

RECURSO DE APELACION - RADICADO: 68001-31-03-008 - 2021-00411-00 DTE.
HERNÁNDEZ GÓMEZ CONSTRUCTORA S.A. DDOS. ERMIS PACHÓN GARCIA Y MARTHA
CECILIA BAQUERO DIAZ.

Gerencia - IRM S.A.S. <gerencia@irmsas.com>

Lun 19/12/2022 10:46 AM

Para: Juzgado 08 Civil Circuito - Santander - Bucaramanga

<j08ccbuc@cendoj.ramajudicial.gov.co>;coordinador.contablehg@hgconstructora.com

<coordinador.contablehg@hgconstructora.com>;MANUEL GUARIN <manuel.guarin@hgconstructora.com>

Buen día,

Me permito adjuntar memorial que contiene recurso de Apelación al proceso en referencia, para su respectivo trámite.

De otra parte, me permito copiar el presente correo a las partes, lo anterior con el fin de dar cumplimiento a lo ordenado en el numeral 14 del Art. 78 del C.G.P.

Mil gracias.

Cs,

SANDRA MILENA ROZO HERNANDEZ

IR&M-ABOGADOS CONSULTORES S.A.S.

Calle 7A # 11E -07 Of 304 Centro Empresarial

Cúcuta – Norte De Santander

Cra. 27 No. 36-14 – Of 208 Centro Empresarial Suramericana

Bucaramanga – Santander

Señores

JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA

E. S. D.

PROCESO: EJECUTIVO CON GARANTIA HIPOTECARIA

RADICADO: 68001-31-03-008-2021-00411-00

DEMANDANTE: HG CONSTRUCTORA

DEMANDADO: MARTHA CECILIA BAQUERO DIAZ y OTRO.

SANDRA MILENA ROZO HERNÁNDEZ, mayor de edad, identificada con la C.C. 60.264.077 de Pamplona, y T.P. 121.291 del C.S.J., en mi calidad de apoderada especial de **MARTHA CECILIA BAQUERO DIAZ** persona mayor e identificada como con cedula de ciudadanía No. 60.258.553 y **ERMIS PACHON GARCÍA**, mayor de edad e identificado con cedula de ciudadanía No. 91.479.900, conforme al Poder a mi conferido, y estando dentro de la oportunidad legal para ello, respetuosamente, me permito interponer **RECURSO DE APELACION**, contra la Sentencia de primera instancia, proferida el trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022), por parte del **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA**, con base en los siguientes:

✓ **FUNDAMENTOS**

Previo a las consideraciones de orden legal y probatorio, que se expondrán a continuación, debemos solicitar - de forma respetuosa- al Honorable Magistrado Ponente, **se sirva confirmar**, las excepciones probadas parcialmente en su totalidad de la Sentencia de Primera Instancia por parte del **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA**.

Primer Punto del Recurso de Apelación: Error de Aplicación de la Ley Especial Sobre la General

Frente a este punto, me permito manifestar al Honorable Tribunal lo siguiente, si bien el aquí demandante pretende disfrazar este crédito como de carácter comercial, no es menos cierto, que el mismo debe ceñirse a los lineamientos de la ley 546 de 1999, conforme lo indica el ámbito de aplicación de dicha ley.

Se tiene que dentro del **ARTICULO 1.**, de la referida Ley, Tratándose del ámbito de Aplicación de la misma, esta establece las normas generales y señala los criterios a los cuales debe sujetarse el Gobierno Nacional para regular un sistema especializado de financiación de vivienda individual a largo plazo, ligado al índice de precios al consumidor y para determinar condiciones especiales para la vivienda de interés social urbana y rural.

Ahora bien, en palabras del legislador *Sin perjuicio de lo establecido en la presente ley, las entidades del sector solidario, las asociaciones mutualistas de ahorro y crédito, las cooperativas financieras, los fondos de empleados, el Fondo Nacional del Ahorro y **cualesquiera otra entidad diferente de los establecimientos de crédito**, podrán otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o en Unidades de Valor Real, UVR, con las características y condiciones que aprueben sus respectivos órganos de dirección, siempre que los sistemas de amortización no contemplen capitalización de intereses, ni se impongan sanciones por prepagos totales o parciales.*

De lo discurrido, se puede argüir, que HG CONSTRUCTORA, NO aplico de manera correcta, lo aquí dicho, al tratarse de un crédito hipotecario para adquisición de vivienda, el cobro de los intereses debió efectuarse de conformidad conforme lo previsto en la Ley 546 de 1999 y no como lo hizo la demandante al tenerse como un CREDITO DE CONSUMO.

Así mismo yerra el señor fallador de primera instancia al no considerar que los intereses sean estos de cualquier naturaleza, en tratándose de un crédito hipotecario de adquisición de vivienda se deben ceñir a la LEY ESPECIAL, para estos casos.

empero, es necesario para el caso de marras, traer lo ya dicho por la Jurisprudencia de Corte Constitucional en Sentencia C-005 de 1996 manifestaría que:

“El artículo 5º de la Ley 57 de 1887 estableció con claridad que la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general. De lo dicho se deduce también que si se tienen dos normas especiales y una de ellas, por su contenido y alcance, está caracterizada por una mayor especialidad que la otra, prevalece sobre aquélla, por lo cual no siempre que se consagra una disposición posterior cuyo sentido es contrario al de una norma anterior resulta ésta derogada, pues deberá tenerse en cuenta el criterio de la especialidad, según los principios consagrados en los artículos 3º de la Ley 153 de 1887 y 5º de la Ley 57 del mismo año.”

Estableciendo precedente de que ante la existencia de una norma especial aplicable a un caso específico, como es en este caso, de un cobro ejecutivo de un crédito con objetivo de invertir en vivienda, se debe preferir la aplicación de la ley 546 de 1999 por ser el objeto de la ley, a pesar de que HERNÁNDEZ GÓMEZ CONSTRUCTORA S.A. sea una empresa cuyo actividad económica sea la construcción y no el recaudo y préstamo de dinero, por tanto, le es inadmisibles exigir este cobro como si se tratara de un préstamo común entre una persona jurídica y un particular, más aún cuando dentro del mismo escrito de demanda la parte accionante reconoce que el crédito presente fue reconocido a los demandados para tal fin, además, debe ser de especial atención para el Honorable Tribunal, que una persona natural siempre se va a encontrar en posición vulnerable frente a una sociedad con un músculo financiero mucho mayor, como en el caso de marras.

Es de advertir al Honorable Tribunal, sin incurrir en tautología, que, frente a los intereses remuneratorios y moratorios el cálculo se realizó erróneamente, ya que, debido a que nos encontramos frente a un crédito de vivienda diferente a VIS, según lo establecido por la ley 546 y por el Banco de la República, es del 12,7% anual, porcentaje muy inferior al porcentaje del Interés Bancario Corriente que a noviembre de 2021 llegó a ser de 25.91% anual, y que es del resorte de los créditos comerciales., tal como puede observarse dentro del libelo genitor del caso en particular.

por tanto, al momento de calcular los intereses remuneratorios y los moratorios, estos se exceden los límites de la ley 546 de 1999., la cual reglamenta lo respectivo a créditos destinados a vivienda. Teniendo claro lo anterior, es evidente que la sociedad HERNÁNDEZ GÓMEZ CONSTRUCTORA S.A., está cobrando valores superiores a los que realmente adeuda la ejecutada, llegándose por ende a concluir, que si se efectuara una verdadera liquidación de crédito lo más seguro es que el monto de la obligación sería menor, respetando los límites en los porcentajes de intereses permitidos, en este caso, los que exige la ley 546 de 1999.

Segundo Punto del Recurso de Apelación: Error al Interpretar la Efectividad de la Clausula Aceleratoria.

➤ DE LA IMPOSIBILIDAD DE HACER EFECTIVA LA CLAUSULA ACELERATORIA

Como se evidencia, dentro del libelo genitor, la parte actora reclama el pago de los intereses moratorios en virtud de haber hecho efectiva la cláusula aceleratoria, sin embargo, esta se hace ineficaz atendiendo a que en el artículo 19 de la ley 546 define que:

En los préstamos de vivienda a largo plazo no se presumen los intereses de mora, al ser pactados deben respetarse los límites en los porcentajes de intereses permitidos, en este caso, los que exige la mencionada ley.

Bajo este entendido, se deberá indicar con precisión todas y cada una de las sumas de dinero que ha cancelado la deudora, discriminándose el concepto al cual se imputa cada uno de los pagos, esto es, deberá precisarse, de no hacerse lo anterior jamás podría hablarse de claridad de la obligación demandada, y por lo mismo se deberá concluir, que el título base del recaudo judicial no reúne los presupuestos exigidos por el artículo

422 del CGP, que para el caso en comentó una vez estudiado y analizado el título valor NO, es posible hacer efectiva la Clausula Aceleratoria.

Tercer Punto del Recurso de Apelación: Error Al Darle un Indebido Valor Probatorio a los Argumentos dentro de la contestación Frente al Caso Fortuito o Fuerza Mayor.

➤ **LA FUERZA MAYOR Y EL CASO FORTUITO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.**

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia precisa de manera puntual los requerimientos y límites que estructuran los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito. En este sentido, ha fijado rigurosos requisitos para que se admita la exoneración por fuerza mayor y caso fortuito, indicando que los ejemplos descritos en el Artículo 64 del Código Civil, son apenas enunciativos y no constituyen causal exonerativa, por lo que resulta indispensable el análisis casuístico que está a cargo de los jueces, de ahí la importancia de revisar la jurisprudencia emitida sobre el tema. A continuación, se reseñan algunas sentencias icónicas que configuran la línea jurisprudencial relevante:

Sentencia del 5 de julio de 1935 Magistrado Ponente Eduardo Zuleta Ángel respecto de los requisitos de la fuerza mayor o caso fortuito.

[...] cuando de tal fenómeno jurídico se trata, no sólo hay que examinar la naturaleza misma del hecho sino indagar también si éste reúne, con respecto a la obligación inejecutada, los siguientes caracteres: a) No ser imputable al deudor, b) No haber concurrido con una culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al cumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor - dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación; d) Haber sido imprevisible, es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización. Esos cuatro caracteres de la fuerza mayor liberatoria (o caso fortuito liberatorio, pues ya tiene establecida la doctrina, que las dos expresiones son sinónimas), pueden reducirse, bien analizadas las cosas, a la noción de imposibilidad de ejecución que se subdivide en varios elementos: en el espacio, imposibilidad de ejecución propiamente dicha, y, en el tiempo, imposibilidad de prever y evitar el acontecimiento (Doméque 1, Tomo VI, Número 536). En efecto: la no imputabilidad (en sus dos manifestaciones: ausencia de culpa anterior y ausencia de culpa concomitante), constituye un requisito que en realidad queda absorbido por el de la irresistibilidad, que es la imposibilidad para el deudor de obrar de un modo distinto a como ha obrado, y, por su parte, la imprevisibilidad queda comprendida en la imposibilidad absoluta de ejecutar, que implica imposibilidad de prever y de evitar.

Sentencia de 31 de agosto de 1942 reiterada entre otras en casación civil de 20 de noviembre de 1989.

[...]el naufragio, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad, propuestos por el artículo citado (1º de la ley 95 de 1890) como ejemplos de casos fortuitos, no son siempre y en todo evento causas de irresponsabilidad contractual. Eso depende de las circunstancias y del cuidado que haya puesto el deudor para prevenirlos”, porque, explica, “Si el deudor a sabiendas se embarca en una nave averiada, que zozobra; si temerariamente se expone a la acción de sus enemigos o comete faltas que lo coloquen a merced de la autoridad; o no toma las medidas adecuadas que hubieren evitado la inundación de su propiedad, sin embargo, de que se cumple un acontecimiento por naturaleza extraño o dominador, no configuraría un caso fortuito.

Sentencia el 4 de Julio de 2002, la Corte ha estimado que circunstancias como la huelga, que en principio serían consideradas imprevisibles e irresistibles, de cara a la situación particular llevada a su consideración, no tienen tal calidad.

A la luz del anterior marco teórico, es indudable que el Tribunal incurrió en el yerro de facto que se le achaca, al considerar que la huelga realizada por los trabajadores de la empresa demandada constituía un hecho de fuerza mayor justificativo del incumplimiento del término pactado para la reparación de la citada motonave, pues al romper se advierte que tal apreciación acusa contra evidencia, porque el acta del 17 de junio de 1991, en la que aparece consignada la época precisa en que se realizó la etapa de arreglo directo entre los mencionados (fol. 58, C.1), muestra sin lugar a dudas, que era perfectamente previsible que una cesación de labores por parte de estos últimos podía presentarse en un futuro muy próximo, como quiera que de acuerdo a la legislación laboral, una vez concluida la etapa en mención “sin que las partes hubieren logrado un acuerdo total sobre el diferendo laboral”, quedan autorizados los trabajadores a optar por la declaratoria de huelga.

Sentencia de 6 de septiembre de 2018 M. P. Álvaro Fernando García Restrepo, la Corte rechazó la privación de la libertad como causal de fuerza mayor, al evaluar un recurso de revisión.

Ha de tratarse de fenómenos externos el sujeto cuyo comportamiento se analiza que reúnan las características que de antaño estereotipa la figura, esto es, la imprevisibilidad (hechos súbitos, sorpresivos, insospechados etc.) y la irresistibilidad (que los efectos del hecho no pueden ser exitosamente enfrentados o conjurados por una persona común), lo cual no sucede cuando una persona se encuentra privada de la libertad y por ese solo hecho, tal como ocurre en el presente caso, pues no se demostró que subiera imposibilitado allegar de alguna forma la prueba...

Sentencia del 26 de Julio de 2005 M. P. Carlos Ignacio Jaramillo, indica que las actuaciones de movimientos subversivos o los actos terroristas no son persé constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito en la medida en la que pueden ser previsibles en ciertas regiones y circunstancias y así mismo resistibles.

La Corte ha puntualizado que, si “el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor [...]” (G. J. Tomos. LIV, página, 377, y CLVIII, página 63)”.

Adicionalmente precisó que:

[...] un hecho sólo puede ser calificado como irresistible, si es absolutamente imposible evitar sus consecuencias, es decir, que situada cualquier persona en las circunstancias que enfrenta el deudor, invariablemente se vería sometido a esos efectos perturbadores [...] La imposibilidad relativa, entonces, no permite calificar un hecho de irresistible, pues las dificultades de índole personal que se ciernan sobre el deudor para atender sus compromisos contractuales, o aquellas situaciones que, pese a ser generalizadas y gravosas, no frustran –in radice- la posibilidad de cumplimiento [...] constituyen hechos por definición superables, sin que la mayor onerosidad que ellas representen, de por sí, inequívocamente tenga la entidad suficiente de tornar insuperable lo que por esencia es resistible, rectamente entendida la irresistibilidad. [...] el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor [...], [...] las acciones perpetradas por movimientos subversivos o, en general, al margen de la ley, o de los actos calificados como terroristas [...], no pueden ser catalogados inexorable e indefectiblemente como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, pues [...] es indispensable que el juzgador, in concreto, ausculte la presencia individual de los elementos antes referidos, teniendo en cuenta las circunstancias particulares [...] Por tanto [...] en sí mismos considerados, no le brindan ineluctable amparo a los deudores para que [...] sin ninguna otra consideración y en todos los casos, se aparten de los deberes de conducta que les imponen las leyes contractuales [...] “Más aún, la incidencia (de) las acciones intimidatorias desplegadas por grupos al margen de la ley, en una situación contractual o negocial particular, puede llegar a ser previsible [...] tratándose de regiones o naciones en donde [...] existe [o existió] 219 ISSN 1794-600X Número 22 Enero - Junio de 2022 una situación de violencia, más o menos generalizada-, de suerte que si una de las partes no adopta las medidas necesarias o conducentes para evitar ser cobijada por esos hechos, o se expone indebida o irreflexivamente a los mismos o a sus efectos, no podrá luego justificar a plenitud la infracción del contrato.

Sentencia del 6 de septiembre de 2018 la Corte considera que la privación de la libertad no debe considerarse causal de fuerza mayor:

Ha de tratarse de fenómenos externos el sujeto cuyo comportamiento se analiza que reúnan las características que de antaño estereotipa la figura, esto es, la imprevisibilidad (hechos súbitos, sorprendidos, insospechados etc.) y la irresistibilidad (que los efectos del hecho no pueden ser exitosamente enfrentados o conjurados por una persona común), lo cual no sucede cuando una persona se encuentra privada de la libertad y por ese solo hecho, tal como ocurre en el presente caso, pues no se demostró que subiera imposibilitado allegar de alguna forma la prueba [...]

Sentencia de 18 de diciembre de 2020, SC5176-2020 Radicación No. 11001-31-03-028-2006-00466-01 con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta que indica que, en caso de incumplimiento de contratos financieros, el banco al realizar una actividad peligrosa es responsable de manera objetiva, es decir se presume su culpa, pero se puede exonerar probando fuerza mayor o caso fortuito.

2.3. Decantado lo anterior, es pertinente llamar la atención en que la teoría del riesgo se ha adaptado al contexto del derecho privado nacional por dos vías principales: (i) como sustento de una interpretación del artículo 2356 del Código Civil, según la cual allí se establecería un supuesto de responsabilidad objetiva; y (ii) como justificación para el régimen, también objetivo, de responsabilidad por el pago de cheques falsos o adulterados. [...] resalta la Corte que prescindir de la calificación de la conducta de la entidad financiera no significa asumir una especie de responsabilidad automática suya, pues aún en los regímenes objetivos es necesario demostrar que el hecho dañoso es atribuible a la conducta del agente. Por ende, en casos como este el banco podrá exonerarse de la carga indemnizatoria que se le endilga, probando que las circunstancias que originaron el desmedro patrimonial (como la alteración de una orden de giro, en este caso) obedecieron a causas que no le son imputables” (negrillas fuera de texto).

➤ **LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN TORNO DE LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO.**

La Corte Constitucional a diferencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, por vía de Sentencias T y Sentencias de Unificación (SU) ha flexibilizado y, si se quiere, morigerado los requisitos establecidos por la Corte Suprema de Justicia para aplicar los efectos de la fuerza mayor y el caso fortuito, veamos algunas de las sentencias paradigmáticas:

Sentencia T – 520 de 23 de junio de 2003 Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil.

La tutela, objeto de fallo, fue promovida por una persona víctima de secuestro, que tras su liberación fue demandado en acción ejecutiva por dos entidades bancarias con las que había adquirido obligaciones dinerarias de forma previa a su privación de la libertad. La Corte Constitucional reconoce que el hecho del secuestro se configura como una circunstancia de fuerza mayor y deduce de la misma las siguientes consecuencias:

1) El secuestro constituye evento de fuerza mayor que impide el cumplimiento de las obligaciones

[...] el secuestro del deudor le impide físicamente cancelar las cuotas exigibles durante este período conforme al contrato de mutuo. En esa medida, el incumplimiento de las obligaciones del secuestrado está justificado. Efectivamente, la persona se encuentra sujeta a una circunstancia que es susceptible de considerarse genéricamente como constitutiva de fuerza mayor, y que le impide cumplir sus obligaciones.

2) Aunque en el derecho civil la imprevisibilidad e irresistibilidad no deben mirarse en abstracto, en sede de tutela el deudor que fue secuestrado, no tiene que probar que el secuestro fue irresistible e imprevisible, ni que fue la causa del incumplimiento.

La Corte Constitucional reconoce que el análisis sobre la imprevisibilidad y la irresistibilidad en la óptica del derecho civil y la jurisprudencia de la Corte Suprema, demanda que el juzgador “examine la posición en que se encuentra el deudor en relación con el hecho en sí, y no sólo la ocurrencia objetiva del hecho”, por tanto, desde un aspecto analítico “no podría afirmarse que un hecho –genéricamente definidosea per sé imprevisible, imprevisible e irresistible, al margen de las circunstancias específicas en que se encontraba el deudor cuando el hecho ocurrió”. Pese a ello, termina desechando en la práctica estos supuestos al relevar de las pruebas concretas al deudor víctima del secuestro que interpone la acción de tutela, por lo que el mismo se convierte en un evento objetivamente constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito.

En términos abstractos resulta razonable y proporcional imponer la carga de probar que el hecho era imprevisto, imprevisible e irresistible, y que hubo una relación causal con el incumplimiento, como condiciones probatorias para eximir al deudor de responsabilidad en materia civil. Sin embargo, en el caso del secuestro esta carga probatoria resultaría demasiado onerosa. Imponerle a un deudor que ha sido secuestrado la carga de probar que en su caso el secuestro era una circunstancia imprevista, imprevisible e irresistible, conforme a los cánones probatorios ordinarios resulta irrazonable y desproporcionado, por diversas razones. [...] aun cuando en algunas ocasiones las personas llegan a resistir un secuestro asumiendo el riesgo para sus vidas y las de los demás, esta opción personal no puede llevarse a cabo sin poner en juego el bien jurídico de la vida [...] En segundo lugar, porque aun cuando en algunos casos la existencia de amenazas previas puede constituir un indicio de la previsibilidad del secuestro, el grado de afectación personal que significa este delito para las víctimas lleva a suponer que de saber cómo y cuándo se va a efectuar, la persona tomaría todas las precauciones necesarias para evitarlo (Sentencia T - 520, Escobar, 2003). Subrayado fuera de texto).

Tal conclusión se fundamenta en precedentes ya trazados en años anteriores por la propia Corte:

[...] no es con los criterios del Código Civil como ha de interpretarse la Constitución, norma de normas. En este caso en concreto, escapa a los criterios de razonabilidad el sostener que el secuestro, al ser un hecho de “posible ocurrencia” deba ser totalmente previsible. Por el contrario, partiendo del presupuesto de que es el Estado quien debe “proteger a todas las personas residentes en Colombia en su honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades” (Art. 2 CN) el secuestro es un fenómeno tan irresistible como imprevisible” (Sentencia T-1337, Uprimny, 2001. Negrillas fuera de texto.).

➤ ASPECTOS RELEVANTES A CONSIDERAR POR PARTE DEL HONORABLE TRIBUNAL

Al aplicar lo decantado arriba por parte de las altas Cortes podemos concluir:

Resulta importante distinguir el fenómeno de la declaratoria de pandemia, revelada el 30 de enero de 2020, por la Organización Mundial de la Salud -OMS, que identificó el nuevo coronavirus COVID-19, y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional; distinguiéndola de la declaratoria producida por el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual el Presidente de la República estableció el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional y en consecuencia ordenó un confinamiento preventivo. Ambos fenómenos presentan las características de ser externos o ajenos a las partes en una relación jurídico comercial, ser imprevistos y ser irresistibles, es decir, ambos podrían configurar jurídicamente un hecho de fuerza mayor. Pese a ello, es claro que la declaratoria de pandemia producida por la OMS, el 30 de enero de 2020, no puede entenderse como la causa eficiente del incumplimiento de contratos de tracto sucesivo u otro tipo de contratos reales, pero con obligaciones periódicas o sucesivas; como por ejemplo, contratos de arrendamiento de locales comerciales, contratos de mutuo, contratos de suministro, contratos de leasing, contratos de prestación de servicios profesionales, así como, **contratos financieros como el mutuo mercantil**, la apertura de crédito, el descuento u otras operaciones activas. Esto por cuanto la pandemia por sí sola no generó el incumplimiento contractual.

Lo que realmente se configuró en la causa del incumplimiento contractual en los contratos mencionados, situación generada no solo en Colombia, sino en el resto de países en el mundo, fueron las decisiones de los gobiernos para declarar el estado de emergencia y correlativamente ordenar el aislamiento preventivo o cuarentena, que generó que amplios sectores de la economía suspendieran por tiempo indefinido labores, cerraran su operación y por ende dejaran de tener flujos de caja que les permitieran atender las obligaciones o prestaciones derivadas de los contratos suscritos. En ese orden de ideas, la fecha fundamental en Colombia para entender el punto de arranque de la crisis contractual originada por el COVID-19 es el 17 de marzo de 2020, momento en el que el presidente Duque expide el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, mediante el cual estableció el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional.

Esto implica que solo se podrá alegar la circunstancia de fuerza mayor originada en el hecho del COVID-19 a contratos que se hayan celebrado antes de esta fecha, pues para todos los contratos suscritos con posterioridad al 17 de marzo de 2020 en Colombia, la pandemia del COVID-19 no sería un hecho extraordinario y sobreviniente, sino que por el contrario sería una circunstancia plenamente conocida y que debió ser considerada al momento de contratar.

Como se ha señalado a lo largo de este texto, no hay un catálogo de eventos de fuerza mayor, sino que cada situación particular debe revisarse una a una y se deberá determinar si el evento del COVID-19 y, esencialmente, si la orden de confinamiento restrictivo y la imposibilidad de realizar determinadas actividades económicas o por lo menos su restricción, es causa eficiente para alegar incumplimiento de determinadas obligaciones derivadas de los contratos respecto de los cuales se pretende plantear la circunstancia de fuerza mayor. Aquí resulta clave distinguir los fenómenos de incumplimiento contractual, de los fenómenos de no cumplimiento en los que, pese a que se da esta situación, la misma no le es imputable al deudor y por tanto la obligación se extingue sin que exista mora del deudor ni obligación de reparar

Es importante considerar que la imposibilidad de cumplimiento sea relativa, es decir, que el deudor pueda cumplir, pero parcialmente o a costos más altos de los originalmente presupuestados, aquí ya no se está en una situación de fuerza mayor, sino de imprevisión que determina que, si las partes no logran de común acuerdo fijar nuevas condiciones para perseverar en el contrato, deban someter la controversia a un juez cuya función es retornar el equilibrio económico del contrato.

En este sentido se debe diferenciar el concepto de imposibilidad de cumplir el contrato, de los conceptos de dificultad para cumplir y de excesiva onerosidad para cumplir. En el primer caso, se está frente a situaciones de fuerza mayor que pueden conducir a la terminación del contrato, la dificultad de cumplimiento se ubica en un efecto estacional o temporal que lo que produce es una suspensión del contrato en los términos del artículo 1616 del Código Civil; en tanto que, en el caso de excesiva onerosidad de la prestación, se está frente a un típico caso de imprevisión que se regularía por las reglas del artículo 868 del Código de Comercio.

En todos estos eventos es fundamental revisar previamente los pactos contractuales, pues si las partes han incluido pactos relativos a la Fuerza Mayor o cláusulas de asignación de riesgos, donde hayan trasladado el riesgo a alguna de las partes, esta no podrá alegar eventos configurativos de fuerza mayor y deberá atenerse a lo pactado, a menos que se ubiquen en cláusulas abusivas o exorbitantes, calificación que le corresponde a los jueces en cada caso.

Un deudor que se ha visto afectado por la pandemia del COVID-19 **deberá en consecuencia, probar que la relación jurídica negocial se estructuró antes del 17 de marzo de 2020; que la afectación es grave y, por ende, le impide cumplir algunas o la totalidad de las prestaciones derivadas del contrato; de tratarse de una afectación moderada o leve lo máximo que puede pedir es que el contrato se suspenda mientras pasan los efectos de la pandemia, pero en todo caso deberá cumplir.**

En los casos de obligaciones dinerarias es fundamental entender que este tipo de obligaciones no perecen, por lo que la fuerza mayor no exonera su cumplimiento, salvo las precisiones señaladas por la Corte Constitucional en la mencionada sentencia T-520 de 2003, en donde en aplicación del principio de solidaridad, y en aplicación de la protección especial a los deudores del sistema financiero, que por razón de estas deudas se les afecte su mínimo vital y, eventualmente, el derecho fundamental a la vida, se les deban otorgar condiciones especiales como el otorgamiento de periodos de gracia, novar los contratos, prohibición de ejercer cláusulas aceleratorias, no exigir intereses moratorios entre otros.

Luego es claro, e imperativo que, partiendo de lo anterior, se requiere, que se valore de manera correcta y a la luz de la jurisprudencia lo argumentado por el extremo pasivo en el caso de marras de la imposibilidad de pago, como producto de lo acaecido por la pandemia, así también le pido al Honorable Tribunal, en el caso que nos ocupa dar

APLICACIÓN DE LA LEY ESPECIAL SOBRE LA GENERAL, esto es, en la **Ley 546 de 1999**, por la cual se dictan normas en materia de vivienda.

En mérito de lo expuesto, se solicita respetuosamente al H. Tribunal que **REVOQUE**, la decisión en lo atinente a las excepciones **DENEGADAS** y en su lugar **CONFIRME** las excepciones denominadas, **CASO FORTUITO O FUERZA MAYOR – IMPOSIBILIDAD DE HACER EFECTIVA LA CLAUSULA ACELERATORIA** y las probadas parcialmente mediante la sentencia de primera instancia, proferida el pasado 13 de diciembre del 2022, por parte del **JUZGADO OCTAVO CIVIL DEL CIRCUITO DE BUCARAMANGA.**

De los Señores Magistrados, respetuosamente,



SANDRA MILENA ROZO HERNANDEZ

C.C. 60.264.077 de Pamplona

T.P. 121.291 del C.S. de la J.

gerencia@irmsas.com