

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Sustanciador

AUTO INTERLOCUTORIO CIVIL
31 de agosto de 2020

“SE DESCORRE TERMINO PARA NO RECURRENTE”

RAD: 44-001-31-03-001-2017-00063-02. Proceso Verbal – promovido por MÓNICA LISET COLMENARES PÉREZ contra ALMACENES ÉXITO S.A.

Atendiendo lo establecido en el inciso 3° del Artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 del 4 de junio de 2020¹, por medio del cual el Ministerio de Justicia y del Derecho adopta medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que enfrenta el país por la pandemia producida por el Covid – 19, y que de acuerdo con su parte motiva debe ser aplicado tanto a los asuntos en curso como a los nuevos.

¹ Artículo 14. Apelación de sentencias en materia civil y familia. El recurso de apelación contra sentencia en los procesos civiles y de familia, se tramitará así:

(...)

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.

Atendiendo, que mediante estado publicado el día 11 de agosto de 2020, en el cual se admitía el recurso de apelación proferida en primera instancia, el cual vencido el traslado se corrieron 5 días a fin que la parte recurrente sustentara el recurso, realizándolo de forma oportuna, según constancia secretarial del día 25 de agosto de 2020. Escrito que se anexa al presenta auto para conocimiento del no recurrente

En razón de lo anterior, se hace procedente dar aplicación al artículo 14 del decreto 806 de 2020. Así las cosas, el despacho:

RESUELVE:

PRIMERO: CORRER TRASLADO del escrito de sustentación presentada por la parte recurrente por el termino de 5 días contados a partir del día siguiente de la notificación por estado del presente proveído.

En caso de existir pronunciamiento respecto de la sustentación deberá allegarse por escrito, dentro del término señalado, al correo electrónico de la Secretaría de la Sala Civil, Familia, Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Riohacha, La Guajira, stsscflrioha@cendoj.ramajudicial.gov.co.

SEGUNDO: Con el fin de garantizar plenamente el derecho a comparecer al trámite que le asiste a quien se le está corriendo traslado y el de contradicción a su contraparte, comuníquese esta decisión a los números telefónicos y correos electrónicos que de las partes figuren en el expediente, informándoles sobre la ruta que deben seguir para conocer el estado electrónico en el que se está notificando este proveído, dejando las constancias del caso.

TERCERO: Igualmente, infórmeles que el expediente, para su revisión, se encuentra digitalizado y que puede ser consultado siguiendo las indicaciones que la Secretaría brindará al respecto. El canal de comunicación con tal dependencia es el correo electrónico que ya se ha señalado.

CUARTO: PONGASE A DISPOSICIÓN de los apoderados la página web www.tsriohacha.com a través del módulo procesos, encontrará adicional a las providencias proferidas en esta instancia los estados correspondientes, además del proceso digitalizado y los audios de las audiencias surtidas en primera instancia; para obtener clave de acceso comunicarse vía WhatsApp al número 3218503763.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2,
Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28;
Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO
Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

**HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
RIOHACHA- LA GUAJIRA
SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL
DISTINGUIDO MAGISTRADO
JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURT
E.S.D.**

**RADICACIÓN: 44-001-31-03-001-2017-00063-00
DEMANDANTE: MONICA LISET COLMENARES PÉREZ
DEMANDADO: ALMACENES ÉXITO S.A.
ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN**

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA, mayor de edad, abogado en ejercicio, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, actuando como apoderado de la señora **MONICA LISET COLMENARES PEREZ**, persona mayor de edad, con domicilio en la ciudad de Riohacha, en su calidad de parte demandante, de la manera más comedida me permito SUSTENTAR el recurso de apelación en contra de la sentencia de fecha sentencia emitida el día 31 de julio de 2019, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Riohacha dentro del proceso de la referencia.

PETICIÓN

Solicito, respetuosamente, conceder la apelación propuesta contra la providencia mencionada; se proceda a revocarla y en consecuencia se concedan las pretensiones de la demanda.

SUSTENTACIÓN

Constituyen, las razones de nuestra inconformidad las siguientes:

Son tres situaciones la que se expusieron en los reparos para ser sustentadas. La primera que los acuerdos previos, no solo previstos en la oferta, sino en el cúmulo de obligaciones hicieron parte integral del contrato 2015 -1207 celebrado entra la señora MONICA LISET COLMENARES Y ÉXITO S.A.; la segunda que la obligaciones prometidas de las zonas de agua, jardines verticales y las condiciones de la terraza del proyecto VIVA WAJIIRA en Riohacha eran obligaciones contractuales

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

y no precontractuales; y la tercera que con la sentencia de fecha 31 de julio de 2019 que se ataca se vulneraron derechos fundamentales como el debido proceso y acceso a la justicia y legales como el artículo 42 numeral 5° del C. G. del P.

1. LOS ACUERDOS PREVIOS, NO SOLO PREVISTOS EN LA OFERTA, SINO EN EL CÚMULO DE OBLIGACIONES HICIERON PARTE INTEGRAL DEL CONTRATO 2015 -1207 CELEBRADO ENTRE LA SEÑORA MONICA LISET COLMENARES Y ÉXITO S.A

Lo primero que debemos argumentar es que en la sentencia no se tuvo en cuenta, las pruebas documentales obrantes en el proceso y los interrogatorios absueltos, las cuales debieron ser valoradas y tenidos en cuenta por el A-Quo; en relación del porque se hizo ahínco en la etapa preliminar como fundamento del incumplimiento contractual.

Durante la llamada formación progresiva del contrato, las negociaciones preliminares son de utilidad para: la interpretación del contrato que, con base en ellas, se haya firmado; la integración del contrato, con base en la buena fe.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido esta función interpretativa de los tratos preliminares, en los siguientes términos:

*"...es obvio que en caso de aceptación, todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no solo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relieve si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito"*¹.

En este caso se pidió la interpretación del contrato por que, contrario a lo afirma la parte demandada, no fue diseñado bajo el principio de la negociación², todo lo contrario, fue un contrato tipo o con cláusulas

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 12 del 2002, Sala de Casación Civil, exp. núm., 6151, M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

² ..la ética colectiva, aquella que la sociedad ampara y procura hacer efectiva con su aprobación o con su rechazo, le dispensa holgada cobertura al ordenamiento positivo el cual, sin las ataduras impuestas por indoblegables guiones conceptuales, recoge las normas de comportamiento individual exigibles para asegurar una convivencia social justa [...] y un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado "poder de negociación" por parte de

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

predispuestas, en donde la parte débil solo aceptó. Y donde existieron unos anexos – planos- como obligaciones contractuales que no fueron respetados.

El ÉXITO por medio de correo electrónico de fecha 9 de junio de 2015³ envió la carta de vinculación del PROYECTO VIVA WAJIIRA en Riohacha: documento elaborado por esta sociedad, enviado solo para su firma, y como anexos los planos. Luego en el correo de fecha 6 de agosto de 2015 envían el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, elaborado por el mismo ÉXITO anexando los planos; el contrato se firma el 13 de agosto de 2015 cuando el Centro Comercial VIVA WAJIIRA RIOHACHA aun estaba en construcción y sus locales no habían sido terminados, mucho menos entregados y oteados por los clientes en este caso la señora MONICA LISET.

En esta clase de contratos para efectos que se logre la unidad de voluntades, es decir, de varios contratantes del PROYECTO VIVA WAJIIRA, las partes no tienen que agregar más que su firma⁴, además las adiciones o modificaciones que puedan sugerirse y hacerse, no son indispensables para que pueda haber lugar a la estipulación del contrato. Esta afirmación la observamos en la carta de vinculación citada del PROYECTO VIVA WAJIIRA en Riohacha.⁵

Es importante conocer que en este caso las tratativas son importantes para poder desentrañar como dice MESSINEO: el carácter objetivo del contrato que es su letra y el carácter subjetivo que es su espíritu. Por ello

quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación. (La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 19 de octubre de 1994, exp. 3972, M. P.: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS).

³ Visto a folios 38-42 Cuadernos de pruebas

⁴ Declaración de MONICA COLMENARES en audiencia inicial.

⁵ Cláusula 3.3. "El Comerciante firmará el Contrato de Arrendamiento dentro de los 30 días calendario siguientes al envío de dicho documento o manifestará sus observaciones y anotaciones al mismo contrato, que en todo caso no podrán sugerir la modificación de los términos, condiciones y/o declaraciones contenidas en el presente documento, ni objetar variaciones al diseño que no se refieran a las características y especificaciones básicas del Local Comercial, pues tal evento se entenderá como una manifestación de retracto del Comerciante, con las consecuencias previstas en el numeral 3.4.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

en el mismo sentido de la sustentación se hace necesario dejar claro lo siguiente:

La señora MONICA COLMENARES contactó al Grupo éxito para conocer el proyecto y solicitar información del mismo⁶; inicialmente manifestaron el deseo de una burbuja o isla o un local pequeño; se les envió información del tipo de negocio que se quería montar en el Centro Comercial VIVA WAJIIRA en Riohacha, las personas encargadas de la comercialización de los locales solicitaron un portafolio de productos a vender, para así poder estudiar la marca Churros & Cookies y colocarla en un lugar idóneo ya que el Grupo éxito estudiaba la marca y su portafolio de productos para tomar la decisión si se admitía en el proyecto, además para asignarle una ubicación acorde e idónea para la correcta comercialización de sus productos. A partir de ese momento las partes empezaron a intercambiar información via correo electrónico, por parte de la señora MONICA: se le solicitó el envío de la razón social de la marca, documentos, tipo de negocio, productos a comercializar, "Renders", "Planos", etc y por parte del Grupo éxito enviaron información del local disponible para dicho tipo de negocio, la ubicación, planos y renders, etc.. En este punto es importante resaltar que en el correo de fecha 9 de junio⁷ la sociedad ÉXITO manifestó que solo les quedaba disponible era el local 103 – por lo tanto la afirmación de la demandada que la demandante pudo escoger el local no tiene asidero-. Esto se acompasa con la declaración de la señora MONICA⁸: quien manifestó que a ella le dijeron que afuera era lo mejor y que solo le quedaban un local en la terraza del Centro comercial.

Entonces el Grupo Éxito envió toda la información del centro comercial a MÓNICA COLMENARES, por medio de planos, renders arquitectónicos, correos electrónicos y llamadas telefónicas, para que ella pudiera conocer con detalle el proyecto. (Ubicación, medidas del Local Comercial, almacenes ancla, atractivos en zonas comunes, etc) y con esta información suministrada y confiando en la buena fe y seriedad del Grupo Éxito poder tomar una decisión al respecto ya que el Proyecto del centro comercial VIVA WAJIIRA estaba en Construcción; era la única manera que tenía la demandante de conocer el proyecto y tomar una decisión.

⁶ Toda esta situación reposa en los correos allegados al proceso.

⁷ Visible a folio 38-42 cuadernillo de pruebas

⁸ Audiencia inicial.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

Luego de todo este cruce de información: llamadas telefónicas, correos y documentos, MONICA COLMENARES acepta y suscribe el contrato enviado por el éxito, guiándose de toda la información suministrada por el Éxito y los planos anexos al contrato, lo que se conoce como una negocio jurídico "sobre planos", ya que, era la única manera de saber cómo iba a quedar el proyecto, vale decir, que el soporte eran los planos de las preliminares y luego estos se anexaron al contrato. Cuando le entregan el local de inmediato preguntaron por lo llamativo del negocio que era la terraza: jardines verticales, ojo de agua, fuente, acceso de peatones, cerramiento, porque según lo acordado y vistos en los planos, renders, llamadas telefónicas y correos electrónicos preliminares, aportados por el Éxito a mi cliente, y luego en los planos o anexos contractuales, dentro del espejo de agua iban ubicadas la fuente de agua y 3 islas o plazoletas (una para cada local) y en estas plazoletas o islas estarían ubicadas las mesas y sillas para los potenciales clientes, además en la parte frontal del espejo de agua y sus derivados (fuente y plazoletas), estaría ubicado el jardín vertical, todo lo anterior con el fin de darle comodidad y un ambiente fresco y bonito a los clientes, - dichas plazoletas o islas también se puede apreciar perfectamente en el plano anexo al contrato-, , los cuales están en el acervo probatorio, esto no era algo simplemente decorativo, sino que era un mitigador de calor y polvo para los clientes y arrendatarios, en definitiva esto era el aire acondicionado de la parte exterior, por lo tanto era algo de suma importancia para el buen desempeño del negocio y por eso fue diseñado de esta manera por el Éxito y llevado al contrato suscrito; por el hecho que que los arrendatarios contarían con un mitigador de calor y polvo para la conservación de sus insumos y los clientes tendrán un espacio agradable para compartir.

El ÉXITO siempre manifestó que esas condiciones ambientales: necesarias y decorativas, iban - como lo afirmaba JONNY BLISS-. Pasó el tiempo y nunca se vio lo que la parte contratante quería y se habían contemplado en los planos anexo 3# del contrato. El ÉXITO dejó pasar el tiempo y en vez de solucionar la situación se aprovechó de su posición dominante⁹ para que se ejecutara el contrato en condiciones ventajosas para la empresa demandada sin hacer lo que se prometió y desventajosas para la demandante.

Se itera que el ÉXITO nunca se manifestó que esas no eran obligaciones contractuales, que eso no estaba en el contrato, esto lo podemos

⁹ El contratante fuerte impone sus condiciones y el débil queda sometido a toda clase de abusos.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

evidenciar en correo enviado por el señor JOHNNY BLISS ESTRADA el día 4 de enero del 2016, – esta situación solo se planteó en la contestación de esta demanda-. La posición fue tan desventajosa para la demandante que no pudo siquiera arrancar el negocio. La inconformidad se evidenció y se manifestó desde el inicio de la ejecución. El incumplimiento se dio desde que se comenzó a ejecutar.

Como el incumplimiento se dio al comienzo de su ejecución se pidió la resolución de este no importando que fuera de ejecución sucesiva por que no hubo disfrute de esta local, por que las condiciones no fueron las acordadas, y por supuesto las ideales, desde el principio de la operación: *“Si bien en el contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, la terminación no opera sobre el tiempo pasado cuando el contrato ha sido ejecutado regularmente, la resolución judicial por falta de cumplimiento o por incumplimiento imperfecto desde un principio, entraña el aniquilamiento retroactivo del contrato”* ¹⁰

El Grupo Éxito aceptó que se enviaron los renders y planos, pero siempre se excusaron que el diseño tuvo que ser cambiado por la arena o basura que caía en la fuente o que esto generaba crecimiento de mosquitos; la realidad fue que la fuente de agua “nunca se colocó”, tampoco colocaron los tubos hidrosanitarios para los chorros de agua de la misma; el espejo de agua según el plano y renders debía ir hacia abajo (como una piscina) y lo construyeron hacia arriba (como un jardín) y en un correo enviado por el señor JOHNNY BLISS ESTRADA el día 4 de Enero del 2016 (allegado como material probatorio), el cual en palabras textuales dice lo siguiente al respecto *“Los visitantes del centro comercial desafortunadamente no saben darle uso al espacio y es preferible tenerlo sin agua a lleno de basura flotando, no colaboraría a la estética.”*. Tal referencia indica un indicio fuerte de que lo ofrecido si estaba estipulado como obligación contractual, ya que este correo fue enviado mucho tiempo después de la firma del contrato.

Lo fatal en este caso fue la improvisación del ÉXITO, tal afirmación la podemos cotejar en los diseños entregados para la licencia de construcción¹¹ de lo cual se colige que no fue igual a lo comercializado. No sabemos hasta donde se podía modificar, lo que nos interesa es nuestro punto: los tres locales de la terraza externa fueron producto de

¹⁰ Cas., 26 de noviembre de 1935, XLIII,39; 26 de abril de 1952, LXXXII,713) Edgardo Villamil Portilla. Levedad del incumplimiento contractual.

¹¹ Prueba de oficio. PLANO CV-13 (El enviado y el de la licencia). Folios 711 Y 957

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

la improvisación, no pudieron cumplir lo prometido porque fue a toda prisa; se pensó en algo, se ofreció, pero no se pudo construir, y se ampararon en que los diseños podían variar, o que el diseño tuvo que ser cambiado por la arena que caía en la fuente o que generaba crecimiento de mosquitos, como se dijo en sustentaciones anteriores: de ser cierta esta afirmación en la GUAJIRA y en la costa no existirían las piscinas y fuentes de agua, ahora bien, cuando se está ante un negocio jurídico "sobre planos", cualquier modificación debe ser informada ya que estas modificaciones pueden generar perjuicios a la contraparte como fue en el caso que nos ocupa.

Lo que ocurre es que esa variación fue de tal magnitud que perjudicó no solo a los empresarios de churros & cookies sino a los empresarios de los locales continuos que eran los que quedaban en la presencia de la terraza y es así de claro que hasta el momento estos locales están desocupados.

El ÉXITO no solo arrendó un local comercial, en el iba ligado inescindiblemente al mismo PROYECTO VIVA WAJIIRA que se dejaba ver en los renders y luego plasmado en los planos: unos jardines colgantes, un ojo de agua, una fuente, mitigadores del clima y que era llamativo y confortable para los clientes, un acceso peatonal y una terraza como ninguna en la ciudad de Riohacha. No es posible aceptar el criterio de la demandada al decir que solo tenía la obligación del local; como propietaria del proyecto VIVA WAJIIRA, tiene que saber que las clientes arrendatarios o compradores se hacen a estos locales por el ambiente, no por arrendar un local o un cajón, aquí lo que atrae es el proyecto, donde va aparejado la marca, un lugar favorable para desarrollar un negocio, los almacenes anclas, lo bonito del paisaje, el aire acondicionado o para nuestro caso la terraza, lo rico que huele, lo limpio que se ve, la seguridad, lo aseado, donde se puedan conservar los productos y las máquinas de los negocios; que esa es la dinámica del centro comercial, el comerciante paga un alto costo de arrendamiento y administración, pero recibe a cambio beneficios que le puedan garantizar una clientela y esto se llama Costo/Beneficio. O es creíble que si le hubieran dicho, en ese local va ver mucho calor, polvo, ruidos externos, se mete la lluvia, no iba a quedar como mostraban los planos, sin seguridad, sin aseo de vez, que se le van a dañar sus productos y sus máquinas, y de contera se lo hubieran mostrado como iba a quedar finalmente ¿se hubiese realizado ese negocio jurídico?.

Al calificar la buena fe y los deberes accesorios como verdaderas obligaciones, su inobservancia significa un incumplimiento de las

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

obligaciones específicas que pesan sobre las partes y no tan solo el deber genérico de conducta de no dañar a otro. En este contexto, puede señalarse: *"...la responsabilidad contractual deviene cuando el comportamiento del sujeto viola un deber jurídico impuesto por una obligación preexistente, cualquiera sea su fuente generadora. (...)"*¹².

Las situaciones preliminares fueron planteadas e indicadas para el caso de la interpretación del contrato del cual se pide su resolución, y no porque en realidad se haya atisbado una responsabilidad precontractual. Por que en este asunto que esos tratos preliminares trascendieron a la oferta y quedaron arraigados en los anexos del contrato.

En este sentido, para representación del incumplimiento contractual es necesario interpretar el contrato, *"interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio el alcance de su contenido y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final.*

(...)

*El principio general de la buena fe se ha considerado una regla de conducta basada en la necesidad de lealtad, honestidad y coherencia en el comportamiento. Este principio cumple una importante función en la integración de los contratos, pues a las partes se les exigen ciertos deberes de conducta durante las diferentes esferas del negocio, para otorgarle la debida efectividad según la finalidad perseguida"*¹³

Para cada caso en concreto habrá una solución, la Corte Suprema en varias oportunidades ha expresado que la fase precontractual comprende no solamente la oferta, sino también, según el avance de las negociaciones, una serie de relaciones y contactos entre las partes que puede dar origen a una relación vinculante. Esto significa que la Corte ha aceptado que durante las tratativas puede surgir una relación vinculante, donde se aplica el régimen de la responsabilidad contractual, pues existe vínculo obligacional que trasciende al contrato, una relación entre las partes que culmina con la celebración del contrato. Verbi gratia, se pronunció respecto de una acción de grupo instaurada por los adquirentes de un proyecto inmobiliario contra la constructora, por los daños que habrían sufrido como consecuencia de una publicidad que consideraron

¹² Instituciones de Derecho Privado. Obligaciones. Ramón Daniel Pizarro – Carlos Gustavo Vallespinos.

¹³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. - SALA DE CASACIÓN CIVIL. - M. P.- WILLIAM NAMÉN VARGAS. - Referencia: exp. 2001-06915-01.- Bogotá, D.C., siete (7) de febrero de dos mil ocho (2008).

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

engañosa. En dicho pronunciamiento¹⁴, la Corte señaló: "5.2. De otro lado se hace necesario puntualizar, que la "responsabilidad" proveniente de la "publicidad engañosa", sobre los bienes o servicios cuya comercialización se pretenda, debe examinarse en varios momentos, atendiendo los avances que con ella se alcancen en la actividad negocial proyectada y en consideración a los efectos producidos en los estadios que se presentan en su desarrollo.

5.3. Sobre el particular resulta pertinente mencionar:

a) En la etapa de los "tratos preliminares" la controversia se ubica en el ámbito de la "responsabilidad civil precontractual" o "extracontractual" dado que para ese instante no existe, o falta la celebración del "convenio o acuerdo" entre los sujetos con interés o a favor de quien se hace la "propaganda" y quienes como "consumidores" resultan incentivados con la misma para la adquisición de lo ofrecido; b) si se ha celebrado el negocio jurídico genera "acción contractual" y además los efectos de la pluricitada "conducta ilegal", podrían manifestarse hasta el punto de viciar el consentimiento por "error o dolo", en los términos de los supuestos previstos en los artículos 1510, 1511 y 1515 del Código Civil, al igual que en el 900 del Estatuto Mercantil, lo cual habilita como mecanismo adicional de protección al "consumidor", la impugnación de la validez del "contrato", de conformidad con el inciso final del precepto 1741, en armonía con el 1743 *ibidem*, y en su caso, el último aparte de la citada norma comercial; además de la formulación de otras súplicas que jurídicamente sean acumulables."

Es decir, que durante los tratos preliminares el asunto debía ubicarse en el ámbito de la responsabilidad civil precontractual o extracontractual, pues en ese momento no se había celebrado aún el contrato respectivo con los sujetos que actuaron incentivados por la información que se les ofrecía. Pero sigue la sentencia enseñando que, si el contrato se había celebrado efectivamente, la acción que se generaba era entonces una acción de naturaleza contractual.

Se ha indicado al respecto que el principio general de la buena fe ha aumentado su operatividad en el derecho privado al constituirse en generador de deberes accesorios o complementarios del deber de prestación, y en caso de transgresión de los mismos, al tratarse de una violación de un deber específico derivado de una relación concreta entre las partes, ello conduce a una responsabilidad de carácter contractual.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia de 1º de noviembre de 2011. Magistrada Ponente: Ruth Marina Díaz

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

Otro ejemplo palpable se avizoró en la justicia arbitral colombiana, en el caso famoso conocido como *Gilinski-Bancolombia*¹⁵, el Tribunal de Arbitramento resolvió la acción de grupo de los accionistas minoritarios del antiguo Banco de Colombia, en lo que se refiere a la indemnización de perjuicios decretada en favor, exclusivamente, de dichos socios. Y se refiere al cumplimiento de los contratos en virtud del principio general de la buena fe, y a la forma en que en virtud de este principio las partes se obligan, además de las prestaciones principales, a observar una serie de deberes accesorios de conducta que, en caso de que no se cumplan y con ello se causen daños a la otra parte, se incurriría en responsabilidad contractual. En el laudo, el Tribunal analizó el comportamiento del banco demandado en el proceso de capitalización que se había convenido y consideró que no se encontraba ajustado al postulado de la buena fe.

Cierto es que existen ocasiones en que las obligaciones preliminares de este tipo obligan a las partes a que sean cumplidas contractualmente, pero la principal función en el caso bajo estudio era la de interpretación de un contrato diseñado por el contratante fuerte, con anexos tales que evidencia la voluntad de las partes y por las circunstancias en las cuales el contrato se firma, es decir, antes de ser construido, entregado y visto el PROYECTO WAJIIRA y su local, y además de estas tratativas se acordaron circunstancias que fueron llevadas al contrato en forma confusa. En cuanto al querer obligacional contractual de las partes, tan importante que si no fuera por estas obligaciones este contrato no se hubiese celebrado, y con esto se evidencio lo importante y esencial de lo prometido para el reclamo del incumplimiento.

2. SÍ ESTAMOS EN PRESENCIA DE UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL:

La sentenciadora de primera instancia no valoró en debida forma las pruebas documentales y testimoniales arrimadas donde se prueban las

¹⁵ Laudo arbitral *GILINSKY contra BANCOLOMBIA S.A.*, del 16 de mayo de 2006. Árbitros: Dr. JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO, DR. CÉSAR HOYOS Y DR. JORGE SANTOS. Actores: Jaime Gilinski Bacal, Isaac Gilinski Sragowicz, Swain Finance Co, Jacklyn Finance Co, Garbay Isle Investments, Foye Investments, Feldome Worldwide Corp., Early Haven Investments, Colonel County, Caprice Maritime LTD, Bloice Enterprice, Aileen International, Quantum Partners LDC, Quantum Emerging Growth Partners C.V. Y Quantum Endowment Fund N.V. (antes Quantum Fund N.V.) vs Bancolombia S.A., Nicanor Restrepo Santamaria, Fabio Rico Calle, José Alberto Vélez Cadavid, Jorge Londoño Saldarriaga, Ricardo Sierra Moreno, Jorge Vega Uribe y Jaime Alberto Velásquez Botero.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

obligaciones prometidas de las zonas de agua y jardines, cerramiento y que eran obligaciones contractuales y no precontractuales. Esto se encuentra probado en el trasegar procesal. Por medio de correo electrónico de fecha 6 de agosto de 2015¹⁶ el cual fue enviado por el ÉXITO a la demandada el contrato y sus anexos –plano y pagare- para su conocimiento y firma. Ese plano que también fue enviado en la etapa precontractual¹⁷, lo anexan al contrato, esto quiere decir que sí estaba en el contrato las obligaciones como: el espejo, la fuente de agua y las zonas de vegetación y las condiciones de la terraza, y son pruebas fehacientes del incumplimiento contractual; todo cruce de información desde el inicio de la negociación hasta la firma del contrato e inclusive su ejecución fue realizada por correos electrónicos.

Este contrato fue firmado antes de que se hiciera entrega formal del local 103, ya que, el centro comercial aún se encontraba en construcción y ningún arrendatario tenía acceso al mismo en esos momentos y los arrendatarios no tenían manera de saber a ciencia cierta como estaba quedando en realidad el proyecto, por lo tanto, la única manera de conocer el proyecto era por medio de los planos, información suministrada y renders, los cuales están determinados en los anexos del contrato. Insisto que toda la negociación se realizó vía correo electrónicos y llamadas telefónicas, los cuales fueron los medios de intercambio de información y documentos, todo los correos y documentos enviados y recibidos por este medio se encuentran en el acervo probatorio.

Para mayor evidencia que el plano fue enviado y tenido anexo, en la cláusula primera del contrato 2015 -1207 se determina que: **OBJETO: Mediante el presente contrato LA ARRENDADORA concede a EL ARRENDATARIO el uso y goce del Local Comercial N° 103 (en adelante "el Local" o "el Inmueble") que formará parte del Centro Comercial Viva Wajiira, el cual será construido sobre el lote de terreno identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria N° 210-482 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha, ubicado en la calle 15 N° 18-274 de la ciudad de Riohacha. El Local contará con un área aproximada de 22.86 metros cuadrados y se describe provisionalmente en el plano anexo (Anexo N°3).**

¹⁶ Este correo fue allegado dentro de las oportunidades probatorias en el presente proceso y aparece en los folios 64-65-66 del C. Pruebas.

¹⁷ Folios 97 y 421 -422

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

El mismo contrato en la cláusula **Vigésimo Séptima señala: ANEXOS. El presente contrato es suscrito por las partes con los siguientes anexos:** entre otros el anexo #3 es el de los planos. Entonces queda totalmente claro que todo lo prometido en la etapa precontractual también quedo soportado en el contrato; es por este hecho que mi cliente accede a la firma del mismo, ya que, ella siempre se representó que lo pactado y prometido en la etapa precontractual estaba incluido en el contrato.

También la Declaración de la apoderada con facultades para surtir interrogatorio, Dra. ANDREA DEL PILAR ORTIZ PUELLO, en la audiencia inicial – se puede escuchar en recording audio 1:07:16 a 1:08:54 - la apoderada manifiesta que se le compartió a la señora MONICA un documento: plano, en las negociaciones previas y posteriormente para el contrato; es así que la apoderada en esa audiencia aporta un documento y en ese plano no aparecen los jardines verticales, un ojo de agua, una fuente, un acceso peatonal y la terraza prometida. Ese documento aparece a folio 559 del Cuaderno principal, en audiencia inicial se dejó constancia ante el Juez Primero del Circuito de Riohacha que no se podía ser apreciado; tal situación tiene su fundamento en el artículo 203 último inciso del CGP "...; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del interrogatorio y no como documentos."

Pero, peor aún, es que ese plano que exhibio la apoderada SIN TRAZABILIDAD ALGUNA no fue el enviado a la señora MONICA COLMENARES, ni en la etapa precontractual, como tampoco fue el que se anexó al contrato y se nota a simple vista que en el plano suministrado por la apoderada del grupo éxito, en lo correspondiente a la terraza exterior no aparece. La empresa ÉXITO como se afirma y se ha probado siempre actuó de mala fe; sin miramientos se aporta un documento totalmente diferente¹⁸ al que se envió en los correos electrónicos y sin

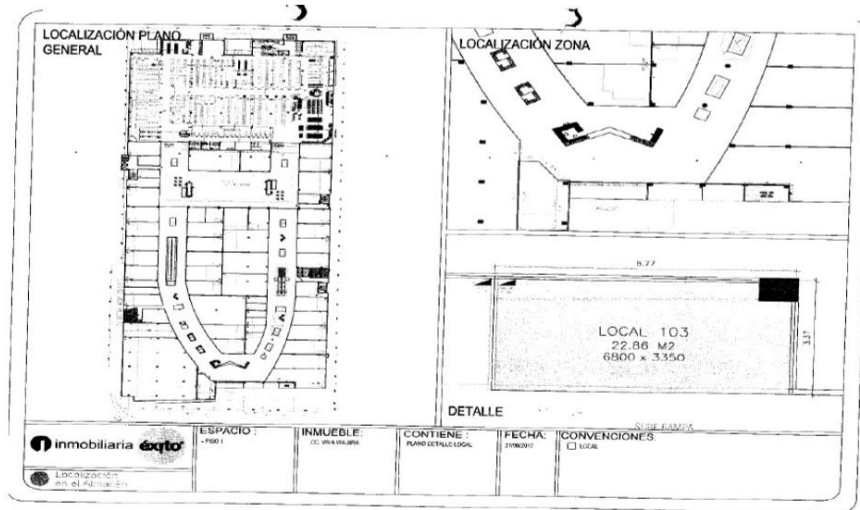
¹⁸ La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que podrían esperarse de una "persona correcta (vir bonus)". Así la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la "confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada"; esta actuación, no se encuentra enmarcada en la bona fides, en cambio, se encuentra impregnada de temeridad y mala fe, puesto que presentó en audiencia un documento o plano mentiroso - no acorde con la verdad, para lograr confusión o error en la percepción del juzgador, al respecto ha esta situación, el Código General del Proceso, en el numeral 1 de su Artículo 79, establece que: "**ARTÍCULO 79. TEMERIDAD O MALA FE.** Se presume que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos: (...) "Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

determinar: la fecha en que fue enviado, por que medio fue enviado, por quien fue enviado, quien lo recibió; hace constar la mala fe que se acusó. Para detallar esta situación plasmamos el documento que aparece al folio 559 del C.P.

Plano suministrado por la Dra. ANDREA DEL PILAR ORTIZ PUELLO – Grupo Éxito.



la demanda, excepción, recurso, oposición o incidente, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.”

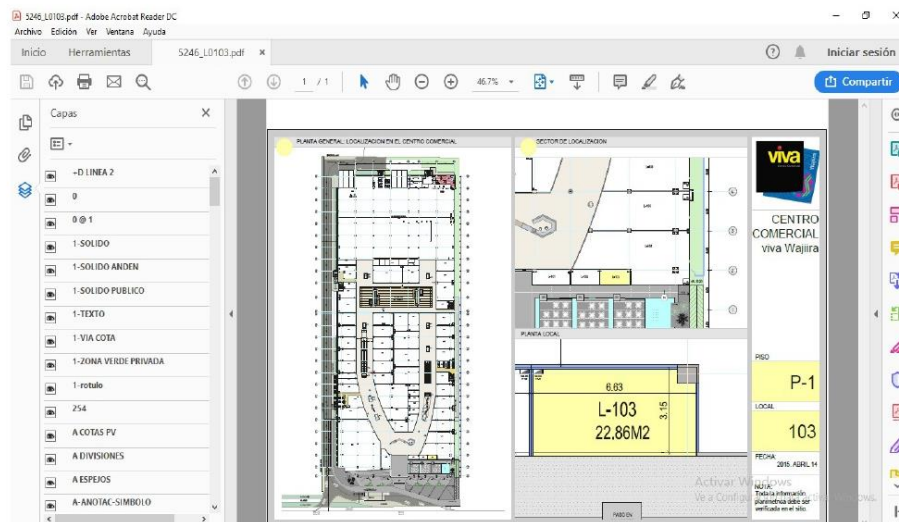
Si la conducta desplegada estuvo enmarcada en lo previsto en la ley 1123 de 2007: **artículo 30.** Constituyen faltas contra la dignidad de la profesión: **#4 Obrar con mala fe en las actividades relacionadas con el ejercicio de la profesión. Artículo 33.** Son faltas contra la recta y leal realización de la justicia y los fines del Estado: **#11. Usar pruebas o poderes falsos, desfigurar, amañar o tergiversar las pruebas o poderes con el propósito de hacerlos valer en actuaciones judiciales o administrativas;** se solicita al Honorable Tribunal se compulsen copias al Consejo Superior de la Judicatura para que se estudie el accionar de la apoderada.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

Ahora bien, el plano que fue entregado en las negociaciones por medio de correo electrónico de fecha 9 de junio de 2015¹⁹ y luego enviado anexo al contrato 2015-1207, por medio de correo electrónico de fecha 6 de agosto de 2015²⁰, para leerlo y detallarlo no hay que ser experto, se especifica claramente la fuente y el espejo de agua y las zonas de jardines; se aprecia a simple vista y para mayor constancia, en ese plano al hacer un acercamiento la palabra "**AGUA**" encima de los puntos hidrosanitarios en donde debió instalarse la fuente de agua; adicional el plano está dividido por capas y "claramente", existe un capa llamada "**AR-CON-AGUA**", que quiere decir "arquitectura con agua" y al desconectar esa capa desaparece el color azul del espejo y fuente de agua de la terraza exterior.

Para que la segunda instancia tenga claridad se muestra el plano tal y como fue enviado en el correo citado y que reposa en el acervo probatorio:




¹⁹ Visto a folios 38-42 Cuadernos de pruebas

²⁰ Este correo fue allegado dentro de las oportunidades probatorias en el presente proceso y aparece en los folios 64-65-66 del C. Pruebas.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

El Grupo éxito se justifica, excepción que acogió la Juez AQUO, diciendo que en el contrato no se incluyen las condiciones físicas y técnicas de las áreas comunes, lo anterior no es de recibo, ya que los planos si estaban anexos al contrato, fueron enviados a mi cliente como se dijo *supra* por medio de correo electrónico el día 06 de Agosto del 2015 – Visto a folios 64-65 Y 66 Co Pruebas-, por el señor ESTEBAN VANEGAS RAVE, en dicho correo se especifica lo siguiente palabras textuales “ **Envío contrato de concesión y/o arrendamiento, pagaré (si aplica), plano y anexo ambiental para el Almacén y/o Centro Comercial que relacionamos a continuación**”. El plano anexo al contrato que le fue enviado a la señora MONICA fue en formato digital PDF, en capas y a todo color.

Como se puede observar en el plano enviado y referenciado por el Grupo éxito a mi cliente, en la parte izquierda del mismo hay un listado con los diferentes elementos que posee el plano y que en diseño arquitectónico se le denominan “Capas”, cada capa o elemento de este listado es un dibujo o elemento del plano y el conjunto o unión de estas capas o elementos hacen el plano en sí, también se observa que al lado izquierdo de cada elemento o capa del listado, esta un pequeño recuadro , este recuadro tiene dentro una figura de un pequeño ojo y esto sirve para activar (Visualizar) o desactivar (ocultar) alguna de los elementos o capas del plano, por lo tanto cuando está visible el símbolo del ojo en el recuadro, quiere decir que el elemento o capa esta activa (visible) y se puede ver el elemento que la conforma dentro del plano, pero al desactivar u ocultar dicha capa o elemento del listado se desaparece el ojo dentro del recuadro y se desactiva (oculta) dicha capa o elemento dentro del plano y por ende desaparece el dibujo que la conforma.

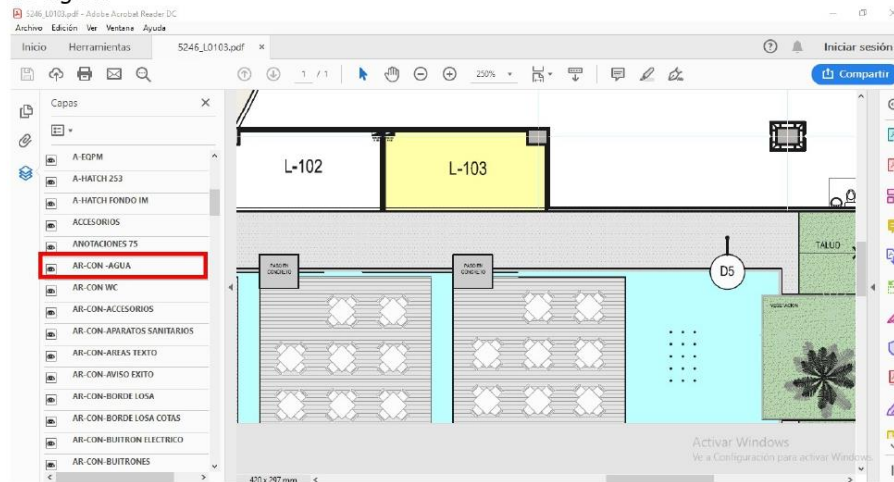
Como se dijo en el listado de elementos que están en el plano, hay un elemento o capa que se llama “AR-CON-AGUA”, que quiere decir “Arquitectura con agua” y si desactivamos u ocultamos esa capa o elemento en el listado a mano derecha, inmediatamente va a desaparecer del plano toda aquella arquitectura que según el diseño estipulado en el plano tiene agua ya sea (fuentes de agua, Espejos de agua, baños, piscinas, etc), en la siguiente imagen se observa que pasa en el plano cuando se visualiza u oculta dicho elemento o capa del listado:

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

Plano con el elemento o capa "AR-CON-AGUA" activada o visible:

En la siguiente imagen podemos observar que el elemento o capa de "AR-CON-AGUA" esta activa (visible) en el plano, ya que en su recuadro a mano izquierda esta el símbolo del ojo activo (visible), ósea que se puede visualizar la arquitectura con agua en el plano, en este caso se visualiza dentro del plano el espejo y fuente de agua, el espejo de agua es todo lo de color azul y la fuente son los puntos que están dentro del espejo de agua en su lado derecho, también observamos la ubicación del local 103 (color amarillo), el cual estaría al frente de dicho espejo y fuente de agua.



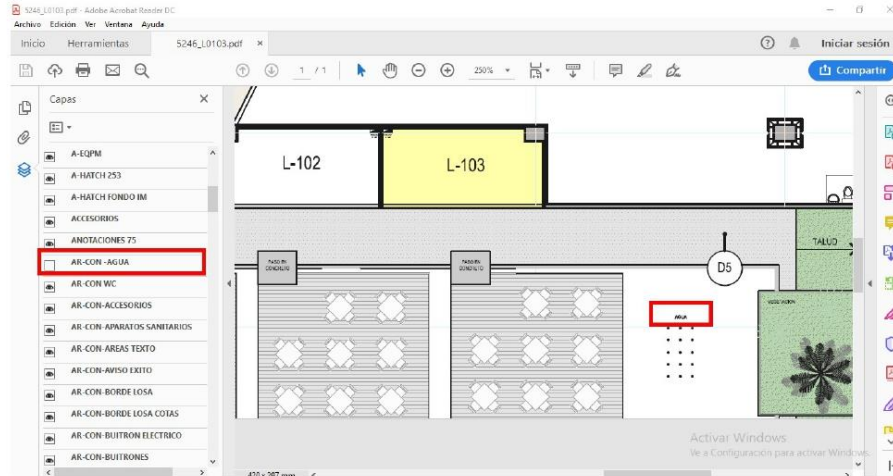
Plano con el elemento o capa "AR-CON-AGUA" Desactivada u oculta:

En la siguiente imagen podemos observar que el elemento o capa de "AR-CON-AGUA" esta desactivada u oculta porque el símbolo del ojo en el recuadro del elemento o capa ya no está activo (visible), ósea que desaparece y esto se hace haciendo click sobre dicho recuadro, se nota claramente que desaparece el agua (color azul) que estaba dentro del espejo de agua, corroborando sin lugar a dudas que efectivamente si se trata de una zona que lleva agua en su interior, lo cual es el "espejo de agua" y además encima de los puntos que simbolizan la fuente de agua

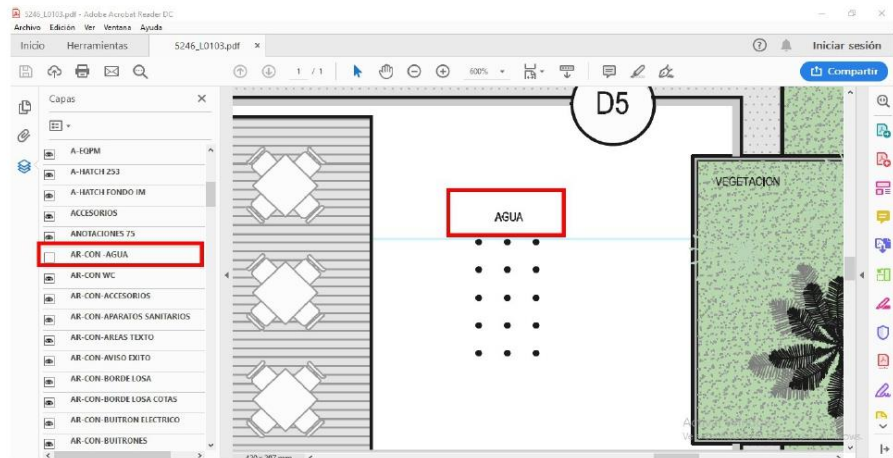
ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

está "claramente" la esta palabra "AGUA", por lo tanto no queda la menor duda que dentro del plano anexo al contrato enviado a mi cliente si estaba contemplado el espejo y fuente de agua.



AHORA AUMENTADO:



ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

Este plano e imágenes recibidas y observadas fueron ratificadas en los testimonios del señor JAVIER BALLESTEROS²¹ en audiencia de instrucción – recording audio 1.24 a 1.26:47 y en adelante-; además del testimonio del señor ORLANDO NAVARRO²² como conocedor de los hechos y con conocimientos en temas relacionados en lectura de renders y planos, asesor de la señora MONICA COLMENARES y del señor JAVIER BALLESTEROS para lectura y realización de renders y planos nos explica y especifica que era lo que habían en esos rendres y planos enviados: *“en ese plano al hacer un acercamiento la palabra **“AGUA”** encima de los puntos hidrosanitarios en donde debió instalarse la fuente de agua, no sabe porque no la construyeron, en el desarrollo del plano está dividido por capas y “claramente”, existe un capa llamada **“AR-CON-AGUA”**, que quiere decir “arquitectura con agua” y al desconectar esa capa desaparece el color azul de la fuente de agua de la terraza exterior. Vale decir, que además del señor JAVIER BALLESTEROS que sabe leer renders y planos, el señor NAVARRO coadyuvo en esta actividad determinando que lo prometido verbalmente se consigno en los renders y en los planos”*. Señor Magistrado este plano fue el anexo al contrato el cual plasmamos anteriormente y que se encuentra reconocido en el proceso; esto fue surtido en audiencia de instrucción – recording audio 2:54 en adelante-.

Después de haber firmado el contrato (estando el centro comercial en construcción), el éxito siguió suministrando información vía correo electrónico sobre estos atractivos de la terraza, como fue reconocido en el proceso - correos enviados por JHONNY BLISS, con esto se evidencia que tales obligaciones si estaban pactadas: la construcción de la fuente y espejo de agua y el jardín vertical, esto con el fin de minimizar el calor y el polvo y no solo estaba pactado y probado con los innumerables correos

²¹ Testigo que sin ser experto pudo observar los mismos planos enviados en la etapa precontractual y los que fueron anexados al contrato.

²² Es un testigo que tuvo conocimiento de los hechos por que asesoró a la señora MONICA LISET, pero también experticia en la lectura de renders y planos arquitectónicos. Este testigo técnico cuenta con las capacidades cognitivas y sensoriales y con un *plus*. La Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 11 de Abril del 2007 los define así: *“El testigo técnico es la persona experta de una determinada ciencia o arte que lo hace especial y que al relatar los hechos por haberlos presenciado se vale de dichos conocimientos especiales”*. Aunque el testigo experto y el testigo “normal” declaran sobre los hechos aprehendidos por los propios sentidos, el experto se diferencia ya que cuenta con cierta experticia en una determinada ciencia, técnica o arte, de la que el segundo carece. *Fue una prueba* pertinencia, conducencia y utilidad para revelar que en esos anexos estaban las obligaciones contractuales que fueron incumplidas.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

electrónicos que aportamos como prueba, sino que también estaba anexo al contrato y lo manifestó la apoderada del ÉXITO en su declaración.

Esta obligación contractual fue tan significativa que fue el motivo para que el ÉXITO, accediera con abuso del derecho²³, para que la señora MONICA pudieran ser trasladada para la parte de arriba – burbuja-, por medio de otro sí, pero cuando ya no era viable su operación. El éxito nunca aportó una sola prueba que desmintiera tal obligación contractual, salvo manifestando en su contestación que no hubo incumplimiento porque no estaba literal y expresamente esa obligación en el contrato, consideración que fue acogida en primera instancia.

La Juez de primera instancia, que no conoció el proceso desde su inicio y que no palpo ni tuvo inmediatez de la prueba, manifiesta que esas obligaciones no están integradas en el contrato y son de naturaleza precontractual; posición esta que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 1603 del C.C., según el cual, los contratos deben ejecutarse de buena fe y, por lo tanto, obligan no solamente a lo que se acordó en forma expresa sino a *"todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella"*. De esta manera, es la misma ley civil colombiana la que regla que el contenido del contrato no se limita a lo pactado en forma expresa por las partes. Estamos en presencia de un negocio jurídico que se realizó en "planos" porque el proyecto no estaba construido, lo que se esperaba del ÉXITO era que fuera fiel al principio de la buena fe y ejecutara sus prestaciones tal y como fueron prometidas antes y después de firmado el contrato.

3. VULNERACIÓN DE DERECHOS COMO EL DEBIDO PROCESO Y ACCESO A LA JUSTICIA Y TRASGRESIÓN DEL ARTÍCULO 42 NUMERAL 5º DEL C. G. P.:

Y si el Despacho, estaba tan seguro de su criterio, debía resolver la problemática de la aplicación de los regímenes de responsabilidades, contractual y extracontractual. En la causa que se presenta las partes celebraron un contrato, que hubo un daño producto de un incumplimiento de obligaciones pactadas por las partes o de los deberes no expresados

²³ Con abuso porque siendo la parte fuerte del contrato nunca liberó a la señora MONICA de su contrato conociendo las condiciones de su operación comercial, donde la ejecución de ese contrato había perdido su razón de ser y la utilidad que se previó al celebrarlo no era la esperada. No solo dolosamente los arrinconaron, sino que los destruyeron financieramente hablando.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

pero sí acordados que se desprenden del principio general de la buena fe, que así como se presenta no era fácil desentrañar si estábamos en frente de una responsabilidad contractual o extracontractual; el juez civil, en este caso, como juez constitucional, es compelido aplicar esta normatividad aplicando la regla *iura novit curia*²⁴.

Es deber del Juez entender la demanda, adecuarla y fallar en plena forma, así no haya instruido el proceso. En este escenario nos encontramos de cara a un incumplimiento, predicado por la falladora de primera instancia, de una parte – la parte demandada- que no pudo demostrar su cumplimiento a otra que fue cumplidora – la demandante-. La decisión no puede ser que sí existió un incumplimiento, pero en sede extracontractual y no contractual; por el cúmulo de circunstancias que se presentan al margen de este contrato no es fácil descifrar tal situación, aunque la juez AQUO se aventuró a decir que era extracontractual sin socavar minuciosamente cada prueba – documental y testimonial- y cada etapa.

Todavía en este momento aseguramos que estamos en un incumplimiento contractual y no precontractual. Pero lo que no puede pasar es que la responsabilidad de la demandada quede en total impunidad; y la reparación del daño a la parte débil queda arropada y desquebrajada por una empresa contundentemente fuerte, que siempre ejerció una conducta sustentada en la mala fe y en una "posición dominante"; lo que la sociedad pide es que estas situaciones sean remediadas y sancionadas por la administración de justicia y no evadirlas, estas conductas irregulares no pueden ser miradas de soslayo por las autoridades decisorias, señor Magistrado, con mucho decoro por la judicatura, el pedimento es que se premie la justicia antes que el formalismo y tecnicismo jurídico.

Para sustentar esta afirmación traemos a colación variados pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia:

"Consideraciones que se encuentra desconocen no sólo el deber que tiene el juez de interpretar la demanda para desentrañar su genuino sentido cuando éste no

²⁴ Siempre que se reclame la reparación del daño mediante una indemnización, debe el Juez interpretar los hechos para aplicar el título jurídico de imputación que más avenga al caso, siendo posible incluso que esté por determinar uno que sea distinto al propuesto en la demanda sin desnaturalizarla. De acuerdo a este aforismo le corresponde al Juez encuadrar de forma precisa la pretensión procesal dentro de la dogmática que sigue nuestra Jurisprudencia nacional, con relación al régimen de imputación jurídica, de donde se colige que su indebida aplicación en la demanda no puede ser impedimento para que, el Juez, lo interprete correctamente y procese la pretensión.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

aparezca de forma clara y de resolver de fondo la controversia puesta a su consideración; sino que además faltan al principio fundamental de que el funcionario judicial es el que define el derecho que debe aplicarse en cada proceso "iura novit curia" y no las partes, así como que el derecho a la impugnación.

2.1. Lo anterior, porque el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad, 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.

En tal sentido, la Corte indicó que, "en razón del postulado "da mihi factum et dabo tibi ius" los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda -la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso-, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial". (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)

De tal manera que cuando una pretensión se soporta en una causa petendi (hechos) que puede encuadrarse en una responsabilidad contractual, el carácter único de la indemnización no puede negarse bajo la excusa de que el actor se equivocó al señalar que escogía la acción de responsabilidad extracontractual, calificación jurídica del instituto que lo regula. Semejante grado de injusticia e inequidad no ha sido jamás defendido por jurista alguno, ni mucho menos podría llegar a ser admitido por la jurisprudencia.

Al respecto, justamente, en la providencia citada por el accionado, la Sala indicó:

"[N]o se trata de restringir o menoscabar las potestades hermenéuticas del juzgador, ni mucho menos que al conjuro de un determinado vocablo utilizado por el actor, quede irremediabilmente ligado a esa expresión. Por el contrario, ya se ha recalcado, y nuevamente se enfatiza, que el juez tiene el deber de desentrañar el verdadero y más equitativo sentido de la demanda, por supuesto, sin distorsionarla, labor en cuya realización puede acontecer que el demandante, descuidada o ambiguamente sitúe su petición en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero al exponer el objeto de su reclamación o la causa para expedir evidencie con nitidez lo contrario, es decir que su pedimento se afinca en la responsabilidad derivada del incumplimiento negocial, pues en esa hipótesis deberá el juzgador emprender el ejercicio intelectual pertinente, enderezado a establecer el genuino sentido de dicho libelo, sin que necesaria e

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

ineludiblemente deba atenerse a la denominación que al desgaire le hubiere imprimido el accionante. Otro tanto ocurrirá en la hipótesis antagónica.

Así pues, la postulación del tipo de acción que rige el caso y la identificación de la correspondiente norma sustancial que ha de tomarse en cuenta para solucionar la controversia jurídica (que presupone necesariamente la interpretación de la demanda), son actos obligatorios que han de realizar los jueces, pues son de su exclusiva competencia, tal como lo ha explicado la doctrina académica y la jurisprudencia de esta Corte».

Entonces se conculca el debido proceso al determinar el objeto de la demanda únicamente sea viable la acción de responsabilidad civil extracontractual o responsabilidad civil contractual. Es deber del Juez analizar de manera conjunta todos los elementos de la demanda para determinar su alcance. Se vulnera el derecho de acceso a la justicia al proferir una sentencia que no definen la situación de una parte porque es de un regimen o de otro.

«(...) en el caso bajo estudio el Juzgador, indicó que la acción incoada era la de responsabilidad civil extracontractual, porque así se había pedido; pese a que, como el mismo juez indicó, la fuente del reclamo fue el presunto incumplimiento de las obligaciones de BBVA de custodiar los dineros que el actor tenía depositados en la cuenta de ahorros, es decir el incumplimiento de las obligaciones de la entidad financiera demandada surgidas del contrato que tenían los extremos del litigio.

Lo que evidencia, que para determinar el objeto de debate, el juez se centró únicamente en la petición o la denominación jurídica que de ésta realizó la parte, sin revisar los fundamentos de hecho que daban cuenta que era otro el tipo de acción incoada, lo que ha dicho la jurisprudencia no es adecuado, pues al determinar el alcance de la demanda debe analizarse de manera conjunta todos sus elementos.

Al respecto, esta Corporación, en sentencia N° 208 de 31 de octubre de 2001, expediente 5906, indicó:

"...el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, `son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia´

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

(Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Si están probados los hechos, anotó en otra ocasión, `incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius´ (G.J. No. 2261 a 2264, pág. 137).

De lo que se colige, que el juez no realizó la interpretación de la demanda, sino que de manera automática y sólo teniendo en cuenta la denominación de la acción que hizo la parte, indicó que era la de responsabilidad extracontractual y por ende, denegaba las pretensiones al ser improcedente la mismas.

Lo que conllevó a que el juzgador no sólo distorsionara el querer de la parte de que se declarara a la entidad financiera civilmente responsable de los perjuicios ocasionados por la sustracción de dineros de su cuenta de ahorros, sino las normas jurídicas a aplicar en el caso y el problema jurídico a resolver que precisamente se circunscribió al cumplimiento las obligaciones por parte de los extremos del litigio.

Incluso, se encuentra, que la demandada tenía tan claro el objeto de la pretensión y la situación fáctica a debatir, que propuso varias excepciones derivadas de la acción de responsabilidad contractual, las cuales ni siquiera fueron analizadas por el juzgador.

En ese orden de ideas, es claro, que con su actuación los Juzgadores de primera y segunda instancia vulneraron los derechos al debido proceso y acceso a la administración de justicia del accionante y de su contraparte en el litigio, pues lo cierto es que prefirieron proferir sentencias que no definieran la situación de partes, afectando su derecho a obtener una tutela jurisdiccional efectiva, en lugar, de cumplir sus deberes de interpretar la demanda y definir el derecho aplicable al caso, así como o resolver la apelación, lo que debe ser objeto de amparo por parte de esta Corporación.

*Sin que sea viable denegar la protección, porque no se alegó expresamente en la apelación la indebida interpretación de la demanda, como lo sostuvo el Tribunal, porque lo cierto es que como se dijo en líneas atrás si se hizo indirectamente, cuando se insistió en el fundamento fáctico que daba cuenta de la existencia de la responsabilidad contractual». **Jurisprudencia relacionada:** Rad: CSJ SC13630-2015, 7 oct. 2015, rad. 2009-00042-01 Rad: CSJ SC071, 16 jul. 2008, rad. 1997-0045.*

Ahora bien, la Honorable sala civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 780-2020, radicación nº 18001-31-03-001-2010-00053-01, proferida el 10 de marzo del 2020, Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ; en esta providencia la Corte hace referencia a la distinción de la acumulación de pretensiones procesales y la prohibición de opción entre acciones sustanciales; el problema de la distinción porque no hay

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

elementos esenciales comunes entre la responsabilidad extracontractual y la contractual; el desencuentro y diferencias entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual; la identificación e interpretación de estos regímenes por parte del Juez, entre otras: *"De la interpretación que hace el juez de la demanda surgen (...) dos cuestiones prácticas: a) una de naturaleza procesal, que exige que el juez se pronuncie sobre las pretensiones y excepciones ejercidas por los litigantes, sin que le sea dable salirse de tales contornos, lo que da origen a cuestiones de indiscutible trascendencia como la acumulación de pretensiones, la litispendencia, la non mutatio libelii, la cosa juzgada o la congruencia de las sentencias con lo pedido, por citar sólo algunas figuras procesales. b) La otra de tipo sustancial, que está referida a la acción (entendida en su significado de derecho material) y no se restringe por las afirmaciones de las partes, sino que corresponde determinarla al sentenciador. Por ello, la congruencia de las sentencias no tiene que verse afectada cuando el funcionario judicial, en virtud del principio da mihi factum et dabo tibi ius, se aparta de los fundamentos jurídicos señalados por el actor". Prosigue la Corte afirmando además que " la interpretación que el juez hace de la demanda con la finalidad de calificar el tipo de acción sustancial que rige el caso, ejerciendo la potestad del iura novit curia para elaborar los enunciados calificativos que orientarán la solución del litigio, es distinta de la interpretación de las pretensiones (en sentido procesal) y de la causa petendi, que servirán para la conformación de los enunciados fácticos, la cual si está limitada por las alegaciones de las partes. Se trata de dos funciones perfectamente diferenciables. Tal es el significado exacto del numeral 5º del artículo 42 del Código General del Proceso, cuando impone al juez el deber-obligación de 'interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto', con la restricción de que 'esta interpretación debe respetar el derecho de contradicción y el principio de congruencia de las sentencias". Para la Corte, la variación de la calificación jurídica de la acción sustancial no transgrede el principio de contradicción siempre y cuando el juez la realice "en un momento procesal posterior a la fijación de los extremos y del objeto del litigio por las partes (...). En cambio, la alteración de la acción sustancial en una etapa posterior o instancia superior podría violar el derecho de contradicción (pero no la congruencia) cuando dicha mutación implica una variación sustancial en el tema de la prueba que incide en la desviación de los elementos estructurales que deben quedar demostrados, de suerte que se cercene a una de las partes su derecho a la prueba y a la parte opositora su derecho de contradicción". Concluye la Corte entonces que "Cuando el demandante se equivoca en el tipo de acción sustancial que*

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO

Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

rige el caso, el juez tiene que adecuar la controversia al instituto jurídico que corresponde, pues esa es una de sus funciones; sin que ello afecte el debido proceso de las partes". En el caso bajo estudio, la demandante, víctima de un accidente de tránsito, reclamaba la indemnización de los perjuicios materiales y morales sufridos, y había calificado su acción como una de responsabilidad civil extracontractual. El hijo de la víctima directa reclamaba a su vez los perjuicios morales por él sufridos consecuentemente al sufrimiento de su madre y había calificado también su acción en contra del transportador como una de responsabilidad civil extracontractual. El juez de primera instancia desestimó las pretensiones de la víctima directa al considerar que en realidad se trataba de una acción de responsabilidad de tipo contractual (por incumplimiento de la obligación contractual de resultado de conducir la pasajera sana y salva a su lugar de destino, originada en el contrato de servicio público de transporte terrestre). El juez negó también las pretensiones del hijo de la víctima directa al considerar que el demandado no tenía ninguna responsabilidad frente a terceros ajenos a la relación contractual. El juez de segunda instancia confirmó dicha decisión. La Corte casa la sentencia recurrida por considerar que ésta violó indirectamente las normas de derecho sustancial que rigen el fondo del asunto, al haber realizado el juez una "interpretación equivocada de la demanda por no identificar el instituto jurídico que rige el caso y por dejar de elaborar el enunciado calificativo que habría de orientar la decisión judicial" (pg. 62). En la sentencia sustitutiva la Corte, luego de estimar que los daños reclamados por los dos accionantes tienen su fuente en un hecho dañino constitutivo de una actividad peligrosa cuya indemnización mezcla elementos tanto de la responsabilidad civil contractual como de la extracontractual, recalifica la acción de la pasajera en una acción de responsabilidad civil contractual y, luego de estimar que todos los elementos de dicho tipo de responsabilidad habían sido debidamente debatidos y probados en la etapa probatoria del proceso, condena al responsable a la indemnización de los perjuicios materiales y morales reclamados por la pasajera. En cuanto a la acción ejercida por el hijo de la víctima directa, la Corte estima que se trata de una acción de responsabilidad extracontractual y, concediendo parcialmente las pretensiones del demandante, condena al responsable a la indemnización del perjuicio moral de aflicción sufrido por aquel.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
ABOGADO
Derecho Civil, Administrativo, Contencioso, Tributario y de los Negocios

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoco como fundamento de derecho en cuanto al procedimiento lo preceptuado por el artículo 322 del CGP.

Atentamente y con mucho respeto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Alvaro Ballesteros". The signature is written in a cursive style and is positioned above a horizontal line.

ALVARO PABLO BALLESTEROS SERPA
C.C. 84.078.998
T.P. 101284 del C. S. de la J.

