdo (que como es sabido, se constituyen en ley para las partes).

En el caso en estudio, se observa que en el referido contrato¹⁵ las partes acordaron lo siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO. La presente asociación tiene por objeto administrar y gestionar capital del inversionista operando en el mercado de bolsa de valores

CLÁUSULA SEGUNDA. ÁMBITO. Las operaciones mencionadas se ejecutarán mediante broker de pepperstone con sede central en Melbourne, Australia

TERCERA. ASOCIADO GESTOR. Las operaciones correspondientes al negocio de inversión de capital se ejecutarán y se darán a conocer semanalmente entre los celebrantes del contrato. El señor JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA será el directo responsable de las obligaciones que contraiga en el desempeño y giro ordinario de la actividad objeto de este contrato. De igual manera él ejercerá los derechos y la administración del capital invertido acordado. adicionalmente se obligará en lo que resulte necesario comprometiendo su patrimonio y responsabilidad personal.

CUARTA. APORTES Los partícipes de la asociación acuerdan realizar como aportación inicial el día 24 de julio de 2019 con posteriores adiciones de capital para un total de aporte hasta la fecha de 140 millones de pesos colombianos ml Para obtener un porcentaje del 10% mensual del capital base que será consignado mediante cuenta bancaria o en físico mensualmente

Dichos aportes se invertirán de manera primordial en las operaciones del mercado de valores y su cuenta se llevará en comprobantes de transacciones diarias y mensuales de contabilidad separados de los del propio asociado responsable o socio gestor.

QUINTA. DURACIÓN. El término de la inversión de capital que por este contrato se constituye será de 6 meses contados a partir de la fecha de la primera inversión para el capital inicial y las fechas posteriores para las adiciones que se han realizado. Podrá ser prorrogado previo acuerdo unánime de los partícipes un mes antes de la terminación del contrato. De lo contrario se debe hacer notificación de deseo de terminación de contrato con 30 días de anticipación de la fecha de terminación para devolución de capital de inversión total.

SEXTA. INVENTARIO Y BALANCES. Cada TREINTA (30) DIAS se realizará un resumen de cuenta y entrega de porcentaje de inversión junto con el balance de las operaciones realizadas.

SEPTIMA. CAUSALES DE TERMINACIÓN. El contrato de inversión de capital terminará por la ocurrencia de uno cualquiera o varios de los hechos que siguen: a. Por la muerte o incapacidad absoluta del socio gestor. B. Por pérdidas que alcancen o superen en su cuantía el setenta por ciento (70%) de los aportes. C. Por acuerdo libre y espontáneo de los asociados. D. Por decisión unánime de los asociados en relación devolución de capital o retiro de capital de inversión por parte del inversionista. E. Por renuncia con causa justificada de uno de los asociados, siempre y cuando se la comunique al otro partícipe con una antelación nunca inferior a 30 días a la fecha en que dicha renuncia pretenda hacerse efectiva .

OCTAVA. LIQUIDACIÓN. La liquidación del contrato de inversión de capital será efectuada por los copartícipes de común acuerdo. Si falta uno de ellos (por muerte, viaje de más de cinco años o incapacidad permanente) será realizada por el asociado sobreviviente con el representante de los legítimos herederos o sucesores del asociado ausente.

¹⁵ Archivo 001, págs. 3 a 4, 01PrimerInstancia.

NOVENA. RESERVA DEL VÍNCULO ASOCIATIVO. Por ser de la naturaleza del contrato de inversión de capital entre personas naturales, las partes acuerdan que su carácter de asociados no será publicitado ante terceros.

DÉCIMA. DEDICACIÓN DEL GESTOR. El gestor JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA se obliga a consagrar su tiempo a la administración y gestión de capital en operaciones efectuadas en el mercado de bolsa de valores.

4.6. En el hecho segundo de la demanda, **se asegura que la parte actora consignó el capital acordado**, así: i) el 24 de julio de 2019 un valor de \$80.000.000; ii) el 26 de octubre de 2019 la suma de \$10.000.000; iii) el 3 de octubre de 2019 consignó \$20.000.000; y iv) la suma de \$30.000.000 los entregó en efectivo de manera personal, para un total \$140.000.000; y allegó como prueba copia de la consignación realizada el 24 de julio de 2019 por el rubro mencionado, y del extracto bancario que da cuenta de la transferencia efectuada el 3 de octubre de ese mismo año¹⁶, en el monto indicado.

Tal aspecto fue EXPRESAMENTE ACEPTADO COMO CIERTO por el demandado en la contestación del libelo, es decir, que frente a ese hecho se produjo una verdadera CONFESIÓN (art. 193 del C.G.P.), la cual, unida a la documental adosada, - que si bien no fue completa, si ilustra sobre algunas de las consignaciones realizadas por el actor-, permite concluir, como acertadamente lo hizo la a quo, que en lo que a esas inversiones concierne, está demostrado el cumplimiento de la obligación por parte del demandante. Por consiguiente, los reparos del apelante en ese sentido NO son acogidos en esta sede.

4.7. De otro lado, con relación al **incumplimiento de las obligaciones contractuales que se atribuye al demandado**, en la contestación del libelo aquel **reconoció expresamente que a partir del mes de enero de 2020 dejó de cancelar al demandante los rendimientos acordados**, justificando la inobservancia de sus obligaciones contractuales, en el advenimiento de la pandemia por el Covid19, y el impacto que asegura trajo consigo ese fenómeno en el mercado de divisas.

En este aspecto, conviene destacar, que aun cuando el tema de la pandemia constituye un hecho notorio que no requiere prueba, **lo que concierne al**

¹⁶ Archivo 001, págs. 6 a 8, 01PrimerInstancia.

funcionamiento de la bolsa de valores y las diferentes circunstancias que puedan afectar o no a los inversionistas de ese mercado, NO son un tema del resorte y conocimiento del operador judicial, por ende, acorde con lo previsto en el artículo 167 del Estatuto Procesal, correspondía al extremo pasivo aportar medios suasorios suficientes, a fin de acreditar, que el referido fenómeno ocasionó pérdidas concretas respecto de las inversiones que fueron objeto del contrato celebrado con el señor DIEGO ALEXANDER NUÑEZ BUITRAGO, y que además, dicho evento exime de responsabilidad al gestor, pues NO puede perderse de vista, que de acuerdo con el tenor del contrato, el señor JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA era “*directo responsable*” de las obligaciones que contrajera en el desempeño y giro ordinario de la actividad contratada, y que se obligó a todo lo que resultara necesario, “*comprometiendo su patrimonio y responsabilidad personal*” con ese objeto.

5. Así las cosas, no habiendo adosado la parte demandada ningún elemento de prueba que infirme los argumentos del actor en relación con el incumplimiento enrostrado, ni que demuestre la existencia de algún eximente de responsabilidad contractual, bien hizo la *a quo* al acceder a las pretensiones del demandante, y en ese orden, se confirmará la sentencia de primer grado.

Lo anterior, no sin antes advertir, que **la condena impuesta por la primera sede deberá actualizarse** ¹⁷ **a la fecha del presente fallo**, conforme lo exige el inciso **2º del artículo 283 del C.G.P.**¹⁸, resultando un total de **\$ 166.014.583,86**.

Al tenor del numeral 3º del artículo 365 del C.G.P., y ante el fracaso de la alzada la Sala mayoritaria decide que procede condenar en costas de esta instancia a la parte demandada aquí apelante ¹⁹.

¹⁷ Utilizando la fórmula: $V_a = V_h (I_f / I_i)$. Donde V_a = valor actual, V_h = valor histórico, I_f = IPC final y I_i = IPC inicial. Datos de IPC tomados de la página <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc/ipc-informacion-tecnica#indices-y-ponderaciones> Índices. Series empalme 2003 / 2024. Se tomó como IPC inicial el correspondiente al mes de **junio de 2022** = 119,31 (fecha de la sentencia de primer grado), e IPC final el del mes de **marzo de 2024** = 141,48 (último reportado a la fecha de elaboración del proyecto de fallo)

¹⁸ **“ARTÍCULO 283. CONDENA EN CONCRETO... El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”.**

¹⁹ La ponencia original fue derrotada en dicho ítem -la condena en costas de segunda instancia-, considerándose allí por el magistrado ponente que: “Pese al fracaso de la alzada, en vista de que el NO apelante no desplegó ninguna actuación en esta sede”, no había lugar a imponer tal condena “por no haberse causado en favor del mismo”, lo que encuentra sustento en la regla 8 del art. 365 ibídem citado en el aparte derrotado, pues sin

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala Civil - Familia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 22 de junio de 2022 por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Popayán, en el sentido de señalar que JUAN CARLOS OCHOA CORDOBA adeuda a DIEGO ALEXANDER NUÑEZ BUITRAGO la suma de \$166.014.583,86, atendiendo a la actualización de los valores efectuada en este fallo.

Segundo: Condenar en costas de esta instancia a la parte demandada y en favor del demandante ²⁰. Como agencias en derecho se fija la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016), la que será incluida en la liquidación correspondiente conforme lo normado en el artículo 366 del C.G.P.

Tercero: Una vez ejecutoriado el presente proveído y en vista de que las diligencias se remitieron a esta Corporación por medio digital, por conducto de Secretaría comuníquese la presente determinación al Despacho de origen, anexando también por dicho medio solamente la actuación correspondiente a la segunda instancia, efectuándose las constancias del caso en el Sistema Justicia S. XXI.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.



JAIME LEONARDO CHAPARRO PERALTA
Magistrado ponente

desconocer que en materia de costas el ordenamiento procesal civil se inclina por un criterio objetivo que haría que en principio la parte vencida en el proceso tuviera que ser condenada en costas de las 2 instancias, tal regla debe analizarse en conjunto con la del numeral 8 ibídem, que dispone que "Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación", circunstancia que se hizo palpable en el trámite de la segunda instancia del presente litigio.

²⁰ Decisión de sala mayoritaria según lo explicado en el pie de página que antecede, quedando tal motivación como una especie de "salvamento de ponente" al ordinal segundo de la resolutive, en el punto del proyecto original que fue derrotado -lo relativo a la imposición de condena en costas de segunda instancia en el caso concreto-.



DORIS YOLANDA RODRÍGUEZ CHACÓN
Magistrada



MANUEL ANTONIO BURBANO GOYES
Magistrado

AB.