

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Ref.: Proceso verbal de María Liliam Rey Moreno contra Edificio Arcos de la 90 PH.

Revisada la actuación se advierte que las cosas en este asunto ocurrieron de la siguiente manera: (i) en auto de 2 de agosto de 2022, la Jueza 46 Civil del Circuito de la ciudad admitió la demanda de impugnación de actas que María Liliam Rey promovió contra el Edificio Arcos de La 90 PH, oportunidad en la que también negó la medida cautelar solicitada¹; (ii) el día 8 siguiente la demandante recurrió en reposición esa última decisión², que le resultó adverso el 31 de agosto pasado³, y (iii) el 6 de septiembre la señora Rey presentó “solicitud de reconsideración” y, en subsidio de apelación⁴: la primera fue rechazada por improcedente, mientras que el segundo se concedió⁵.

Así las cosas, es necesario recordar que, según el inciso 4º del artículo 318 del CGP, “el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior”. Y como la providencia de 31 de agosto de 2022 mantuvo –en su integridad- la proferida el 2 de ese mes y año, que negó el decreto de una medida cautelar, el Tribunal inadmitirá el recurso interpuesto.

Tampoco cabría apelación si se sostuviera que el recurso cuestionó la providencia de 2 de agosto de 2022, puesto que sería extemporáneo, habida

¹ 02ActuacionesJuz46CC, pdf. 02AutoAdmiteDemanda.

² 02ActuacionesJuz46CC, pdf. 03RecursoReposición.

³ 02ActuacionesJuz46CC, pdf. 04AutoResuelveRecurso.

⁴ 02ActuacionesJuz46CC, pdf. 05RecursoReposición.

⁵ 02ActuacionesJuz46CC, pdf. 06AutoConcedeRecursoApelación.

República de Colombia



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

cuenta que no se planteó, cuando menos, en forma subsidiaria dentro de su ejecutoria, como lo disponen los numerales 1, inciso 2, y 2 del artículo 322 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **inadmite** el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 31 de agosto de 2022.

Comuníquese al juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE,

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **b257802b1aab1d689b032f6d3d5dc5418dc80cd48ba50dd9000771a22fca971d**

Documento generado en 19/10/2022 12:23:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

Exp.: 046202200338 01

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RAD. 110013199 001 20129 80785 02

ASUNTO A TRATAR

Se procede a decidir sobre la solicitud formulada por la parte demandante el 6 de septiembre de 2022, insistiendo en que se le dé prelación a la resolución del recurso de apelación formulado contra la sentencia de primera instancia dictada en el proceso de la referencia.

El memorialista planteó lo siguiente:

“Teniendo en cuenta los hechos y circunstancias especiales que se evidencian dentro del presente expediente, es que deberá el despacho tener el mismo con prelación sobre otros similares por estar en riesgo la vida, integridad, libertad, igualdad de los hoy

demandantes, quienes han tenido que seguir habitando con sus familias dentro del Conjunto Residencial Parques de Pontevedra.

En consecuencia, solicito respetuosamente, pasar a la siguiente etapa procesal y pronunciarse como en derecho corresponda, tomando como base el principio de celeridad procesal, y garantizando el derecho al debido proceso y acceso a la administración de justicia, de conformidad a la normatividad vigente y la jurisprudencia de las Altas Cortes.”

CONSIDERACIONES

(i) Lo reclamado por el señor apoderado es la reconsideración de lo decidido en los autos dictados el 2 y el 26 de agosto último. Esas decisiones fueron debidamente notificadas, y no se interpuso recurso alguno contra ellas; además, de la inexistencia de tal medio de impugnación en el ordenamiento procesal civil.

(ii) Los argumentos expuestos por el reclamante no son causa de prelación para el trámite del recurso; pues, aún en el evento de que fuera cierto el riesgo, no hay razón para suponer que aquí las resultas de la impugnación lo favorecerán.

(iii) Al memorialista le debería basta con cumplir la carga de vigilancia del proceso para que se diera cuenta de que ya este asunto fue llevado a sala de decisión en sesiones de 22 de

agosto y 10 de octubre, donde fue sometido a discusión; pero, como es apenas normal en las decisiones colegiadas, el proyecto generó debate y se halla todavía en estudio para realizar los ajustes que sean acordados en la Sala.

Finalmente, con respecto a la providencia del 26 de agosto de 2022, el artículo 121 *ejusdem* establece que el auto mediante el cual se prorroga la instancia no admite recurso alguno; luego, no hay lugar a nuevo pronunciamiento.

LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: No acceder a lo solicitado, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: Ejecutoriado este auto, ingrese el proceso al despacho para lo que en derecho corresponde.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **3649f4addb4f8b1bfb60b5bf06b8c4ab90d16db318c59e965029e06f109c88ac**

Documento generado en 19/10/2022 03:33:22 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
Sala Civil Dual

Bogotá, D. C., diecinueve de octubre de dos mil veintidós

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena.**

Radicado: 11001 31 99 001 **2020 72688** 01
Verbal: Sociedad Linexport S.A. Vs. Sociedad MSS Seidor Colombia S.A.S.
Asunto: **Recurso de Súplica.**
Aprobación: Sala virtual de la fecha. Aviso 40.

Se **rechaza** la súplica subsidiaria interpuesta por la parte demandante contra el auto proferido el 9 de mayo de 2022 por el Magistrado sustanciador, habida cuenta que dicho recurso no es el medio pertinente ni procedente para impugnar la providencia mediante la cual se declara desierta la apelación formulada contra una sentencia.

Al efecto, nótese: *i.* que el artículo 331 Cgp establece que la súplica procede contra los autos proferidos por el Magistrado sustanciador que por su naturaleza serían apelables, y *ii.* que el proveído en el que se declara la deserción de una alzada carece de apelabilidad, pues no se encuentra enlistado como apelable en el canon 321 ib. ni en ninguna otra norma de carácter especial.

Así las cosas, es claro que el legislador no consagró a la apelación como medio ordinario para cuestionar la decisión de declarar desierto un recurso, por lo que la súplica no tiene cabida en este caso -ni de forma principal ni subsidiaria-, y en esa senda, la reposición es el único recurso viable para atacar aquella determinación conforme el inciso 1° del artículo 318 del estatuto procesal, el cual ya fue resuelto.

Finalmente, la Sala Dual pone de presente que la legislación procesal no estableció la posibilidad de que la súplica pueda interponerse de manera subsidiaria a la reposición, en tanto que del inciso 2° del citado artículo

331 se colige que tal medio debe interponerse directamente, y además, esos dos recursos son excluyentes pues la reposición solo procede contra los autos que no tienen súplica (inc. 1º, 318).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE
Los Magistrados,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Rad. 11001 31 99 001 2020 72688 01

Firmado Por:

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

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **28550f6c25cf2bfc7ef42063ccd423b6f5b41dacc46a162aaf987d0726d0414d**

Documento generado en 19/10/2022 12:46:45 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA QUINTA DE DECISIÓN CIVIL

MAGISTRADA PONENTE: ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Bogotá D.C, octubre diecinueve (19) de dos mil veintidós (2022)

Discutido y aprobado en sesión de la misma fecha

(Rad. 002-2020-00053-02)

Se decide el recurso de apelación que interpuso la sociedad Escapology Incubadora de Ideas S.A.S. contra la sentencia de diciembre 16 de 2021 proferida por la Superintendencia de Sociedades en el proceso verbal de Diego Correa Uribe en contra de Álvaro Páez Rodríguez, Grupo de los Seis S.A.S. y la apelante.

I. ANTECEDENTES

1.- Las pretensiones

En la demanda reformada por medio de apoderado judicial, en esencia, se afirmó que Diego Correa Uribe en calidad de accionista de Grupo de los Seis S.A.S. (en adelante G6)¹ solicitó declarar que Álvaro Páez Rodríguez como administrador de G6 entre agosto 8 de 2017 y septiembre 9 de 2020 celebró contratos de mutuo entre aquella y Escapology Incubadora de Ideas S.A.S.- (en lo sucesivo Escapology

¹ G6 fue constituida mediante documento privado de agosto 13 de 2013, tiene por objeto social desarrollar cualquier actividad lícita en Colombia o en el extranjero. Diego Correa Uribe es accionista de G6 con participación del 16.66% del capital suscrito.

S.A.S) en conflicto de intereses, sin previa autorización de la asamblea general. Por tanto, solicitó declarar que tales actos están viciados de nulidad absoluta con fundamento en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009.

En consecuencia, se condene al referido administrador a restituir a G6 los dineros prestados indexados, inhabilitarlo para ejercer el comercio –en subsidio sancionarlo con multa, prohibir a G6 celebrar mutuos con él, con los otros accionistas -en particular Escapology S.A.S. y condenarlo en costas².

2.- Los hechos

Afirma la parte actora que Álvaro Páez Rodríguez, fue designado como administrador de G6 en forma irregular, al ser accionista directo de G6; además, por intermedio de la sociedad Escapology S.A.S. -en la que tiene participación accionaria-, desvió recursos sociales con destino a accionistas -incluido él mismo- mediante operaciones de crédito simuladas o en detrimento del interés de G6.

Relata que con ayuda de Sergio Cifuentes Rojas -representante legal suplente de G6- el señor Páez Rodríguez celebró autocréditos, de Escapology S.A.S. y de otros accionistas de G6 con una tasa de interés presuntivo³ en detrimento del patrimonio societario para evadir el reparto de utilidades.

Asevera que en diligencia judicial de interrogatorio de parte de marzo 13 de 2019 ante el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá el administrador reconoció tales actos; y, en audiencia similar de abril 5 de 2019 el señor Sergio Cifuentes Rojas explicó que el demandado tomó préstamos mensuales sin pagar intereses a G6.

² Archivo digital: 42AnexoAABSubsanaciónReformaDemanda2020-01 518452.pdf.

³ El artículo 35 del Estatuto Tributario refiere sobre el interés presuntivo: “*Las deudas por préstamos en dinero entre las sociedades y los socios generan intereses presuntivos. Para efectos del impuesto sobre la renta, se presume de derecho que todo préstamo en dinero, cualquiera que sea su naturaleza o denominación, que otorguen las sociedades a sus socios o accionistas o estos a la sociedad, genera un rendimiento mínimo anual y proporcional al tiempo de posesión, equivalente a la tasa para DTF vigente a 31 de diciembre del año inmediatamente anterior al gravable*”.

Sostiene que esas decisiones se adoptaron sin autorización o ratificación de la asamblea general de accionistas de G6, lo que infringe la prohibición de conflicto de intereses establecida en el numeral 7° del artículo 23 de la ley 222 de 1995.

Adiciona que esos créditos solo podían autorizarse cuando no perjudiquen los intereses de G6, lo que no ocurrió pues no tenían intereses remuneratorios sino presuntivos, siendo la intención del administrador demandado que dicho ente societario no obtuviera rendimientos.

Añade que los estatutos de G6 prohíben de forma expresa a los administradores -incluido el representante legal- obtener préstamos de la sociedad, restricción ratificada por la asamblea de accionistas según el acta número 5 de la reunión de agosto 8 de 2017.

Resalta que es procedente declarar la nulidad de los contratos de mutuo, la imposición de sanciones al administrador y la instrucción de no suscribir convenios similares a G6 según el decreto 1925 de 2009 modificado por el artículo 2.2.2.3.5 del decreto 1074 de 2015.

3.- Trámite procesal

La Superintendencia de Sociedades en auto de marzo 13 de 2020 admitió la demanda y ordenó la notificación a la parte demandada, diligencia que se surtió por conducta concluyente⁴; los demandados de manera oportuna se opusieron a las pretensiones y formularon medios exceptivos.

En septiembre 9 de 2020 se presentó reforma de la demanda, admitida en auto de 28 de septiembre de 2020. En marzo 9 de 2021 se efectuó la audiencia del artículo 372 del CGP, en diciembre 12 de 2021 el juzgador de primer grado escuchó los alegatos de conclusión y dictó el sentido del fallo que profirió por escrito en los diez días siguientes.

⁴ Auto de agosto 10 de 2020. Archivo 20 tiene Notificados Por Conducta Concluyente, pdf.

4.- La defensa

Los demandados⁵ por intermedio de apoderado judicial alegan que el nombramiento del señor Páez Rodríguez cumplió los requisitos legales, que él ocupó el cargo hasta marzo 29 de 2019, que no es accionista de G6 aunque tiene participación en Escapology S.A.S. lo que era conocido por todos los accionistas de aquella; que G6 se constituyó para ejecutar el proyecto de la sala VIP del Aeropuerto Internacional el Dorado.

Alegan que no hubo perjuicio para G6 porque los créditos se dispusieron para todos los accionistas por igual, en forma proporcional a la participación de cada uno, según se acordó en forma verbal por ellos y se ratificó por la asamblea general en las actas de diciembre 11 de 2018 y marzo 29 de 2019; que el administrador sólo ejecutó la voluntad del máximo órgano social.

Precisan que la asamblea de accionistas era competente para aprobar el reparto de utilidades más no el administrador; que los créditos se pactaron con el interés presuntivo pero ello no es ilegal e incluso es una tasa superior a la de otros productos financieros como CDT'S; que esa tasa no modifica el patrimonio social y resulta irrelevante al momento de repartir utilidades.

Agregan que las pruebas anticipadas referidas en la demanda se practicaron en virtud de la solicitud de otra sociedad -que no es parte en este litigio-, que Escapology S.A.S como accionista de G6 tenía derecho de beneficiarse de los créditos al igual que los otros -incluido el demandante-; en gracia de discusión la Superintendencia de Sociedades ha aceptado la ratificación posterior de los actos conflictuados.

Aceptan que el demandado “*no solicitó autorización alguna para la ejecución de los contratos de mutuo*”, en tanto conocía de la aprobación

⁵ Archivo: 45 AnexoAAA ContestaciónReformaDemanda2020-01-569765.pdf. y archivo 47AnexoAAA ContestaciónReformaDemanda2020-01-569765.pdf.

de todos los accionistas y que estos se ratificaron en asamblea de diciembre 11 de 2018; que si bien las tasas de interés fueron bajas son legales y no aplica la prohibición de los estatutos ante la confirmatoria de la asamblea general.

Proponen las excepciones de mérito que denominaron “*designación legítima del administrador*”, porque en acta 5 de agosto 8 de 2017 la asamblea general con participación del demandante designó al señor Páez Rodríguez como administrador; “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” pues el demandado no es accionista de G6; “*inexistencia del conflicto de interés y la primacía del derecho sustancial sobre la ritualidad*” ya que no hubo ausencia de objetividad acerca de los créditos, cuestión conocida por los accionistas y ratificada por la asamblea; “*mala fe*” porque el actor presidió la reunión en que se nombró al demandado y omitió la ratificación siendo el mismo beneficiario de los créditos; “*inexistencia de perjuicios materiales*” toda vez que los préstamos se reflejan como activos por cobrar, la utilidad no se repartió no por falta de recursos sino por decisión de los accionistas; y “*excepción genérica*”.

5.- La sentencia apelada

La sentencia de diciembre 16 de 2021⁶ declaró que Álvaro Páez Rodríguez fue representante legal principal de G6 entre agosto 16 de 2017 y el 3 de abril de 2019. Declaró la nulidad absoluta del contrato de mutuo de 20 de febrero de 2018 celebrado entre G6 y Escapology S.A.S. con fundamento en el artículo 5 del Decreto 1925 de 2009 (numerales 1 y 2).

Ordenó a Escapology S.A.S. restituir a G6 en los cinco días siguientes a la ejecutoria de la sentencia \$422.122.728 por concepto del capital prestado más los intereses de mora desde el 20 de julio de 2020 hasta la fecha en que se produzca el pago. Restituir a G6 a título de ganancia \$11.975.928 en el mismo término (numerales 3, 4 y 5).

⁶ 174Sentencia2021-01.pdf.

Desestimó las demás pretensiones, no condenó en costas y levantó la medida cautelar decretada en autos (numerales 6, 7 y 8). Para ello, en esencia, expuso las siguientes razones:

A.- Asentó que el numeral 7 del artículo 23 de la Ley 222 de 1995 fundamenta el régimen de conflictos de interés en Colombia y, si bien no existe una definición legal al respecto, la Superintendencia de Sociedades ha conceptuado que tal figura se presenta cuando un sujeto administra dos compañías que contratan entre sí, en tanto debe perseguir el mejor interés de ambas y su objetividad puede perjudicarse en la operación, mencionando algunos pronunciamientos.

Objetividad que se compromete cuando un administrador celebra negocios con compañías en las que tiene la calidad de accionista con participación suficiente para generarle un interés económico, censurándose conductas, como por ejemplo: operaciones celebradas con compañías en las que el pariente o cónyuge del administrador cuentan con un interés económico subjetivo; por ello las decisiones conflictuadas deben ser declaradas nulas si no se surte el procedimiento legal de autorización del máximo órgano social.

B.- Bajo tales premisas advirtió que entre agosto 16 de 2017 a abril 3 de 2019 Álvaro Páez Rodríguez ejerció en forma simultánea la representación legal de G6 y de Escapology S.A.S., según las actas 5 y 8 de la asamblea general de G6, el certificado histórico de los representantes legales y el interrogatorio del señor Páez Rodríguez quien reconoció su participación accionaria en Escapology S.A.S. junto con su esposa y dos hijos -cada uno con un 25%.

C.- Coligió que el contrato de mutuo de febrero 20 de 2018 suscrito entre Sergio Cifuentes Rojas como representante legal suplente de G6 y Álvaro Páez Domínguez en representación de Escapology S.A.S. mediante el cual, la primera prestó a la segunda sociedad

\$700.000.000 configuró conflicto de interés⁷. Porque el señor Páez Rodríguez ejercía de manera simultánea la representación legal de ambas sociedades, y aunque el contrato por G6 lo suscribió el suplente, basta con considerar la posible influencia del principal o *“probables acuerdos privados para que el principal se abstenga de firmar determinado documento sin que por ello desaparezca el fondo de la situación”*.

Y al margen de que según el dicho de los testigos⁸, los accionistas de G6 sabían de la doble condición, -como planteó la defensa- lo cierto es que el numeral 7 del artículo 23 de la ley 222 de 1995 no prevé una autorización tácita para celebrar operaciones conflictuadas, máxime cuando implican riesgo de comprometer la objetividad del administrador, como ocurrió.

Agregó que el conflicto de interés no se desdibuja porque los créditos se otorgaran a los demás accionistas en igualdad de condiciones en tanto Escapology S.A.S. *“se trata de una compañía estrechamente vinculada al representante legal del momento”*.

Señaló que el señor Páez Rodríguez tenía gestión directa de los negocios de G6 pues según las normas mercantiles como representante legal principal tiene amplias facultades de contratación inherentes a ese cargo, las limitaciones son la excepción y requieren pacto expreso inscrito en el registro mercantil.

Por ello consideró que él no podía solo ejecutar las órdenes de la asamblea general sin examinar aspectos como la tasa de interés pactada, la capacidad de pago de los accionistas, las garantías o inobservar las prohibiciones sociales.

⁷ El juzgador de primer grado recordó que obra en el proceso el pagaré en blanco que respalda esa obligación, varios otrosíes donde se modifica el plazo inicial y la prueba pericial que da cuenta de un desembolso total de \$503.875.00.

⁸ Shaffia Mercedes Sánchez Ali, accionista de Grupo de los Seis S.A.S, Gabriel Escobar Montoya, representante legal de GX S.A.S., sociedad accionista de Grupo de los Seis S.A.S., Juan Arbeláez Escallón, anterior representante legal de JCA Reps S.A.S., sociedad accionista de Grupo de los Seis S.A.S. y Sergio Cifuentes Rojas, anterior representante legal suplente de Grupo de los Seis S.A.S. y representante legal de lprimes S.A.S., sociedad accionista de Grupo de los Seis S.A.S.

Denotó la falta de prueba documental sobre el dicho de la parte demandada respecto a que todos los accionistas de G6 decidieron en reuniones informales estructurar los créditos siendo el demandado un mero ejecutor; al contrario, las probanzas muestran un rol activo suyo en cuanto a los créditos con anterioridad a la reunión de la asamblea de diciembre 11 de 2018.

Reseñó que según el testigo Daniel Coca Londoño para la asamblea de marzo 29 de 2019 los créditos ya estaban establecidos *“sin informar cómo se llegó a la tasa de interés presuntivo prevista, sin dar ninguna explicación financiera ni referirse a garantías, sino que, simplemente, se llegó al punto del orden del día para aprobarlo de plano”*; que el señor Páez Rodríguez reconoció que el esquema de préstamos pretendía el beneficio de los accionistas de G6 porque acudir al sector financiero implicaba una tasa más alta del interés presuntivo pactado.

En todo caso, el juzgador de primer grado respecto a Álvaro Páez Rodríguez como persona natural no encontró demostrada la celebración de ningún contrato de mutuo con G6.

D.- Aseveró que el conflicto de interés por la celebración del contrato de mutuo no fue ratificado por la asamblea general de G6 como argumentó la defensa. Porque en reuniones de diciembre 11 de 2018, marzo 29 de 2019 y octubre 21 de 2021 se aprobó un esquema de préstamos en general sin considerar el puntual conflicto de intereses con ocasión de los recursos entregados a Escapology S.A.S.

Adicionó que en esas reuniones no se expuso la información relevante sobre aspectos como la tasa de interés, plan de pagos, etc., y aunque en la última se sometió un potencial conflicto de Álvaro Páez Rodríguez no se explicó en forma detallada el puntual con el contrato de febrero 20 de 2018 entre G6 y Escapology SAS.

Consideró que en ninguna se discutió el desembolso en cuestión ni se analizó si perjudicaba los intereses de G6 y con todo, el artículo 29 de los estatutos sociales prohíbe de manera expresa las operaciones

crediticias como las aquí celebradas, por ello, *“el señor Páez Rodríguez, por interpuesta persona -en este caso una sociedad completamente vinculada a él-, no podía recibir recursos sociales a dicho título”*.

Agregó que el dictamen pericial, su presentación y contradicción, sugieren que los créditos perjudicaron a G6 porque el interés presuntivo es mucho menor al bancario corriente *“que es el que se esperaba recibir”*; que según el perito cuando los recursos salen de la empresa *“y sólo se remunera el 3%, ahí tenemos que entender que estamos en la escala más baja de interés, porque si se remunera sólo la inflación”* sólo se conserva el poder adquisitivo del dinero; mientras que el interés bancario sí genera capital.

Y que los créditos fueron ineficientes pues según los testigos⁹ fueron usados para repartirse los dividendos e implicaron una mayor carga tributaria para G6.

E.- Concluyó que Escapology S.A.S debía restituir a G6 las sumas recibidas descontando los pagos efectuados por capital e intereses, sumas que extrajo del dictamen pericial. Tuvo en cuenta que la deudora pagó \$183.827.860 con cargo a los dividendos por distribución de utilidades.

Para tal fin aplicó el interés bancario corriente a las sumas desembolsadas entre febrero de 2018 y diciembre de 2018 y el interés presuntivo para las demás, porque desde esa última fecha la asamblea general de G6 *“sí autorizó al representante legal para entregar los recursos de la compañía en mutuo a todos los accionistas a un interés presuntivo”*.

Descartó el costo de oportunidad pretendido asociado al interés bancario corriente a título de perjuicios porque este *“únicamente*

⁹ Gabriel Escobar Montoya,76Sergio Cifuentes Rojas77y el mismo Álvaro Páez Rodríguez

puede cobrarse a favor de la compañía” en la acción de responsabilidad de los administradores.

Sin embargo, asentó que el Decreto 1925 permite incluir el reintegro de las ganancias obtenidas con la conducta sancionada, esto es, “*el rédito que obtuvo la respectiva parte contractual con ocasión de las condiciones pactadas ventajosa e ilegítimamente a su favor en el negocio*”, de ahí, coligió que “*Escapology S.A.S. debería reintegrar a Grupo de los Seis S.A.S. el interés bancario corriente que se hubiere causado por todos los recursos recibidos, una vez descontado lo que ya haya pagado por el interés presuntivo pactado, que es menor al bancario corriente*”.

5.- La apelación

Contra la decisión el apoderado de Escapology S.A.S. interpuso recurso de apelación que fue sustentado ante esta Corporación, así:

La parte recurrente no desconoce, de un lado, que para la época del contrato Álvaro Páez Rodríguez ejercía simultáneamente las representaciones legales de G6 y Escapology S.A.S., de otro lado, la celebración del contrato de mutuo.

Sin embargo, cita el artículo 98 del C. de Co., sobre el contrato de sociedad, el 185 ibidem en cuanto a la facultad del administrador de representar en la asamblea a su mandante, para argumentar que Escapology S.A.S. tenía igualdad de derechos que los demás accionistas de G6, y que la concurrencia de ambas calidades “**no supone de forma fatal y automática** el surgimiento de un conflicto de interés”, pues no se probó que el crédito fuera más beneficioso para la compañía mutuaría en relación con los demás accionistas.

Sostiene que no aplican los precedentes citados por la Superintendencia de Sociedades para soportar la decisión por tratarse de supuestos fácticos distintos. Afirma que de los testimonios se puede inferir que los accionistas conocían la doble condición del señor

Páez Rodríguez y así aprobaron el esquema de créditos en igualdad de condiciones para todos ellos.

Enfatiza que no se demostró un riesgo objetivo en la operación en tanto repite que el señor Páez Rodríguez no intervino en los términos del contrato de mutuo, que fueron establecidos por la asamblea general, decisiones de las que, repite, él fue un mero ejecutor. Reitera que el representante suplente de G6 firmó el contrato de mutuo y era él quien debía velar por los intereses de esa compañía.

Critica que el A-quo parte de conjeturas para aseverar una supuesta injerencia del representante principal sobre el suplente, aspecto huérfano de prueba; cuestiona la exigencia de un documento que soporte el acuerdo de los accionistas en relación con la aprobación de los créditos porque es una tarifa probatoria no establecida en la ley, siendo para ello útil cualquier probanza.

Señala que los efectos del conflicto de interés surgen de la esfera subjetiva del administrador. Empero, considera que no se probó tal presupuesto porque el señor Páez Rodríguez no estructuró los créditos, no pactó condiciones más beneficiosas para Escapology S.A.S. en relación con los otros accionistas, ni suscribió el contrato en representación de G6.

Reprocha la presunta vulneración del artículo 29 de los estatutos pues insiste en que la accionista de G6 -Escapology S.A.S.- recibió el dinero mutuado, no el señor Páez Rodríguez, personas distintas en virtud del artículo 98 del C. de Co.

Reclama la falta de prueba de los perjuicios a la sociedad acreedora G6. Recalca que la tasa presuntiva superior a algunos productos financieros y no supuso una evasión al reparto de utilidades como planteó el fallo, que el crédito contó con garantía personal y se garantizó con las utilidades.

Discute sobre la pérdida de oportunidad que *“mal puede hablarse que la compañía dejó de percibir ingresos, por cuenta de la ejecución de los*

créditos” porque asevera que esa tesis partió de un negocio que no se pudo hacer, -la sala VIP del Aeropuerto el Dorado- no por falta de recursos sino por las disputas internas de los accionistas de G6.

II. CONSIDERACIONES

6.- Presupuestos procesales

Sobre los presupuestos procesales no existe reparo por cuanto la competencia radica en el Juez Civil del Circuito y la funcional para la segunda instancia en esta Corporación, los extremos del litigio tienen capacidad procesal para ser parte y la demanda es idónea. Tampoco se observa vicio capaz de invalidar lo actuado.

7.- Análisis de los reparos

7.1.- El marco legal del conflicto de interés

Los administradores de las sociedades mercantiles deben observar los deberes de conducta establecidos por la ley y los estatutos sociales, actuar *con la diligencia de un buen hombre de negocios*”, cumplir el *“interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados”* (artículo 23 ley 222 de 1995).

Entre los deberes específicos impuestos por el legislador al administrador se encuentra el de *“Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros”* en actos *“respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas”* (numeral 7 del artículo 23 de la citada ley)¹⁰.

¹⁰ Según el artículo 1 del decreto 1925 de 2009 -que reglamentó el artículo 23 de la ley 222 de 1995- el administrador que, sin la autorización de la asamblea general, directamente o por interpuesta persona, en interés propio o de terceros, incurra en comportamientos que involucren conflicto de interés está obligado a responder *“solidaria e ilimitadamente”* de los perjuicios que ocasione a los asociados, a la sociedad o a terceros. El artículo 2 establece el procedimiento cuando se advierta el conflicto de interés, refiriendo que el administrador debe convocar a la asamblea general especificando en el orden del día la solicitud de autorización para el acto conflictuado, y en el curso

En palabras de Gil Echeverry el conflicto de intereses “*se produce cuando el administrador es titular de un interés propio o de un tercero, que está en contradicción con el interés social, de forma que la realización de interés del que es portador el administrador implique un perjuicio para el interés social*”¹¹

En ese evento el administrador debe suministrar al máximo órgano social “*toda la información que sea relevante para la toma de la decisión*” de la cual se excluirá su voto si fuere socio; y de cualquier modo “*la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad*”.

La Corte con base en doctrina especializada identifica como elementos del conflicto de interés: “*a) La existencia de una situación antagónica entre intereses diversos. b) Un interés concreto y particular del asociado que puede ser propio o ajeno. c) Un nexo causal entre el interés particular o extrasocietario del asociado y el perjuicio del interés societario. d) El carácter patrimonial de ese interés. e) La irrelevancia de la intención del socio de causar perjuicio a la sociedad*”.

Recapitulando, la citada normatividad impone el deber específico al administrador de abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en actos en los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la asamblea general de accionistas.

7.2.- El caso concreto

7.2.1.- El demandante como accionista de G6 impetró la presente acción con el propósito de recomponer el capital social de ese ente social por la conducta del administrador demandado quien alega que en interés propio y por interpuesta persona suscribió contratos de

de la reunión, brindar la información relevante y suficiente para que se adopte la decisión pertinente, excluyéndose su voto si es socio.

¹¹ Gil Echeverry, Jorge Hernan. La Especial Responsabilidad del Administrador Societario. Legis, 2015, Pág.258

mutuo, incurriendo en conflicto de interés y afectando el interés social de G6.

El juzgador A- quo dispuso la declaratoria de nulidad absoluta del contrato de mutuo de febrero 18 de 2015 que G6 suscribió con Escapology S.A.S., el cual consideró lesivo del deber específico del administrador Álvaro Páez Rodríguez consagrado en el numeral 7° del artículo 23 de la ley 222 de 1995, al no encontrar acreditada la autorización previa del máximo órgano social para tal operación, ni su ratificación.

Por ende, ordenó retrotraer las cosas al estado anterior a la celebración del referido negocio y la restitución de las ganancias obtenidas con la realización de la conducta irregular.

En la sustentación el extremo apelante, en esencia, cuestiona la falta de aplicación de las normas comerciales que separan a la persona natural de la jurídica y que facultan al administrador a actuar en pro de la sociedad que representa. Ataca el fallo por omitir que el señor Páez Rodríguez no suscribió el contrato por G6 -sino el representante suplente- y que aquel no obtuvo ningún beneficio de este en tanto el dinero se entregó a Escapology S.A.S. Subraya que los créditos eran conocidos y aprobados por todos los accionistas siendo una práctica habitual de la cual se beneficiaron todos por igual, y en ese sentido descarta sobre G6 la existencia de un detrimento patrimonial.

7.2.2.- Auscultados los reparos con la sentencia apelada, para la Sala el juzgador de primer grado no incurrió en los yerros referidos, toda vez que se configuraron los presupuestos jurisprudenciales antes enunciados para declarar el conflicto de intereses alegado en la demanda, lo que impone la confirmatoria de la determinación atacada.

En efecto, existió una situación antagónica entre intereses diversos, toda vez que Álvaro Páez Rodríguez obrando en nombre y representación de Escapology S.A.S celebró un préstamo con la sociedad G6, de la que también era representante legal principal,

cuestión que no discute la recurrente. Es decir, en ese negocio confluyeron dos intereses contrapuestos: de un lado, el de la compañía del administrador y su familia, de otro lado, el interés social de G6.

En ese contexto, la firma del contrato de mutuo implicó que el señor Páez Rodríguez debió tomar una decisión sobre aceptar o no unas determinadas condiciones del negocio antagónicas, con independencia de que fueran impuestas por él o por la asamblea general (verbigracia, sobre la tasa de interés o el plazo) que podrían beneficiar a una o a otra compañía dependiendo de la posición contractual; situación que sin duda implicó un riesgo objetivo para ambas sociedades.

7.2.3.- En tal escenario también se evidencia el interés concreto y particular del administrador, tanto propio como ajeno derivado de la participación accionaria del señor Páez Rodríguez, su esposa e hijos en Escapology S.A.S. Al respecto, el memorialista señala que la persona jurídica es distinta de los accionistas individualmente considerados. Argumento que no es de recibo, porque en materia societaria, a más de las reglas de la Ley 222 de 1995, la Circular Básica Jurídica 100-5 del 22 de noviembre de 2017 exige al administrador abstenerse de actuar en situaciones respecto de las cuales se prediquen conflicto de intereses, catalogándose como posibles situaciones conflictuadas, entre otras, cuando ***“un pariente del administrador contrata con la sociedad o tiene un interés económico en la operación”***¹²

Aquí resulta innegable el interés económico propio del administrador y de sus parientes cercanos como accionistas de Escapology S.A.S. en los negocios de esa sociedad. Justamente, aspectos tales como el reintegro de aportes o el pago de utilidades según su participación

¹² A lo que se agrega que los administradores incurren en competencia o conflicto de intereses, cuando la compañía celebra operaciones con *“Los ascendientes, descendientes y hermanos de administrador o del cónyuge del mismo. Los cónyuges de los ascendientes, de los descendientes y de los hermanos del administrador o del cónyuge del mismo”*. Literal H, numeral 3 del capítulo 5.

(artículos 143 a 157 del C. de Co.) son inherentes a las resultados de las operaciones celebradas por el ente ficticio, al margen de los beneficios de la limitación de responsabilidad societaria. En otras palabras, es indiscutible el vínculo entre los accionistas y la persona jurídica, del que nacen derechos de contenido patrimonial para aquellos y la separación entre la sociedad y los accionistas no desdibuja dicho interés patrimonial.

En esa misma línea, el que fuera el representante legal suplente de G6 y firmara el contrato de mutuo no altera el interés patrimonial del señor Páez Rodríguez en el negocio; tampoco lo exime de sus deberes fiduciarios con dicha sociedad, como se plantea en la sustentación. De hecho, el pilar de la actividad gerencial y, en particular, de la administración societaria, se esgrime en el deber general de actuar siempre con lealtad. Siendo ello así, la confusión de los propósitos personales con los empresariales de G6 que aquí se presentó riñe con el fin del adecuado gobierno corporativo.

7.2.4.- Pero, además, hay prueba del nexo causal entre el interés particular del asociado y el perjuicio del interés societario de G6, toda vez que el señor Páez Rodríguez debió obtener la autorización previa para suscribir tal contrato de mutuo conferida por la asamblea general de G6, y como no lo hizo, refulge la infracción al mandato legal -y estatutario- que le impone abstenerse de ejecutar ese tipo de negocios.

Al respecto, la recurrente apunta que los testimonios acreditan el conocimiento previo de todos los accionistas de la simultaneidad de representación de G6, de otro lado, la política de préstamos favorables por parte de la compañía en favor de aquellos.

En ese norte, la Sala reitera que se requería acreditar el cumplimiento del procedimiento establecido en el artículo 2 del Decreto 1925 de 2009 (reglamentario del artículo 23 de la ley 222 de 1995) esto es, que el administrador sometió a consideración de la asamblea general no sólo la celebración del mutuo sino todos los datos relevantes de dicho negocio para brindarle toda la información significativa para la toma

de decisión¹³, manifestando en forma expresa que se encontraba inmerso en el conflicto de interés, a más que debía demostrar el aval del máximo órgano social con el examen puntual de si dicha operación lesionaba el interés de la sociedad G6; lo que no ocurrió.

El que los otros accionistas supieran de la doble condición del administrador o que él tuviese o no poder de decisión frente al préstamo y sus condiciones son factores irrelevantes. Aquí era ineludible acreditar tal exigencia legal con independencia de otros elementos de juicio que la postre la respaldaran. En ese sentido, no hay prueba ni de la aprobación previa al acto ni la refrendación posterior del máximo órgano social, pues las conclusiones del juzgador A-quo frente a ese específico punto no merecen ningún reproche.

Con todo, la vulneración es tan notoria que incluso la prohibición contenida en los estatutos de G6 hace patente el conflicto de interés, en tanto el artículo 29 de los estatutos sociales invistió al representante legal “*de los más amplios poderes para actuar en todas las circunstancias en nombre de la sociedad*” pero le prohibió en forma clara y expresa “***por sí o por interpuesta persona, obtener bajo cualquier forma o modalidad jurídica préstamos por parte de la sociedad (...)***”, con independencia de que los otros accionistas lo aprobaran de manera informal o que ellos pudieran obtener créditos similares, circunstancia que en nada varía el acto transgresor de esa previsión social.

7.2.5.- Bajo ese panorama, es indudable el carácter patrimonial del interés del administrador reflejado en la obtención de un crédito con

¹³ Al respecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que en los negocios jurídicos “*donde media conflicto de interés*” la nulidad absoluta “*radica en la inobservancia de una norma imperativa -num. 7 art. 23 Ley 222/95-, que establece como requisito someter a la consideración del máximo órgano social -asamblea general de accionistas o junta de socios- la solicitud de autorización del acto, proporcionándose por el administrador involucrado, toda la información pertinente que permita adoptar la correspondiente decisión*”. Ello con el propósito de que “*el conflicto de interés no se concrete en un daño para la persona jurídica representada por el administrador; por ello se exige una autorización o permisión cuya obtención es imprescindible de forma antelada a la operación económica, negociación o actuación generadora de la colisión*” -subraya fuera del texto original-. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC5509-2021 Radicación n.º 11001-31-99-002-2016-00315-01. M. P. Dra. Hilda González Neira.

una tasa más baja que la comercial en provecho de la compañía de la que es accionista con su familia, en desmedro de G6¹⁴, siendo intrascendente si tenía la intención de causar un perjuicio, lo que no es un elemento que estructura la conducta infractora.

En este punto, frente a la condena por perjuicios el recurrente se limitó a repetir que la tasa presuntiva es mayor a algunos productos financieros, que las utilidades más las garantías constituyeron “*la garantía última para la sociedad del retorno de capital*” y que la pérdida de capital se soportó en un negocio que no se efectuó por las diferencias entre los socios de G6. Argumentos que no están respaldados como si ocurre con el dictamen aludido.

Sobre esto, recálquese, la mengua patrimonial y su extensión se acreditó con el dictamen pericial y su presentación cuyas conclusiones refieren con claridad que el préstamo a un interés más bajo que el comercial no sólo tuvo efectos tributarios negativos para G6 sino conllevó que esa compañía sólo recibiera por los réditos un valor equivalente a la actualización del valor del crédito, máxime cuando la pérdida de oportunidad analizada por el juzgador A-quo no partió del negocio frustrado aludido por la recurrente sino del el mandato 23 de la ley 222 de 1995 que consecuente a la declaración de nulidad absoluta, conlleva la restitución de las cosas a su estado inicial, lo que incluye el reintegro de las ganancias derivadas de la conducta sancionada.

De ahí que se torne acertado el fallo del sentenciador de primera instancia, toda vez que el contrato de mutuo contravino el deber de lealtad que le asistía al administrador Álvaro Páez Rodríguez con la sociedad G6, lo que conlleva su anulación con las subsecuentes

¹⁴ Ibidem. La Corte señaló que la contienda de intereses contrapuestos causa que uno reclame prevalecer, y por ello afecta el otro; “*de ahí que algunos autores consideren el riesgo real y actual de daño a la sociedad como un presupuesto definidor del conflicto, reclamando que este pueda detectarse a partir de datos objetivos al momento de estimarse la existencia del enfrentamiento del interés propio o ajeno que persigue el administrador y el del ente social*”.

consecuencias a título de restituciones mutuas inherentes a tal declaración.

8.- Así las cosas, no resta otro camino más que confirmar en su integridad el fallo de instancia, con la condigna condena en costas a la parte vencida conforme la regla del artículo 365-1 del CGP.

III. DECISIÓN

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

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de fecha y origen prenotado.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte apelante. La Magistrada Ponente fija como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo mensual vigente.

TERCERO Devolver el expediente al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

MAGISTRADA

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

MAGISTRADO

JAIME CHAVARRO MAHECHA

MAGISTRADO

Firmado Por:

Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **893fda699e07197565986133cba17074935ef109c9e3c4bb832917eb193d5fb3**

Documento generado en 19/10/2022 03:29:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**



SALA CIVIL DE DECISIÓN N. 3

Magistrada Ponente: MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022)
(Decisión discutida en Salas Virtuales del 1, 8, 22, 29 de septiembre
y 6 de octubre de 2022)

Proceso:	Verbal
Radicado:	11001319900320190264902
Demandante:	Consultandes S.A.S. y otro
Demandado:	Acción Sociedad Fiduciaria S.A.
Asunto:	Apelación de sentencia
Decisión:	Confirma

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia¹.

2. ANTECEDENTES

2.1. Consultandes S.A.S. y Kiyosaki S.A.S., por conducto de apoderado judicial, promovieron acción de protección al consumidor financiero contra Acción Sociedad Fiduciaria S.A., para que se declare la existencia del contrato de encargo fiduciario N° 0001100010241 de abril 15 de 2014, constituido con el propósito de vincularse al encargo de preventas del proyecto Marcas Mall,

¹ Asignado por reparto al despacho de la Magistrada Ponente el 4 de octubre de 2021.

y en virtud del cual se entregó la suma de \$499'375.002; así mismo, se declare que no se cumplieron las condiciones pactadas para que los recursos entregados por las demandantes se dispusieran a favor del promotor. En consecuencia, se condene a la sociedad convocada a restituir a cada una de las demandantes la suma de \$249'687.502, más los rendimientos causados en el Fondo Abierto Acción Uno y los intereses moratorios causados desde el 20 de febrero de 2018, data en la que solicitaron la devolución del dinero.

2.2. Como sustento de las pretensiones, relataron los siguientes hechos:

2.2.1. Que, el 15 de abril de 2014, las sociedades demandantes celebraron un contrato de encargo fiduciario con la demandada, con el propósito de vincularse al encargo de preventas del proyecto Marcas Mall denominado "*Contrato Promotor MR-799 Marcas Mall*", suscrito el 17 de diciembre de 2013 entre la fiduciaria demandada y el promotor Urbo Colombia S.A.S., negocio que fue cedido por este último a la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S.

2.2.2. Que, entre el periodo comprendido entre el 24 de junio de 2014 y el 25 de julio de 2016, cada una de las sociedades demandantes aportó al encargo individual la suma de \$249'687.502, mediante instalamentos mensuales.

2.2.3. Que, llegada la fecha establecida en el encargo individual, no se acreditó el cumplimiento de las condiciones de desembolso, por lo que procedía la devolución de los dineros; sin embargo, la fiduciaria omitió el deber de restituir los recursos entregados.

2.2.4. Que, los días 20 de febrero y 27 de marzo de 2018, pidieron la totalidad de los dineros depositados, junto con los rendimientos causados y los intereses de mora, sin que a la fecha se haya efectuado el desembolso.

2.2.5. Que, a pesar de haber presentado reclamación directa el 14 de diciembre de ese mismo año, la demandada no brindó respuesta a la solicitud.

2. ACONTECER PROCESAL

Por auto calendarado 16 de septiembre de 2019, se admitió la demanda y se dispuso la notificación de la parte demandada².

Vinculada al pleito, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. se opuso a las pretensiones de la acción y propuso las excepciones de fondo denominadas “*cláusula compromisoria*”, “*Acción Sociedad Fiduciaria no es contractualmente responsable*”, “*inexistencia del daño*”, “*inexistencia del nexo causal*”, “*error en la identificación del contrato celebrado*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” y “*excepción genérica*”³.

Así mismo, llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A., quien alegó los medios exceptivos de “*inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante*”, “*falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.*”, “*procedencia de la sentencia anticipada, en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración*” y “*excepción genérica*”.

Y respecto del llamamiento en garantía propuso las defensas de “*ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria*”, “*ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquier de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las exclusiones consignadas en los numerales 3.7. y 3.14*”

² Archivo 014.

³ Archivo 038.

de las condiciones generales del seguro”, “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza No. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, “improcedencia de la acumulación de los límites asegurados bajo la póliza N° 1000099”, “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza no. 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional” y “excepción genérica”⁴.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 22 de febrero de 2021, el a quo resolvió:

“PRIMERO: Declarar no probadas ninguna de las excepciones propuestas por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

SEGUNDO: DECLARAR civil y contractualmente responsable a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., en los términos de esta providencia, de los perjuicios causados a las sociedades demandantes CONSULTANDES S.A.S. y KIYOSAKI S.A.S.

En consecuencia, se CONDENAN a ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., a pagar a cada una de las señaladas y que componen la parte demandante dentro del lapso de 15 días contados desde la ejecutoria de la decisión, las sumas de: (i) UN MILLON CUARENTA Y CINCO MIL PESOS SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS CON VENTICUATRO CENTAVOS M/Cte., (\$1.045.739,24), por concepto de rendimientos; y (ii) TRECIENTOS TRECE MILLONES SESENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS CON DIECINUEVE CENTAVOS M/Cte., (\$313.066.887,19.) por concepto de la inversión.

Vencido este período judicial se causarán intereses de mora a la tasa del artículo 884 del C. de Co.

TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones que la llamada en garantía “AUSENCIA DE COBERTURA DE LA PÓLIZA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL NO. 1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A. EN CUANTO SEA APLICABLE CUALQUIER DE LAS EXCLUSIONES DISPUESTAS EN LAS CONDICIONES DEL SEGURO, EN ESPECIAL LAS EXCLUSIONES CONSIGNADAS EN LOS NUMERALES 3.7 Y 3.14 DE LAS CONDICIONES GENERALES DEL

⁴ Archivo 065.

SEGURO” y “SUJECCIÓN A LOS TÉRMINOS, LÍMITES Y CONDICIONES PREVISTOS EN LA SECCIÓN III DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LA PÓLIZA No.1000099 EXPEDIDA POR SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.”.

CUARTO: SIN CONDENAS en costas.

QUINTO: Acción Sociedad Fiduciaria deberá acreditar EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA en un lapso de ocho (8) días posteriores al término otorgado para sufragar la suma a que fuere condenada, para este fin allegue los documentos idóneos que así lo acrediten, so pena de dar paso al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11 del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, el cual de ser el caso se adelantará por vía incidental”.

Para arribar a esa determinación, el funcionario comenzó por analizar los medios de defensa titulados “*cláusula compromisoria*” y “*falta de legitimación en la causa por pasiva*”.

Frente al primero, consideró que debía ser desechado, porque fue alegado “*por una vía improcedente*”, señalando que de acuerdo a lo normado en el numeral 2º del artículo 100 del C.G.P., “*la presunta ausencia de competencia debió alegarse por la vía de la excepción previa, (parágrafo 1º del artículo 90 del CGP), pues de lo contrario, se entiende que aquélla se renunció y con ello se habilita a la jurisdicción ordinaria conocer del asunto*”.

De igual forma, denegó el segundo medio exceptivo indicando que es ineficaz “*la cláusula décima denominada Manifestación Especial del contrato de vinculación que data del 15 de abril de 2014 (...), suscrito para la futura adquisición de los locales 1-064 / 1-6 / MK 1-7, [según el cual] el Inversionista conoce y acepta que la Fiduciaria no es constructora y en ese sentido la exonera de la responsabilidad entre otras cuestiones, de la viabilidad, punto de equilibrio, ejecución y terminación del proyecto junto con los perjuicios que surjan con algún eventual incumplimiento para tenerse como único responsable al Promotor; y en la cual además se indica que en su condición de administradora “...no tiene responsabilidad alguna sobre el desarrollo del proyecto...”*, por cuanto esa estipulación “*fue insertada en el único contrato*

de encargo fiduciario individual celebrado entre la Fiduciaria y la Promotora, sin que en virtud del mismo se hubiere acreditado unas condiciones de negociación por parte del demandante en su condición de adquirente, y sin que aquella hubiera sido objeto de un posterior otro si o de una modificación consensuada entre las partes, por lo que se considera que dicho clausulado era un contrato de adhesión, estipulado de manera previa por la Fiduciaria para la vinculación de todos los adquirentes del proyecto, como es el caso de los aquí demandantes, quienes no tenían la capacidad negocial para discutir y pactar libremente el alcance de dicha cláusula frente a la sociedad de servicios financieros, razón por la cual dicha cláusula se enmarca en lo previsto en el literal a) del artículo 11 de la Ley 1328 de 2009 (...)”.

Precisó que lo reclamado en este asunto no es debatir “*si el promotor cumplió o no con el proyecto, pues lo que se pretende verificar es si la Sociedad Fiduciaria en su condición de administrador fiduciario acató todas y cada una de las obligaciones contractuales y legales que demanda su ejercicio profesional, bajo la arista del contrato de administración en los dos escenarios como atrás se mencionara, el encargo y la fiducia mercantil*”, de allí que la parte demandante está legitimada en la causa para hacer exigible la estipulación establecida a su favor en desarrollo del negocio fiduciario; a su vez, la demandada es la llamada a responder por el actuar de diligencia de administración de los recursos.

Indicó que “*la instrumentalización del negocio fiduciario inmobiliario tenía por finalidad desarrollar el proyecto del centro comercial MARCAS MALL donde convergen dos figuras contractuales para cada una de las dos etapas, el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia mercantil FA-2351*”, contratos que “*deberán ser analizados como coligados y vinculados como un todo en razón a la función económica del mismo*”.

Luego de valorar los medios de prueba recaudados, el a quo concluyó que la sociedad convocada “*(i) incumplió sus obligaciones contractuales desde la estructuración del negocio fiduciario Marcas Mall, es decir desde el momento*

en que se celebrara el Contrato de encargo Fiduciario MR 799 a través del cual se efectuó la etapa de preventas de la relación comercial, al no acatar el deber de diligencia que le era predicable y no desarrollar algún tipo de procedimiento de control interno para revisar las condiciones técnicas, jurídicas y financieras del proyecto (...) (ii) continuó incumpliendo con sus responsabilidades como fiduciario a lo largo del desarrollo y administración del Fideicomiso MARCAS MALL, que fuere receptor de los recursos invertidos entre otros por la sociedad aquí demandante, pues no solo pretermitió información relevante respecto de la vinculación con la parte aquí actora, sino que permitió el giro de los recursos desde los encargos individuales hacia el fideicomiso sin haber realizado la verificación del cumplimiento de las condiciones de punto de equilibrio, además permitió con su actuación que se afectara la liquidez del proyecto, primero a través del pago de los predios con recursos del patrimonio autónomo, y luego a través de la actuación de su representante legal ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO y demás funcionarios de su Sucursal de Cali implicados en administración desleal de los recursos del fideicomiso disponiendo de recursos de este y de otros contratos fiduciarios, que bajo las circunstancias descritas ahondó los problemas de liquidez para el desarrollo del proyecto a tal punto que convirtió a la Fiduciaria en causante de que no se concluyera con la construcción del centro comercial y demás inmuebles del proyecto, afectando de esta forma al consumidor financiero demandante; y (iii) aun con posterioridad a los hechos al parecer fraudulentos ejercidos por sus funcionarios, teniendo en cuenta las pruebas recibidas del proceso policivo tramitado en la inspección correspondiente de la ciudad de Cali, se evidencia que Acción Fiduciaria S.A. no realizó la protección de los bienes fideicomitidos”.

Sostuvo que, al haberse acreditado la responsabilidad contractual de la fiduciaria, resultaba procedente disponer la devolución de las sumas pagadas por las demandantes, así mismo, los rendimientos generados en el Fondo de Inversión Colectiva FIC denominado Acción Uno hasta el 4 de noviembre de 2014, de acuerdo a lo pactado por las partes en el encargo; sumas que se ordenaron con la respectiva indexación.

Por último, negó las pretensiones del llamamiento en garantía, tras advertir que el evento base de la reclamación “*se encuentra expresamente excluido de cobertura conforme lo establecido en la póliza bajo estudio en tanto tal actuar fraudulento ha sido admitido por el asegurado*”⁵.

4. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, con fundamento en los siguientes reproches:

El *a quo* negó la vinculación de “*Promotora Marcas Mall*” y “*Urbanizar*”, aunque fue solicitado por la demandada, quienes “*hacían parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 y del Fideicomiso FA-2351 (...) Pese a dicho error, la Delegatura decidió negar la excepción propuesta (...) y avalar la configuración del contradictorio en desmedro de los deberes que contempla el artículo 132 del CGP*”. Adujo que en la sentencia “*la propia Delegatura reconoció que dicho contrato de encargo fiduciario se encontraba coligado con el contrato de fiducia de administración FA-2351 y el contrato de Encargo Fiduciario individual No. 1100010241; por lo que entonces no se entiende cómo ella podía (sic) decidir sobre un supuesto incumplimiento del mismo sin que todas las partes de esos contratos hubieran participado en este proceso*”.

Alegó la falta de congruencia de la sentencia, con sustento en que “*la Delegatura falló de una manera que no está contemplada ni permitida por la ley y que incluso contraría el ordenamiento: accedió a las pretensiones del demandante con fundamento en hechos que no fueron alegados en el escrito inicial y sobre los cuales no versó la actividad probatoria de ninguna de las partes. Incluso, la Delegatura accedió a las pretensiones cuando en el trascurso del proceso se probó —más allá de toda duda— que los hechos que*

⁵ Archivo 224.

daban lugar a las alegaciones de la demanda eran completamente falsos. Así, por ejemplo, respecto de los hechos sobre los cuales la Delegatura finalmente concluyó la existencia de un supuesto incumplimiento contractual por parte de Acción, ellos jamás fueron alegados por la parte Demandante y nada tuvieron que ver con sus pretensiones -tal y como fueron planteadas en el escrito de la demanda-”.

Refirió que en la actuación administrativa sancionatoria adelantada por esa Superintendencia, con ocasión de los hechos que acontecieron en la sucursal de Cali y el proyecto Marcas Mall, se determinó que el Sistema de Control Interno de la demandada *“sí era adecuado y coherente con el marco normativo vigente”*, por lo que *“no se entiende cómo la Delegatura arribó a una conclusión diferente en la sentencia de primera instancia”*.

Expuso que *“la Delegatura decidió valorar las pruebas de manera individual y aislada, más no de manera sistemática”*; desconoció los interrogatorios de la parte demandante, los cuales *“mostraron que para el propio extremo Demandante [su] representada no incurrió en ninguna falencia según las obligaciones que tenía, siendo en realidad el Promotor del proyecto u otro el realmente responsable de los daños que supuestamente se le generaron”*; además, erró en la valoración del informe de auditoría, porque *“extrajo información que no tiene relación con los hechos de la demanda; como por ejemplo la información de los certificados de garantía. Inclusive, en el mencionado informe, no se hace relación de los recursos aportados por el Demandante, por lo que no se entiende la razón de motivar el fallo en estos apartes del informe”*.

Destacó que *“conforme a la normatividad vigente para el momento de los hechos: (i) Acción no estaba en la obligación legal de definir el punto de equilibrio; (ii) por el contrario, Acción podía o no participar libremente en esa definición; y (iii) la obligación legal de Acción se circunscribía a informar expresa y claramente a sus clientes si ella participaría o no en dicha definición, indicando las condiciones respectivas para el efecto”*. Añadió que *“las*

cláusulas respectivas del encargo fiduciario MR-799 y en el contrato fiduciario FA-2351 en el que se excluyó de manera expresa esa responsabilidad a su cargo sí eran válidas y, por lo tanto, no han debido declararse como ineficaces”.

Aseveró que no se reúnen los elementos de la responsabilidad contractual, en razón a que *“(i) Acción nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles; (ii) Acción nunca actuó a partir de una conducta antijurídica —conforme al grado de diligencia que le era exigible—; (iii) Acción nunca generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la Demandante; y (iv) con base en lo anterior, no existe ningún nexo causal del que se desprenda una responsabilidad para Acción”.*

Adujo que la demandada cumplió con la verificación de los requisitos establecidos para la transferencia de recursos, según consta en la certificación de fecha 4 de noviembre de 2014, y también efectuó la transferencia del inmueble, *“en el lapso de tiempo estipulado en los contratos fiduciarios (15 de diciembre de 2014)”*, aclarando que *“más allá que la fecha del acta de verificación contenga una fecha de transferencia incorrecta, esa inexactitud no afectó el desarrollo del proyecto, por lo que esa falla no es causa del supuesto daño que sufrió el demandante. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la transferencia del inmueble se dio unos días después a la firma del acta”.*

Explicó que en este caso *“no se puede derivar un daño cierto, real o determinado”*, dado que *“al no estar liquidado el fideicomiso Marcas Mall, es imposible determinar si de los activos que posee el proyecto al día de hoy es posible o no retornar los recursos aportados por los diferentes inversionistas”.* Además, *“el hecho que habría generado el supuesto daño del Demandante — si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio y, por ende, bajo las premisas antes explicadas, en ninguna circunstancia [su] representada pudo haber causado el daño alegado”.*

Cuestionó que se hayan negado las pretensiones del llamamiento en garantía, pues *“contrario a lo que concluyó la Delegatura, las declaraciones que hizo la Representante Legal de [su] representada no se configuró como una confesión en los términos que prevé el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general. Basta detenerse en el interrogatorio de parte para constatar que la Representante Legal simplemente señaló que, en su momento, [su] representada tuvo conocimiento de unos hechos que presuntamente serían fraudulentos — sin que, para ese momento y aún hoy, se tenga certeza de ello al no existir una decisión judicial que así lo establezca—, para enseguida ponerlos en conocimiento de las autoridades competentes. Lo anterior, conforme al deber legal de denuncia que tenía Acción”*.

Por otra parte, estimó que *“la exclusión del literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general ha debido omitirse por la Delegatura al momento de decidir las pretensiones del llamamiento en garantía (...) al transgredir una norma imperativa y, por lo tanto, ser por completo ineficaz”*.

5. RÉPLICA

El procurador judicial de la parte demandante solicitó, en síntesis, rechazar los argumentos expuestos por el recurrente, porque algunos no fueron planteados al momento de la interposición del recurso, y otros carecen de fundamento y respaldo probatorio, en consecuencia, manifestó que la decisión de primera instancia debía ser confirmada.

El apoderado de la aseguradora solicitó la confirmación del fallo, en lo relativo a la declaración de ausencia de cobertura de la sección III de la póliza No. 1000099, y pidió que en el evento de acogerse la ineficacia de la exclusión 3.7 de la póliza, se declare que *“las situaciones fácticas que se presentaron al interior del proceso hacen que la conducta dolosa desplegada por Acción*

Sociedad Fiduciaria no pueda ser objeto de cobertura en virtud del Art. 1055 del C. de Co., norma de carácter imperativo”.

6. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

6.1. Competencia

Para desatar la alzada diremos que la Sala es competente al tenor del numeral 2° del artículo 31 del Código General del Proceso, y lo hará bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibídem. Además, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y no se verifica ninguna irregularidad procesal que pueda invalidar lo actuado.

6.2. Problema jurídico

Se circunscribe a determinar si las censuras formuladas oportunamente por el recurrente tienen respaldo legal, jurisprudencial y probatorio para derrumbar el fallo apelado o si por el contrario debe confirmarse por ajustarse a esos tópicos.

6.3. Marco conceptual

Como el presente asunto versa sobre una acción de protección al consumidor financiero, debemos recordar que uno de los principios que rige las relaciones entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas es la debida diligencia, conforme lo preceptuado en el literal a) artículo 3 de la Ley 1328 de 2009, según el cual *“Las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia deben emplear la debida diligencia en el ofrecimiento de sus productos o en la prestación de sus servicios a los consumidores, a fin de que estos reciban la información y/o la atención debida y respetuosa en desarrollo de las relaciones que establezcan con aquellas, y en general, en el desenvolvimiento normal de sus operaciones. En tal sentido,*

las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros deberán desarrollarse de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del consumidor financiero, de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas (...)”.

6.4. Caso concreto

6.4.1. En el *sub examine*, la primera queja que plantea la parte demandada se centra en la falta de integración del contradictorio, con sustento en que el funcionario de primer grado negó la vinculación de “*Promotora Marcas Mall*” y “*Urbanizar S.A.*”, sin tener en cuenta que resultaba necesaria la comparecencia de dichos entes al litigio, por cuanto éstos hicieron parte del contrato de encargo fiduciario MR-799 y del fideicomiso FA-2351.

Al respecto, advierte la Sala que, mediante providencia del 9 de septiembre de 2020, el *a quo* sostuvo que “*el presente asunto se relaciona únicamente con la responsabilidad que pudiera predicarse o no de la Fiduciaria demandada, respecto de la vinculación que se presenta con la sociedad demandante*”, por lo que “*no resulta forzoso integrar el litisconsorcio necesario con ningún sujeto adicional, pues conforme está integrada la Litis en el presente proceso, se observa que con ello resulta suficiente para efectos de poder resolver de fondo el asunto*”⁶.

A través de aquella determinación se definió la controversia relacionada con la conformación del contradictorio, dado que los intervinientes no formularon ningún medio de impugnación contra esa decisión, según da cuenta las piezas obrantes en el expediente.

Pese a lo anterior, vale la pena destacar que, más allá del coligamiento contractual que pueda configurarse en este asunto, lo cierto es que las pretensiones descritas en el libelo introductorio se dirigieron únicamente en

⁶ Archivo 090.

contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., con miras a obtener la restitución de los dineros entregados con ocasión del encargo fiduciario individual N° 0001100010241 del 15 de abril de 2014, de manera que la fiduciaria estaba llamada a enfrentar directamente las pretensiones de la acción, sin que en este trámite resultara imperativo la aplicación de lo establecido en el canon 61 de la codificación procesal vigente, en cuanto a la integración del contradictorio, pues en la demanda ninguna reclamación se hizo frente al promotor en torno a la ejecución del proyecto inmobiliario.

En ese orden, se tiene que el primer cuestionamiento formulado no está llamado a prosperar.

6.4.2. Para resolver la inconformidad relativa a la falta de congruencia del fallo, debe memorarse que al tenor del artículo 281 del Código General del Proceso *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley (...).”*

Ahora bien, en el marco de la acción de protección al consumidor, la ley autoriza expresamente al fallador para que decida *“sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes según lo probado en el proceso, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emit[a] las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir”* (art. 58, núm. 9, Ley 1480 de 2011).

En este caso, se evidencia que la decisión adoptada por la Superintendencia Financiera guarda plena correspondencia con los hechos que sirvieron de soporte a la acción y las pretensiones reclamadas.

En efecto, véase que en la demanda se alegó el incumplimiento contractual de la Fiduciaria convocada, fundado en que omitió su deber de restitución de los dineros entregados, a sabiendas que para la fecha pactada en el encargo

fiduciario no se había acreditado el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de los recursos al promotor. Aspectos que fueron analizados en la sentencia, pues el funcionario procedió a examinar el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que eran exigibles a la demandada, y con soporte en los medios de prueba recaudados, concluyó la estructuración de los elementos de la responsabilidad contractual por la desatención de los deberes adquiridos, entre ellos, el haber permitido el giro de los recursos desde el encargo individual hacia el fideicomiso sin haber verificado el cumplimiento de las condiciones de punto de equilibrio, por consiguiente, ordenó la devolución de los dineros entregados por las demandantes junto con los rendimientos correspondientes, debidamente indexados; determinación que guarda armonía con lo pedido en la demanda.

Por lo anterior, tampoco será acogido el reparo planteado por el censor, al no evidenciarse la supuesta incongruencia que se le atribuye a la decisión.

6.4.3. Con relación a los demás cuestionamientos sobre la responsabilidad civil contractual endilgada a la fiduciaria demandada y la indebida valoración probatoria por parte del funcionario de primer grado, conviene hacer las siguientes precisiones:

Ninguna controversia existe en torno a la celebración del contrato de encargo fiduciario individual N° 0001100010241 del 15 de abril de 2014, entre las sociedades demandantes Consultandes S.A.S. y Kiyosaki S.A.S. con la fiduciaria convocada, cuyo objeto consistió en la administración de los recursos depositados por los inversionistas para ser entregados al promotor del proyecto inmobiliario denominado “*Marcas Mall*”, una vez se cumplieran una serie de condiciones; y que en virtud de dicho negocio las demandantes hicieron pagos por la suma total de \$499’375.005,50⁷.

⁷ Archivo 003 y Archivo “*certificado_aportes10241*” en Carpeta 126.

Conforme a la cláusula primera del contrato, la fiduciaria pondría a disposición del promotor los dineros recaudados, una vez se acreditara y verificara el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- “1. Constancia de la radicación del permiso de ventas, para cada etapa del proyecto, si es del caso;*
- 2. Licencia de urbanismo y construcción vigentes para cada etapa del proyecto;*
- 3. Carta de aprobación o preaprobación de crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto;*
- 4. Haber celebrado un total de contratos de promesas de compraventa con los inversionistas del proyecto que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto;*
- 5. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionistas que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto;*
- 6. Haber suministrado el presupuesto de construcción y el flujo de caja del proyecto debidamente aprobado por el interventor del proyecto y por el promotor;*
- 7. Que los encargos fiduciarios de los inversionistas, cuenten en suma con saldos equivalentes al quince por ciento (15%) del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los inversionistas;*
- 8. Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria”⁸.*

El plazo para la acreditación de los requisitos se fijó para el “veinte (20) de mayo de 2.015, fecha que se podrá prorrogar unilateralmente por el PROMOTOR, por un término de un (1) año más”, según lo pactado en el parágrafo de la cláusula primera del convenio.

En el plenario obra acta de verificación de fecha 4 de noviembre de 2014, suscrita por los representantes legales de Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en la que manifestaron el cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato, en los siguientes términos:

“Dando cumplimiento a lo estipulado en la CLÁUSULA TERCERA del Contrato de Encargo Fiduciario de Preventas Promotor MR-799 MARCAS MALL, la

⁸ Archivo 002.

FIDUCIARIA procedió a verificar la documentación aportada por el PROMOTOR para la ETAPA PISO I y ETAPA PISO II así:

1. No se requiere Constancia de Radicación del Permiso de Ventas para el PROYECTO, toda vez que la destinación del mismo no es de vivienda sino comercial, y en virtud de la legislación vigente para este tipo de proyectos no se requiere dicha constancia.

2. Resolución No. 76001-2-14-021, del 04 de Noviembre de 2014, por medio de la cual se otorga Licencia de Construcción para el desarrollo de dos (2) pisos y un (1) semisótano para el proyecto denominado CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL ubicado en la Carrera 1 No. 59/99 de la ciudad de Cali.

3. Que mediante comunicación de fecha cuatro (04) de noviembre de 2014, la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S., certifican que para el desarrollo del Proyecto CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL, no es necesario el crédito constructor ya que será construida totalmente con recursos generados por la venta de cada una de las unidades inmobiliarias, debidamente suscrita por la Sra. Adriana Aguilón Ramírez, Revisora Fiscal.

4. Que con corte a la presente acta de verificación se han constituido 91 encargos fiduciarios individuales correspondientes al piso I y piso II del proyecto denominado CENTRO COMERCIAL MARCAS MALL, cuyo valor total de venta asciende a la suma de NOVENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS SEIS PESOS M/CTE (\$92.336.645.306.00).

5. Que la sociedad PROMOTORA MARCAS MALL CALI S.A.S. suministró el presupuesto de construcción y el flujo de caja del PROYECTO debidamente aprobado por el INTERVENTOR del PROYECTO y por el PROMOTOR.

6. La sociedad PROMOTORA MARCAS MALL suministró el certificado de tradición del folio de la matrícula inmobiliaria No. 370-695292 correspondiente al LOTE DE TERRENO BAXTER de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali, debidamente registrado a favor del FIDEICOMISO FA-2351 MARCAS MALL cuya vocera y administradora es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.

Se concluye que se cumplieron con las condiciones establecidas en el contrato, por lo tanto la FIDUCIARIA procederá a poner a disposición de dicho fideicomiso los recursos recaudados en la preventa según las instrucciones definidas⁹ (Resaltado del Tribunal).

⁹ Archivo 067.

Ahora bien, al examinar conjuntamente los elementos de juicio adosados al diligenciamiento, observa la Sala que, en efecto, la fiduciaria demandada desatendió las obligaciones que le imponía el contrato de encargo fiduciario, por cuanto no realizó una estricta verificación del cumplimiento de las condiciones pactadas, en particular, la relativa a la transferencia de la propiedad del predio a favor del Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, administrado por la demandada. Véase que, para la fecha en que se materializó la entrega de los recursos al promotor, esto es, 4 de noviembre de 2014, aún no figuraba el fideicomiso como titular del derecho de dominio del inmueble donde se desarrollaría el proyecto inmobiliario, así se desprende del certificado de tradición con folio de matrícula N° 370-695292, donde consta que la escritura pública N° 2845 de 19 de noviembre de 2014, otorgada en la Notaría Once de Cali, sólo fue registrada hasta el 1° de diciembre de 2014 (anotación 11)¹⁰.

En cuanto a la exigencia de la carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgada por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto, se encuentra en el expediente una certificación firmada por el representante legal y la revisora fiscal de Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., en la que manifiestan que el proyecto denominado “*Centro Comercial Marcas Mall*” no requiere crédito constructor, misiva que fue expedida el 12 de noviembre de 2014; es decir, con posterioridad a la suscripción del acta de verificación antes reseñada¹¹.

A partir de lo anterior, se puede afirmar que la información consignada en el acta de verificación no concuerda con la realidad, pues algunos requisitos no estaban reunidos para el momento en que fue firmada, como lo reconoció la representante legal de la sociedad demandada, al absolver el interrogatorio de parte.

¹⁰ Archivo 070.

¹¹ Archivo 066.

Respecto de las condiciones del punto de equilibrio, es importante señalar que si bien es cierto en el encargo fiduciario individual se precisó que las obligaciones contraídas por la convocada “*son de medio y no de resultado*” (cláusula 9), así mismo, que la fiduciaria “*no es constructora, ni interventora y no interviene de ninguna manera en la determinación del punto de equilibrio del proyecto inmobiliario*”, y que “*actúa única y exclusivamente como administradora fiduciaria del encargo*” (cláusula 10); tales estipulaciones no permiten desconocer que el principal compromiso adquirido por la convocada con las demandantes se concretó en “*colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor (...)*” (núm. 2 cláusula 8), labor que no sólo se limitaba a recibir la información suministrada por el promotor, sino además, comprobar y verificar que efectivamente las exigencias para la transferencia de los recursos se encontraban satisfechas, como expresamente se indicó en el inciso 2º de la cláusula primera, y luego de ello, proceder con la entrega de los dineros recaudados. Sin embargo, en este caso ocurrió todo lo contrario, dado que primero se entregaron los recursos, sin estar acreditada la totalidad de los requisitos, entre ellos, la propiedad del inmueble en cabeza del fideicomiso y lo relativo a la aprobación del crédito constructor.

Sobre la responsabilidad de las sociedades fiduciarias, la Corte Suprema de Justicia ha decantado:

“(...) Que el fiduciario asuma obligaciones de medios y solo responda hasta por la culpa leve¹², no es óbice para que, en su condición de profesional en el agenciamiento de negocios ajenos, asuma con especial esmero el primer deber indelegable que le impone el artículo 1234 del Código de Comercio referente a

¹² Código Civil. Artículo 63: (...) Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano. (...) El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

«realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia».

En ese orden, el grado de diligencia exigible a la fiduciaria no es el que un hombre común emplearía ordinariamente en sus negocios propios (art. 63 C.C.), sino el de un «buen hombre de negocios», comoquiera que si la fiducia mercantil siempre involucra la obligación de administrar, ello le impone actuar como un profesional en el ramo bien calificado para el desempeño de su oficio, so pena de incurrir en responsabilidad si actúa de manera negligente y con su acción u omisión genera perjuicios al otro contratante.

Lo dicho, porque si es precisamente por la confianza que ese profesionalismo despierta que el constituyente acuda a la intervención de la fiduciaria para transferirle sus bienes destinados a una específica finalidad, y esa misma confianza en gran medida motiva a otros sujetos a celebrar contratos asociados que los vinculan al fideicomiso, es apenas de esperar que la sociedad especializada honre las cargas que emanan no solo del contrato sino de la ley y del principio de buena fe en cada una de las fases del convenio, desplegando una diligencia extrema encaminada a no defraudar la credibilidad que despertó en los demás contratantes (...).¹³

Además de los compromisos de tipo contractual, la fiduciaria debe cumplir con los deberes legales de información, asesoría, protección de bienes fideicomitidos, lealtad y buena fe, diligencia, profesionalidad y previsión frente al consumidor financiero. Éste último, *“en términos generales, concierne a que el experto tenga la capacidad de advertir con anticipación los riesgos o inconvenientes a los que pueda quedar expuesto el negocio fiduciario, basado en su profesionalismo y experiencia”¹⁴*, para ello, la fiduciaria está obligada a implementar procedimientos de control interno con el propósito de evaluar aspectos tales como:

- “- Que los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones.*
- Que la tradición del inmueble no presente problemas de carácter legal que puedan obstaculizar o impedir el traspaso de la propiedad de las unidades inmobiliarias resultantes a los futuros adquirentes.*
- Que no exista desviación de los recursos obtenidos para la financiación del proyecto.*

¹³ CSJ, Sentencia SC5430-2021 del 7 de diciembre de 2021, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

¹⁴ *Ibídem.*

- Que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto.
- Que se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término, antes de permitir que los constructores dispongan de los recursos de los futuros compradores.
- Que las licencias de construcción y permisos necesarios para el desarrollo de la obra se encuentren acordes con los requerimientos legales pertinentes.
- Que el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto.
- Que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra”¹⁵.

Aunque el apelante afirma que, dentro de la actuación administrativa adelantada por la Superintendencia Financiera, con ocasión de los hechos que acontecieron en el proyecto Marcas Mall, se estableció que el Sistema de Control Interno de la demandada era adecuado y coherente con el marco normativo vigente, debe advertirse que ese planteamiento no logra variar la conclusión a la que se arribó en el presente asunto, porque se trata de actuaciones con finalidades distintas. Recuérdese que las funciones administrativas se relacionan con la inspección, vigilancia y control de entidades que realizan actividades financieras, en tanto que las funciones jurisdiccionales comprenden las controversias suscitadas entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas -atribución conferida por el artículo 116 de la Constitución Política-, de manera que las decisiones que se profieren en uno y otro trámite tienen un alcance diferente que no pueden ser confundidos por el censor.

Así, entonces, resulta indiscutible la responsabilidad en la que incurrió la sociedad convocada, por la inobservancia de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles en su condición de especialista en la gestión de negocios fiduciarios, situación que ocasionó un perjuicio a las demandantes, pues debido a la irregularidad en su actuar se entregaron los recursos al promotor sin haberse cumplido la totalidad de los requisitos contemplados en el contrato celebrado, lo que representa una pérdida de la

¹⁵ Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, numeral 5.2., capítulo I, título V (Circular Externa 007 de 1996, subrogada por la Circular Externa 029 de 2014).

inversión, si se tiene en cuenta que no hay evidencia en el plenario que indique que la parte demandante haya recuperado los recursos entregados; de allí se deduce el nexo de causalidad entre la conducta reprochada y el daño producido. En ese contexto, la demandada debe responder “*hasta de la culpa leve en el cumplimiento de su gestión*”, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1243 del Código de Comercio.

No es de recibo el argumento según el cual no existe un daño cierto al no encontrarse aún liquidado el fideicomiso Marcas Mall, como quiera que está demostrado que el detrimento patrimonial se configuró cuando la fiduciaria puso a disposición del promotor los dineros de manera irregular. Además, no aparece probanza alguna que demuestre que las demandantes hacen parte del trámite de liquidación y que en esa actuación se les haya reconocido el pago de alguna suma de dinero con ocasión de los hechos aquí analizados.

Por lo demás, estima la Sala que la valoración probatoria que hizo el juzgador no merece ningún reproche, pues contrario a lo indicado por el impugnante, la apreciación de los elementos de prueba no se realizó de manera aislada, sino en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conforme a lo dispuesto en el artículo 176 del Código General del Proceso. Además, el ejercicio de interpretación que efectuó el *a quo* frente a cada una de las probanzas luce razonable, al punto que le permitió establecer la responsabilidad de la fiduciaria por el incumplimiento de sus deberes.

6.4.4. En lo que atañe al llamamiento en garantía, sea lo primero resaltar que los reparos presentados por el apelante ante la autoridad de primer grado se concretaron a los siguientes aspectos: “*Considero respetuosamente que el análisis de la delegatura resulta superfluo y atado a un supuesto de hecho que no ha sido probado. Sin perjuicio del débil análisis del llamamiento, la delegatura soslayó el material probatorio aportado por este extremo procesal y solo fundó su decisión en hechos que un (sic) no gozan de certeza. (...) Sin explicación alguna, el Delegado interpreta las declaraciones de la representante legal de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA como una*

confesión, cuando por el contrario lo único que se indicó en el interrogatorio de parte es que mi representada conoció de hechos que serían presuntamente fraudulentos y procedió a dar alerta a las autoridades competentes como indica su deber legal. En ese orden de ideas, resulta claro que el Delegado no elaboró un estudio integrado de todos los elementos fácticos y probatorio para juzgar las conductas procesales de mi representada, sino que, incluso entrando en el terreno de la contradicción, juzga de manera distinta las mismas actuaciones de la demanda dependiendo de las consecuencias jurídicas que intenta aplicar. En suma, el Delegado de manera errada al igual que con el objeto del litigio desnaturalizó el llamamiento y concluyó su fallo con una decisión que no corresponde a lo pretendido y probado en el proceso”¹⁶.

Como puede verse la queja se centró en la indebida valoración probatoria frente a la declaración rendida por la representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria, la cual sirvió de soporte para tener por acreditada la exclusión del seguro, sin que en ningún aparte el inconforme alegara la ineficacia de dicha exclusión. Nótese que sólo al momento de presentar el escrito de sustentación del recurso en esta instancia, afirmó que “*el literal (B) del numeral 3.7 del clausulado general resulta ineficaz*” toda vez que “*no se encuentra incluida en la primera página de la póliza -no aparece ni siquiera consignada en la carátula y solo aparece en la página 6 del clausulado general-*”, de modo que sobre ese planteamiento en particular no es posible realizar ningún pronunciamiento por cuanto ese aspecto no fue objeto de reparo ante el funcionario de primera instancia.

Memórese que el inciso final del artículo 327 del Código General del Proceso establece claramente que “*El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”, carga que no fue observada por el apoderado de la parte demandada, en la medida en que el aludido argumento no fue planteado en su debida oportunidad ante la Superintendencia Financiera.

¹⁶ Archivo 226.

Precisado lo anterior, la Sala procederá a examinar si en el caso concreto se configuró la exclusión prevista en el literal b) del numeral 3.7 del clausulado general de la póliza N° 1000099.

Señala la cláusula en mención para el amparo de responsabilidad civil profesional, que el asegurador no estará obligado a efectuar pago alguno, respecto de *“CUALQUIER **RECLAMO** BASADO U ORIGINADO POR CUALQUIER ACTO, ERROR U OMISIÓN DEBIDO A UNA CONDUCTA DELICTIVA, **CRIMINAL**, DESHONESTA, FRAUDULENTA, MALICIOSA O INTENCIONAL DEL **ASEGURADO** O CUALQUIER VIOLACIÓN DE UNA LEY POR PARTE DEL **ASEGURADO** SIEMPRE QUE: (A) LO ANTERIOR SE HAYA ESTABLECIDO MEDIANTE CUALQUIER SENTENCIA, FALLO U OTRO VEREDICTO EJECUTORIADO DICTADO POR UNA AUTORIDAD COMPETENTE, O (B) CUANDO EL **ASEGURADO** HAYA ADMITIDO DICHAS CONDUCTAS”*¹⁷.

En el interrogatorio de parte se indagó a la representante legal de la convocada si el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014 contenía información falsa, frente a lo cual respondió de manera afirmativa, precisando que ello ocurrió respecto de lo anotado sobre el certificado de tradición y la fecha de la carta referida al crédito constructor. Cuando se le preguntó si la sociedad demandada considera que la existencia de información falsa en un documento es un actuar fraudulento, dijo que sí. Igualmente, le preguntaron si las maniobras fraudulentas realizadas por el señor Álvaro José Salazar en la oficina de Cali, están vinculadas con el proyecto Marcas Mall, contestó que sí, y que varias de las actuaciones que hacen parte de la denuncia tienen que ver con el manejo inusual de recursos del fideicomiso. Explicó que el actuar fraudulento fue desplegado por varios exfuncionarios de la entidad, entre ellos, el señor Álvaro José Salazar, y debido a esos hechos se instauró la denuncia penal ante la autoridad competente con el fin de que se investigara las

¹⁷ Archivo 074, pág. 6.

irregularidades encontradas en la administración del fideicomiso del proyecto Marcas Mall, inconsistencias que dieron lugar a la reclamación del seguro (archivo 101, audiencia min. 41:20).

La existencia de la conducta fraudulenta no sólo fue admitida por la fiduciaria en la reseñada declaración, sino además consta en el “*acta de verificación*” de fecha 4 de noviembre de 2014, ya mencionada, pues en ese documento suscrito por el señor Álvaro José Salazar Romero, como representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y Fernando Amorocho, en calidad de representante legal de Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., se dejó constancia del cumplimiento de las condiciones establecidas en el contrato, cuando en realidad no estaba acreditada para esa fecha la propiedad del inmueble en cabeza del fideicomiso, ni se había expedido en esa data la certificación de la revisora fiscal, como se explicó en párrafos precedentes.

En el expediente también obra la denuncia penal y su respectiva ampliación instaurada por la sociedad demandada ante la Fiscalía General de la Nación, por los presuntos delitos de concierto para delinquir, hurto agravado, falsedad en documento privado, transferencia no consentida de activos, destrucción, supresión y ocultamiento de documento privado, administración desleal, estafa y peculado por apropiación a favor de terceros, en contra del señor Álvaro José Salazar Romero, en su condición de representante legal y gerente de la oficina ubicada en la ciudad de Cali, y otras personas, por los siguientes hechos:

“5. SUSTRACCIÓN DE RECURSOS DE ENCARGOS FIDUCIARIOS DE PROPIEDAD DE FIDEICOMISOS DELITOS COMETIDOS POR ALVARO JOSÉ SALAZAR ROMERO CC No. 94.501.791 EX REPRESENTANTE LEGAL Y EXGERENTE OFICINA CALI, JOSE EDUARDO CORTES GONZALEZ CC No. 1.143.826.599 SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO Y OPERATIVO, KATHERINE LIZCANO OVALLE CC No. 1.144.139.317. ANALISTA DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS Y CATHERINE VALLEJO GIRALDO CC 1.130.638.409 ADMINISTRADOR DE NEGOCIOS FIDUCIARIOS Respecto a FIDEICOMISO FA- 2351 MARCAS MALL

El fideicomiso FA-2351 Marcas Mall es un fideicomiso a través del cual se administran los recursos para el desarrolla un proyecto inmobiliario, que consiste en un centro comercial en la ciudad de Cali. Por lo anterior, el giro normal de los recursos en este fideicomiso es el cumplimiento de las órdenes o instrucciones

por parte del Fideicomitente Constructor o Desarrollador que es la persona a cargo del desarrollo y construcción del proyecto inmobiliario. Este fideicomiso tiene unas funciones específicas que se han desarrollado a través de tres (03) documentos que se anexan a la presente denuncia, donde efectivamente se dan INSTRUCCIONES CLARAS Y PRECISAS sobre la forma como ACCIÓN FIDUCIARIA debe administrar el encargo fiduciario, de conformidad con la cláusula novena del contrato de fiducia (otro sí 3) (ANEXO 62 DIGITALIZADO) que se adjunta a este escrito, no se advierte que exista instrucciones para realizar TRASLADOS DE DINERO a través de transferencias electrónicas a NINGUN OTRO FIDEICOMISO, máximo cuando se trata de un Encargo Fiduciario cuyo objetivo es la Administración de Recursos para desarrollar un proyecto inmobiliario. Como se especificó anteriormente, lo que se hace es como se ha evidenciado hace una especie de “CARRUSEL” de traslados de un Fideicomiso a otro para darle apariencia de liquidez con ingresos INUSUALES de dinero a través de transferencias, al igual que Pagos a Terceros que no tienen absolutamente nada que ver ni con el objeto del fideicomiso, ni fueron autorizados por el fideicomitente o los beneficiarios. Se observa el actuar ilícito de estas personas.

En el fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, como se detalla a continuación, se detectaron tanto egresos como ingresos que no corresponden con el giro ordinario del negocio, teniendo en cuenta que existen giros hacia otros fideicomisos y terceros que no tienen relación con el proyecto inmobiliario.

(...)

De lo anterior se concluye, que en el Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall, existe un faltante el (sic) dinero por la suma de:

FALTANTE IDENTIFICADO	\$ 16,775,662,951
------------------------------	--------------------------

Todas estas operaciones eran autorizadas y aprobadas por los mismos funcionarios de ACCION FIDUCIARIA, como puede observarse al ANEXO No. 44 DIGITALIZADO, donde se identifican una a una las operaciones y quienes las autorizan”.

Igualmente, se incorporó al plenario la reclamación presentada por la convocada ante la aseguradora en la que solicitó el pago de la indemnización “con ocasión de los fraudes soportados en las oficinas de Cali con la participación de empleados y afectación de fideicomisos a cargo de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.” Y en virtud de ello, se realizó el pago por la suma de \$14.595.197.850, afectándose el amparo de infidelidad -Sección I de la póliza N° 1000099-, según la certificación aportada por la aseguradora¹⁸.

¹⁸ Archivo 129.

Los anteriores medios de convicción revelan que la sociedad demandada sí reconoció la comisión de los actos fraudulentos, derivados del manejo irregular de los recursos de varios fideicomisos, entre ellos, el que es objeto de este litigio, hecho que ahora no puede ser desconocido por el inconforme.

Y si bien no se acreditó la existencia de un fallo judicial que declare la comisión de los delitos denunciados, lo cierto es que en este caso se alegó la configuración de la exclusión pactada en el literal (b), que sólo exige que el asegurado haya admitido dichas conductas, y no la contenida en el literal (a), evento en el que sí se requiere acreditar la existencia de una sentencia ejecutoriada dictada por una autoridad competente.

De manera reciente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar promovido en contra de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., precisó lo siguiente:

“Ahora bien, teniendo en cuenta que la exclusión 3.7 admitida por el a quo requiere que tales conductas hayan sido admitidas por el asegurado (literal B), encuentra la Sala que tampoco erró el juzgador de primer grado al encontrar configurada la exclusión.

Sea lo primero resaltar que admitir no significa tolerar, prohijar, favorecer o avalar tales conductas incorrectas, simboliza simplemente reconocer su existencia. En ese sentido, encuentra la Sala que la admisión de tales conductas se desprende de varios medios de prueba, como se verá a continuación.

(...)

Según el certificado de existencia y representación de la compañía, Laura Yasmín López García fungía como representante legal con facultades judiciales y administrativas y, por ende, tenía plena capacidad para rendir el interrogatorio de parte, en el que aceptó las maniobras fraudulentas del gerente de la oficina de Cali que determinaron la administración indebida del negocio fiduciario y el incumplimiento contractual declarado en este proceso. Habiendo rendido su declaración de forma consciente y libre en la audiencia inicial, se encuentra que sus afirmaciones versan sobre hechos respecto de los que, por su calidad, tenía o debía tener conocimiento y que evidentemente producen consecuencias jurídicas adversas a la fiduciaria. Además, se trata de hechos que no requieren ser probados por otro medio de convicción y que fueron expresamente admitidos, por lo que se cumple sin lugar a dudas con los requisitos de la confesión establecidos en el artículo 191 del estatuto procesal.

(...) las conclusiones probatorias del a quo que llegaron indiscutidas a segunda instancia y los medios de convicción aquí reseñados son contundentes y permiten concluir que la conducta que llevó al incumplimiento contractual estuvo determinada por un actuar por lo menos deshonesto del representante legal de Acción Sociedad Fiduciaria.

Así mismo, se encuentra acreditado que el incumplimiento contractual fue causado por la administración inadecuada que el representante legal de la oficina de Cali dio al negocio inmobiliario Marcas Mall, cuyas maniobras deshonestas o fraudulentas fueron reconocidas por la demandada, a través del interrogatorio de parte, la denuncia elevada y la reclamación por el amparo de infidelidad” - Resaltado fuera de texto- (CSJ, Sentencia SC2879-2022 del 27 de septiembre de 2022, M.P. Luis Alonso Rico Puerta).

Si bien en ocasión anterior la Sala adoptó un criterio diferente, respecto a cómo se estructura la causal de exclusión establecida en el literal b) del numeral 3.7 de las condiciones generales de la póliza; con este nuevo pronunciamiento del Alto Tribunal de Justicia Ordinaria, se varía tal postura en los términos anteriormente precisados, en el sentido de que la existencia de las conductas fraudulentas pueden acreditarse a través de diferentes medios probatorios, como sucedió en el caso analizado, razón por la cual se concluye que la aseguradora no está obligada a efectuar pago alguno por la condena impuesta en la sentencia de primer grado.

6.4.5. En síntesis, se confirmará el fallo opugnado y dada la adversidad del recurso se condenará en costas al apelante.

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

7. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de febrero de 2021 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la

Superintendencia Financiera de Colombia, por las razones consignadas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al apelante. La Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho la suma de \$2'500.000.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
(003-2019-02649-02)

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
(003-2019-02649-02)

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
(003-2019-02649-02)

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,
Firma Con Aclaración Parcial De Voto

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **9d34315bea7ce5e8c0116ad801e25b8a3e543504641c7cf9754eea2df23366ba**

Documento generado en 18/10/2022 05:14:32 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia

Rama Judicial



*TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL*

Salvedad parcial de voto del Mag. José Alfonso Isaza Dávila

Ref.: Declarativo de Consultandes S.A.S. y otro vs. Acción
Sociedad Fiduciaria S.

Rad. 110013199003-2019-02649-02 - Apelación sentencia

Magistrada Ponente: Martha Isabel García Serrano

Aunque acompañó la decisión aquí emitida, que ratifica la declaración de responsabilidad civil solicitada por los demandantes, así como las consecuencias respectivas, respecto de las cuales no tengo salvedad, me separo parcialmente, en lo conceptual, de la parte relativa al llamamiento en garantía, en concreto, por lo relativo a la absolución de la aseguradora SBS Seguros Colombia S.A., como se explica seguidamente.

1. En cuanto a lo primero, comparto los argumentos expuestos para fundar la declaración de responsabilidad y las consecuentes condenas, que comparto, al igual que también estoy de acuerdo con ratificar la absolución de la aseguradora llamada en garantía, y eso teniéndose en cuenta que lo concerniente a la ineficacia de la causal de exclusión aplicada no fue materia del recurso de apelación, por lo cual no era tema de decisión, de conformidad con lo previsto en los arts. 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. Justamente, la entidad de primera instancia en su sentencia absolvió a la llamada en garantía, por estimar que la exclusión aplicada es eficaz, al apoyarse en que bien dicha causa de supresión del riesgo, en cuanto a que el asegurado admita una actuación fraudulenta, está expresamente pactada *“en la póliza bajo estudio en tanto tal actuar fraudulento ha sido admitido por el asegurado”*.



Tal decisión ciertamente contrarió las normas vigentes en la medida en que la exclusión no está en la primera página de la póliza, ni a partir de ésta, sino en páginas interiores, de tal manera que por eso no podía considerarse eficaz, según fue previsto por la reforma financiera que trajo la ley 45 de 1990, así como jurisprudencia sobre el particular.

3. En efecto, el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 estableció de modo coruscante que las pólizas deben tener unas exigencias, entre esas: “3°. *Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza*”.

Preceptiva compilada en el art. 184-2 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: “c. *Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza*”.

Regla de particular protección que desde hace varias décadas, es aplicada por la entonces Superintendencia Bancaria, hoy Superintendencia Financiera en la Circular Externa 007 de 1996, Título VI, Capítulo II, 1.2.1.2.: “*Los amparos básicos y todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral*”.

4. Dentro de ese ámbito tuitivo del orden jurídico a favor de los asegurados, consumidores y víctimas de los riesgos, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia reiteró que las exclusiones del contrato de seguro, deben figurar en la primera página de la póliza, so pena de ineficacia.

Eso porque, según explicó en la sentencia STC17390-2017 de 25 de octubre de 2017, que reiteró la sentencia STC514-2015, esas reglas son



“de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento”. Tesis insistida en la STC13117-2018, en la cual concedió el amparo constitucional y ordenó al juez accionado volver a decidir de acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre el punto. También se refrendó esa postura doctrinal en la sentencia STC4851-2021.

Ahora bien, en la decisión STC12213-2021 estimó que puede ser admisible una interpretación distinta, no amparable por vía de tutela, cual lo consideró en otras ocasiones, verbigracia la sentencia de 24 de abril de 2014, fue porque las exclusiones estaban “en caracteres resaltados”, y que se observó que en ese caso estaban “a partir de ésta”, esto es, de la primera página “y en forma consecutiva”.

Más recientemente, en la sentencia SC2879-2022 de 27 de septiembre de 2022, sobre otro caso muy similar al de este especie de litis, unificó la jurisprudencia en el tema de la ubicación de las exclusiones en las pólizas de seguros, para cuyo propósito, luego de la profundas disertaciones, a más de distinguir entre carátula de la póliza y el contenido de ésta, concluyó:

*...una adecuada interpretación del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero exige su análisis armónico con la normativa que ha proferido la Superintendencia Financiera «para el adecuado cumplimiento de lo señalado en el artículo 184 numeral 2° EOSF» y concretamente, la exigencia de la CE 029 de 2014 respecto a la ubicación de los amparos y exclusiones **a partir** de la primera página de la póliza, interpretación que no sólo permite cumplir con las exigencias de información y conocimiento del tomador sino también atender el principio general de prevalencia de la voluntad de las partes contratantes. (El resalado de **a partir**, es del original).*

*A juicio de la Sala, esta intelección se corresponde en mejor medida con las condiciones actuales del mercado asegurador, en el que se ha llegado a un grado de detalle en la delimitación del riesgo que, por lo general, **haría imposible la inclusión de todas las coberturas y exclusiones únicamente en la primera página de la póliza** –al menos en un formato legible, como es de rigor–. (Resaltado es de ahora).*



*Sostener una interpretación contraria, es decir, exigir la consignación forzosa y exclusiva de las exclusiones en la primera página de la póliza, podría cercenar o restar efectos a la facultad de delimitación de riesgos legalmente otorgada al asegurador, en tanto **castigaría con ineficacia las exclusiones consignadas de manera clara e ininterrumpida a partir de la primera página.** (Se resaltó ahora).*

*Considera la Sala que la intención del legislador de garantizar la correcta y suficiente información del asegurado y su conocimiento de las coberturas y exclusiones del amparo contratado se cumple a cabalidad **cuando éstas se consagran de forma continua, ininterrumpida y con caracteres destacados a partir de la primera página de la póliza,** lo que permite una redacción clara y detallada que, a su vez, redundante en la adecuada comprensión que busca el artículo 184 del EOSF¹. (Se volvió a resaltar).*

La hermenéutica que hoy unifica la Corte respecto a la ubicación espacial de las coberturas y exclusiones en la póliza de seguro armoniza la necesidad de garantía de información y conocimiento de quien se adhiere al contrato de seguro, con la esencia misma del acuerdo de voluntades en el que debe prevalecer la intención de los contratantes, como lo exige el artículo 1618 del Código Civil

5. Pues bien, hay que aceptar que las exclusiones no siempre pueden figurar en la primera página, por las necesidades actuales del comercio asegurador, además de que es tarea casi imposible incluir en tan poco espacio esas estipulaciones, que pueden ser largas y tienen que ser en letras destacadas.

Sin embargo, en el asunto de autos acontece que la exclusión está en páginas interiores y de ningún modo puede considerarse que las exclusiones, en general, figuran *a partir de la primera página* de la póliza, por cuanto no comienzan en ese folio delantero, motivo suficiente para que se estime que era ineficaz.

¹ Sumado a ello, la finalidad de la norma se garantiza cuando la aseguradora cumple con su carga de información y entrega anticipada del clausulado, contenida en el artículo 37 del Estatuto del Consumidor, antes explicado.



Porque de una parte, parece razonable aceptar que se morigere el texto expreso de la ley, en el sentido de que no siempre pueden figurar todas las exclusiones en la primera página de la póliza, es verdad, por una necesaria largueza interpretativa, pero por la otra parte, si bien se admite que son viables *a partir* esa página primigenia, el discurso tiene que ser consistente, esto es, que comiencen allí, pero no que se establezcan o puedan estar en folios interiores, porque entonces sería consentir que al final no importa, pueden estar *a partir de* la segunda, tercera, quinta o cualquier otra página, o inclusive en documentos distintos de la póliza mismas, como anexos, puesto que de ser así, el argumento envuelve una contradicción.

6. Sin embargo, como la sentencia de primera instancia aquí debatida, no fue objeto de reproche por ese singular aspecto, estoy de acuerdo con la decisión de pasarlo por alto, pues bien conocida es la limitación del juez de apelaciones conforme a los argumentos del recurso, de acuerdo con los ya citados arts. 320 y 328 del CGP.

En otros aspectos, la Sala de Decisión también rectificó la tesis que se había expuesto en otro asunto, criterio que también compartimos.

Con el debido consideración,

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

Magistrado Tribunal Superior de Bogotá D.C.

Sala Civil

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RAD. 110013199 003 2021 01848 01

Sería del caso entrar a estudiar la admisión del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2022 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso de acción de protección al consumidor¹, pero este magistrado sustanciador ha encontrado que esta Corporación carece de competencia para desatar la alzada, por las siguientes razones:

(i) Presentada la demanda, fue admitida la “**ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR de MENOR CUANTÍA**”², debido a que en el escrito introductor se fijó el monto de las pretensiones en sesenta y tres millones de pesos

¹ Cfr. Carpeta “CuadernoSuperintendencia” archivo “178 FALLO ACCEDE A PRETENSIONES VERBAL”

² Cfr. Archivo “010 AUTO ADMISORIO VERBAL”

(\$63.000.000)³. Sin embargo, es preciso advertir que las cosas están determinadas por onticidad, por su estructura, no por las denominaciones más o menos técnicas o caprichosas que se utilice para referirse a ellas. Que sea llamada acción de protección al consumidor no significa que lo sea; es lo planteado en el asunto litigioso propuesto lo que determina la naturaleza, entidad y alcance de la acción incoada.

En este caso, al revisar la demanda y las pretensiones formuladas en ella, se observa que lo planteado es un caso de típica responsabilidad civil contractual, en el que se pretende obtener el pago de una deuda hipotecaria, con fundamento en una póliza de un seguro de vida grupo deudores; además, que se devuelva lo pagado por cuotas más intereses moratorios causados desde el 27 de agosto de 2020. Y, subsidiariamente, que se condene al banco codemandado a condonerle la deuda. El cuestionamiento se hace a la objeción formulada por la aseguradora demandada, que alegó la existencia de reticencia. También se alega que hubo indebido llenado del formulario de asegurabilidad. Como se ve, aunque se invocara el estatuto del consumidor, el objeto de la controversia ni sugiere siquiera la existencia de algún aspecto propio de tal materia; es todo un debate de puro derecho comercial de seguros.

(ii) Es evidente que la Superintendencia Financiera conoció del trámite en virtud de las funciones jurisdiccionales que le confirió el legislador y que reglamentó a través del artículo 24 del Código General del Proceso. Es indiscutible que

³ Cfr. Archivo "001 Demanda" folio 37.

la citada entidad si tiene competencia para conocer del asunto; pero, es preciso advertir que aquella no sólo conoce de las acciones de protección al consumidor en su real concepción, sino también de las puramente contractuales derivadas de las relaciones negociales entre las entidades financieras y los usuarios de éstas. Así surge del contenido del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, donde se advierte una diferencia en los incisos primero y segundo. En aquel se alude a la competencia para los asuntos de protección al consumidor financiero; y en el segundo se alude, con especial énfasis, a *“controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora (...)”* (Subrayas ajenas al original). Y, sin duda, los litigios que tienen por objeto decidir si hubo incumplimiento contractual por no asumir el pago de un seguro, no es cuestión de garantía, ni de imperfecciones del producto, ni de aspectos relacionados con el derecho a la información o la publicidad, ni se refiere al derecho de retracto, ni nada parecido.

(iii) En este puntual aspecto que se viene de comentar, otra sala unitaria de la Civil de esta Corporación también se ha pronunciado en términos esencialmente idénticos. En asunto de la misma naturaleza y entidad que el aquí planteado, en auto emitido el 12 de junio de 2020, se declaró la falta de competencia, para lo cual planteó:

“(...) es cierto que, en el encabezamiento de la demanda, el señor Aguilera Garzón manifestó que ejerce la “acción

de protección al consumidor financiero. Ley 1480 de 2011 y artículo 24 de la Ley 1564 de 2012”, y que se admitió, mediante auto del 10 de junio de 2019, por el a quo en igual sentido; pero también lo es que ni en las pretensiones ni en los hechos de (sic) libelo se menciona como vulnerado algún derecho del consumidor como lo serían los de información, garantía, idoneidad, seguridad y calidad de los productos y servicios prestados por las entidades bancarias, discutir cláusulas abusivas y publicidad engañosa, entre otros (Leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011). La demanda solo versa sobre la vinculación del accionante a un seguro de vida grupo deudores que ampara su crédito (...), la pérdida de capacidad laboral (...) como siniestro amparado, que la aseguradora se negó a pagar (...) De manera que no se ha ejercido una acción de protección al consumidor bajo el amparo del inciso 1º del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, sino una típicamente contractual de las que también conoce la Superintendencia, según la competencia asignada por el inciso 2º del artículo mencionado, que dice: “de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público”, en el que se encuentra el presente litigio. Por tanto, como la disputa que el demandante planteó a la

*aseguradora es netamente contractual, la autoridad administrativa que lo conoció en ejercicio de funciones jurisdiccionales desplazó en su conocimiento a un juez municipal, pues a él está atribuida la competencia para conocer los asuntos contenciosos de menor cuantía, (...)*⁴

(iv) Es preciso insistir en que el inciso tercero del parágrafo 3 dispone del artículo 24 del C. G. P., dispone que *“[l]as apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales se resolverán por autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.”* Así que, como en este caso el asunto planteado es un litigio puramente contractual de menor cuantía, el juez de primer grado que habría sido competente sería el juez civil municipal, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 18 C.G.P.; y, por consiguiente, la segunda instancia le corresponde a los civiles de circuito.

(v) A lo que se viene de plantear se agrega que el Estatuto Instrumental Civil actual, en el numeral 2 del artículo 33, específicamente determinó que los Jueces Civiles del Circuito conocen en segunda instancia de los procesos atribuidos en primera a las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales. Además, la norma consagra el criterio territorial para determinar el juez de la categoría

⁴ Auto de 12 de junio de 2020, Expediente 11 001 31 99 003 2019 01619 01, M. P. Dr. Ricardo Acosta Bitrago.

mencionada que habrá de conocer el asunto, disponiendo que lo es el de la sede principal de la autoridad administrativa o el de la sede regional donde fue adoptada la decisión, según corresponda.

(vi) Finalmente, el caso aquí puesto en consideración no corresponde a ninguno de los asuntos que, por mandato del artículo 31 *ejusdem*, son de competencia de las salas civiles de los tribunales superiores.

(vii) En conclusión, la competencia para resolver el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada en primera instancia por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, es de los juzgados civiles del circuito de Bogotá, por tratarse de un asunto de menor cuantía, de naturaleza puramente contractual; no de protección al consumidor. En consecuencia, se dispondrá la remisión del proceso a la oficina de reparto respectiva.

LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara la falta de competencia funcional de este Tribunal para conocer del recurso de apelación de la

referencia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena la remisión del proceso a la Oficina Judicial de Reparto ante los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **73f3277485a87df005c58db70f29fa38c31df9638bca9ce95bab497f92a48660**

Documento generado en 19/10/2022 03:33:23 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**



SALA CIVIL DE DECISIÓN N. 3

Magistrada Ponente: MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022)
(Decisión discutida y aprobada en Sala Virtual del 13 de octubre de 2022)

Proceso:	Verbal
Radicado:	11001 3199 003 2021 03323 01
Demandante:	Clínica Médicos S.A.
Demandado:	La Previsora S.A. Compañía de Seguros
Asunto:	Apelación de sentencia
Decisión:	Confirma

I. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia anticipada proferida el 31 de enero de 2022 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia¹.

II. ANTECEDENTES

1. Clínica Médicos S.A., por conducto de apoderado judicial, promovió acción de protección al consumidor financiero contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros, para que se declare la existencia del contrato de seguro contenido en la póliza de seguro de automóviles colectiva N° 3002491, con vigencia desde el 5 de agosto de 2014 hasta el 5 de agosto

¹ Asignado por reparto al despacho de la Magistrada Ponente el 30 de junio de 2022.

de 2015, así mismo, el incumplimiento del contrato por parte de la sociedad convocada. En consecuencia, se le ordene reembolsar el valor pagado en razón a la cobertura de responsabilidad civil en exceso por la suma de \$236'160.097, más los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera.

2. Los hechos que le sirvieron de soporte de tales pedimentos son los siguientes:

2.1. Clínica Médicos S.A. suscribió contrato de seguros con La Previsora S.A. Compañía de Seguros, el cual se instrumentó en la póliza de seguro de automóviles colectiva N° 3002491, con vigencia desde el 5 de agosto de 2014 hasta el 5 de agosto de 2015.

2.2. Clínica Médicos S.A. y La Previsora S.A. Compañía de Seguros fueron demandadas dentro del proceso declarativo de responsabilidad civil con radicado N° 20001310300320150015800, en el que fueron condenadas al pago de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. En el ordinal 4° de la parte resolutive de la sentencia proferida el 8 de agosto de 2017 por el Juzgado 3° Civil del Circuito de Valledupar, confirmada en su integridad por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Valledupar el día 17 de noviembre de 2021, se resolvió: *“Condénese a la compañía aseguradora LA PREVISORA S.A. hasta el monto establecido en la póliza como tope para el amparo por responsabilidad civil Extracontractual, pues ella determina el límite cuantitativo de su responsabilidad”*.

2.3. El valor de la condena ascendió a \$326'160.097, suma que fue pagada de la siguiente forma: a) \$90'000.000, por la aseguradora, y b) \$236'160.097, por la sociedad demandante.

2.4. Dentro de los amparos contratados se encuentra en el numeral 12 el denominado *“Automóviles – R.C.E. EN EXCESO”* con un valor asegurado de \$600'000.000.

2.5. Manifestó que solicitó a la aseguradora el reembolso de la suma pagada, sin embargo, ésta *“se equivocó al señalar en la comunicación de fecha 2 de agosto de 2021, que el límite máximo del valor asegurado para el amparo de Responsabilidad Civil por muerte o lesión a una persona es de (\$100.000.000) CIEN MILLONES DE PESOS MCTE menos el deducible del 10% min 1.00 SMLMV, pues omite estudiar el amparo de Responsabilidad Civil Extracontractual en Exceso que fue pactado con la Clínica Médicos”*, actuación que no es *“coherente con la ubérrima buena fe que enmarca el contrato de seguros”*.

2.6. Adujo que la definición del amparo de Responsabilidad Civil en Exceso es ambigua y la demandada *“jamás explicó a la Clínica las condiciones para que dicho amparo operara, no siendo admisible ahora que se abstenga de reconocerlo”*.

2.7. Por último, señaló que se encuentra dentro del término legal para ejercer la acción de protección al consumidor, por cuanto *“tuvo conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación el día 02 de agosto de 2021, con la respuesta emitida por parte de la Previsora S.A. Compañía de Seguros, mediante la cual indica la existencia de un sublímite en el amparo básico de Responsabilidad Civil Extracontractual, desconociendo la existencia de un amparo contratado de Responsabilidad Civil Extracontractual en Exceso. En consecuencia, de lo anterior, tenemos que se tiene para ejercer la Acción de Protección hasta el día 8 de junio de 2022”*.

III. ACONTECER PROCESAL

La demanda se presentó el 10 de agosto de 2021 y fue admitida mediante auto calendado 20 de agosto de ese mismo año, ordenándose el traslado de la demanda y los anexos a la parte demandada por el término de ley².

² Archivos 002 y 007.

Notificada la decisión, la convocada se opuso a las pretensiones de la acción y formuló las excepciones de mérito denominadas “*inexistencia de obligación indemnizatoria – buena fe de La Previsora S.A. Compañía de Seguros*”, “*ausencia absoluta siniestro*” y “*cobro de lo no debido – pretensión de enriquecimiento sin justa causa*”. También planteó como previas las defensas de “*prescripción y/o caducidad de la acción de protección al consumidor – artículo 58 de la Ley 1480 de 2011*”, “*prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro*”, “*inepta demanda por falta de los requisitos formales*”, “*cosa juzgada*” y “*falta de legitimación en la causa por activa de la Clínica Médicos S.A.*”³

IV. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La primera instancia culminó con sentencia anticipada el 31 de enero de 2022, que resolvió “*DECLARAR probada la excepción de “PRESCRIPCIÓN Y/O CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULO 58 DE LA LEY 1480 DE 2011”, propuesta por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS*”, y “*NEGAR en consecuencia las pretensiones de la demanda*”, sin condena en costas.

Para arribar a esa determinación, precisó inicialmente que la controversia tiene origen en la afectación del amparo de Responsabilidad Civil Extracontractual en Exceso del contrato de seguro de automóviles colectiva N° 3002491, el cual “*terminó el 5 de agosto de 2016, toda vez que operó la terminación por expiración del término contractual pactado y su no renovación, soportándose en las documentales aportadas con la contestación de la demanda y las pruebas de oficio decretadas (derivado 016), en especial la certificación emitida por la aseguradora demandada relacionada con el comportamiento del recaudo en la póliza objeto de controversia (folio 2 y 3) y comunicación con fecha del 5 de julio 2016 emitida*

³ Archivo 013.

por la entidad demandada, informando a LEASING BANCOLOMBIA S.A. la no renovación de la póliza No 3002491 cuyo tomador era la sociedad CLINICA MEDICOS S.A. (folio 339). En este sentido, al tomar como fecha de partida para contar el término prescriptivo aquella de la terminación del contrato de seguro por expiración y no renovación del término contractual, se llegaría a la inexorable conclusión que el término máximo que le asistía al accionante para reclamar el pago del amparo por los hechos base de la reclamación a través del ejercicio de la acción de protección al consumidor financiero no podría superar, en principio el 5 de agosto de 2017’.

Agregó que “no se encuentra un reconocimiento de la obligación por la aseguradora en ese interregno, ni ésta ha sido demandada por estos hechos, además la delegatura no encuentra reclamación válida posterior a la fecha de finalización del contrato de seguro, esto es, 5 de agosto de 2016, que conllevara la interrupción del término prescriptivo, puesto de las documentales allegadas por la parte actora se tiene que existe comunicación con la que se presentó solicitud de afectación del seguro que data del 6 de julio del año 2021 (derivado 000 fl.169), pero a esta fecha la figura de la prescripción ya se había configurado a plenitud por lo que la comunicación mencionada no tiene el efecto de interrumpir el anotado plazo”⁴.

V. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con lo resuelto, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación ante el *a quo*, formulando los reproches concretos a la decisión, los cuales se sustentaron oportunamente en esta instancia, así:

Expuso que el *a quo* cometió errores de interpretación y aplicación normativa sobre la materia, toda vez que si bien la presente acción tiene su origen en una disputa contractual, no podía aplicarse el término prescriptivo

⁴ Archivo 045.

de forma exegética y restrictiva, pues *“le era imposible a la parte accionante interponer la acción de protección al consumidor antes del día 17 de noviembre de 2020, en razón a que la reclamación objeto de la controversia deviene o sobreviene a la sentencia del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR SALA CIVIL-FAMILIA-LABORAL, proferida en dicha fecha y mediante el cual confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Tercero Civil de Circuito de Oralidad de Valledupar”*.

Insistió en que *“tuvo conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación el día 02 de agosto de 2021, con la respuesta emitida por parte de la Previsora S.A Compañía de Seguros, mediante la cual indica la existencia de un sublímite en el amparo básico de Responsabilidad Civil Extracontractual, desconociendo la existencia de un amparo contratado de Responsabilidad Civil Extracontractual en Exceso. En consecuencia, de lo anterior, tenemos que se tiene para ejercer la Acción de Protección hasta el día 8 de junio de 2022”*, conforme lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 parte segunda que reza: *“(…) En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación”*.

Manifestó que *“cumplió con todas las cargas procesales en el proceso ordinario por responsabilidad civil, que dicho sea de paso tiene un término de prescripción de 10 años, en donde llamó en garantía a la aseguradora accionada, quien acudió al proceso se defendió y fue condenada por el juez y tribunal de instancia”*, y en virtud de ello, la aseguradora efectuó un pago por la suma de \$90'000.000, lo cual desacredita el argumento del a quo según el cual *“no se encuentra un reconocimiento de la obligación por la aseguradora en ese interregno, ni ésta ha sido demandada por estos hechos”*.

VI. RÉPLICA

El apoderado de la aseguradora solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por haber operado la prescripción de la acción de protección al consumidor, o en su defecto, por los argumentos planteados en torno a la exoneración de responsabilidad de la convocada.

VII. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

1. Competencia

Para desatar la alzada diremos que la Sala es competente al tenor del numeral 2° del artículo 31 del Código General del Proceso, y lo hará bajo las limitantes contempladas en los artículos 280 y 328 ibídem. Además, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y no se verifica ninguna irregularidad procesal que pueda invalidar lo actuado.

Ahora bien, como la sentencia fue apelada únicamente por el apoderado de la parte demandante, la Sala encuentra limitada su competencia a los aspectos objeto del mismo, conforme lo señalado en el artículo 320 inciso 1° del Código General del Proceso, según el cual *“El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*.

2. Problema jurídico

Se circunscribe a determinar si la decisión del *a quo* fue acertada al declarar probada la excepción de prescripción de la acción de protección al consumidor, o si por el contrario carece de respaldo legal, jurisprudencial y probatorio y, como consecuencia de ello, debe revocarse el fallo dictado de manera anticipada.

3. Marco conceptual

La Ley 1480 de 2011, en su artículo 57, en armonía con lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución Política, consagra la facultad jurisdiccional atribuida a la Superintendencia Financiera de Colombia para dirimir *“las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público”*.

En el artículo 58 de la ley en cita, se establecen las reglas especiales a seguir en los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores. En particular, el numeral 3° indica que *“Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía y **las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato.** En los demás casos, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación. En cualquier caso deberá aportarse prueba de que la reclamación fue efectuada durante la vigencia de la garantía”* (Resaltado fuera de texto).

4. Caso concreto

Examinadas las pruebas adosadas al plenario, delantadamente se establece que la acción de protección al consumidor que nos ocupa fue presentada cuando ya se había superado el término consagrado en el numeral 3° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, como bien lo concluyó el *a quo*.

En efecto, debe advertirse que el presente litigio se funda en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de la póliza colectiva de automóviles N° 3002491, expedida por La Previsora S.A. Compañía de Seguros, en el que la sociedad demandante funge como tomador. En consecuencia, lo que se persigue es el reembolso de la suma de \$236'160.097, más los intereses moratorios a la tasa máxima, afectando el amparo de "*responsabilidad civil extracontractual en exceso*". Asunto éste que comprende una controversia de índole contractual, como bien lo reconoce el apelante, de manera que debe darse aplicación a lo establecido en el artículo 58 numeral 3° de la Ley 1480 de 2011, que señala que las demandas que involucren "*controversias netamente contractuales*", deben presentarse "*a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato*".

Pues bien, en este caso, la terminación del contrato de seguro ocurrió el **5 de agosto de 2016**, según consta en la certificación expedida por la aseguradora el 22 de diciembre de 2021, así mismo, en la misiva del 5 de julio de 2016, en la que la aseguradora comunicó al beneficiario Leasing Bancolombia S.A. la no renovación de la póliza "*a partir de su vencimiento el próximo 5 de agosto de 2016*"⁵, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes.

Es decir, que la sociedad demandante contaba con el plazo de un (1) año para ejercer la acción de protección al consumidor financiero, lapso que corrió entre el 5 de agosto de 2016 al 5 de agosto de 2017, sin embargo, la demanda se presentó hasta el **10 de agosto de 2021**, término que corrió sin interrupción, pues el requerimiento que efectuó el consumidor a la aseguradora para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales se radicó el 6 de julio de 2021⁶, cuando ya había operado el fenómeno de la prescripción, de modo que el escrito presentado no surte ningún efecto

⁵ Archivo 024, pág. 2, 3 y 339.

⁶ Archivo 001, pág. 75 a 83, 169 y 170.

frente al cómputo del plazo, al no cumplirse los presupuestos establecidos en el canon 94 del estatuto procesal.

Ahora bien, el apelante aduce que el aludido término debe contabilizarse a partir del 2 de agosto de 2021, fecha en la que tuvo conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación, pues en esa data la aseguradora emitió respuesta desfavorable a su solicitud de pago. Sin embargo, no es admisible esa interpretación, porque el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 es claro al señalar el momento a partir del cual comienza a correr el término para promover la acción de protección al consumidor, dependiendo el tipo de controversia, a saber: (i) *“Las demandas para efectividad de garantía, deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la expiración de la garantía”*; (ii) *“las controversias netamente contractuales, a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato”*; y (iii) *“en los demás casos”*, esto es, cuando no involucre la efectividad de la garantía ni litigios contractuales, *“deberán presentarse a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación”*.

Como puede evidenciarse, el caso analizado no se ajusta al último presupuesto citado, por ende, no hay lugar a contabilizar el término prescriptivo desde la fecha de conocimiento de los hechos como lo solicita el censor, sino desde el momento en que finalizó la vigencia del contrato de seguro que se pretende afectar, por tratarse de un conflicto de orden contractual.

Sobre este tópico, la jurisprudencia del Alto Tribunal de Justicia ha reconocido en varias oportunidades la razonabilidad de la decisión que declara la prescripción de la acción de protección al consumidor, tomando como fecha de partida del término prescriptivo la terminación del contrato de seguro, con fundamento en el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, entre ellas, las sentencias STC8482-2021, STC9016-2021 y STC13825-2021.

De otro lado, no se desconoce que dentro del proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual con radicado N° 2015-00158, promovido por Aida Luz Saya Mejía y otros contra Clínica Médicos S.A., La Previsora S.A. Compañía de Seguros y Jorge Luis Ortega Vergara, con ocasión de un accidente de tránsito ocurrido el 27 de noviembre de 2014, el Juzgado 3° Civil del Circuito de Valledupar, Cesar, mediante sentencia proferida el 8 de agosto de 2017, decidió condenar a la Clínica al pago de la indemnización de perjuicios, así mismo, a la compañía aseguradora *“hasta el monto establecido en la póliza como tope para el amparo por responsabilidad civil Extracontractual, pues ella determina el límite cuantitativo de su responsabilidad”*, decisión confirmada el 17 de noviembre de 2020 por la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar⁷. Y en virtud de lo ordenado, la aseguradora realizó un pago por el monto de \$90'000.000, el cual fue reconocido tanto en la demanda, como en su contestación.

Al respecto, debe precisarse que el pago efectuado por la compañía de seguros obedece al cumplimiento de las sentencias judiciales, sin que pueda considerarse que esa actuación constituye un reconocimiento de la obligación que se reclama a través de este proceso. Nótese que en la comunicación fechada 2 de agosto de 2021, la demandada manifestó que de acuerdo con los fallos judiciales emitidos en el proceso N° 2015-000158, se *“afect[ó] el amparo de Responsabilidad Civil Extracontractual”* contenido en la póliza N° 3002491 y *“procedió a realizar pago por valor de NOVENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$90.000.000), suma a la cual se le descontó el deducible. Al realizar el estudio de la póliza objeto de debate, se puede observar de la carátula que el amparo de Responsabilidad Civil Extracontractual y de Responsabilidad Civil Extracontractual en Exceso son dos amparos distintos. Así lo confirma el condicionado general ya que se encuentran definidos de manera independiente. Por lo tanto, al ser amparos distintos, al no haberse alegado la afectación en el transcurso del proceso del amparo de Responsabilidad Civil Extracontractual en Exceso y al no*

⁷ Archivo 001, pág. 84 a 109.

estar La Previsora obligada según lo contemplado en los fallos de primera y segunda instancia a afectar un amparo diferente al de Responsabilidad Civil Extracontractual, se objeta la reclamación ya que no es posible acceder a su petición desde la Gerencia de Litigios” (Archivo 001, pág. 169 y 170).

A partir de la anterior misiva, se desprende que La Previsora S.A. Compañía de Seguros no ha reconocido la obligación aquí perseguida, pues en dicho comunicado la aseguradora fue enfática en señalar que no está obligada a afectar el amparo de “*Responsabilidad Civil Extracontractual en Exceso*”, de acuerdo con el contenido de los fallos judiciales, de allí que las censuras planteadas por el recurrente resultan infundadas.

En suma, como la decisión de primer grado se ajusta a las disposiciones normativas que regulan la materia y ninguno de los reparos logró desvirtuar la conclusión a la que arribó el funcionario, se confirmará la sentencia impugnada y se impondrá condena en costas de esta instancia a la parte demandante. Por último, se ordenará devolver las diligencias a la dependencia de origen, por secretaría de la Sala.

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

VIII. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia anticipada proferida el 31 de enero de 2022 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. La Magistrada Ponente fija las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000.

TERCERO: DEVOLVER el proceso a la autoridad de origen, una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
(003-2021-03323-01)

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
(003-2021-03323-01)

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
(003-2021-03323-01)

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **3225961243ceed09b624e2c34402c6f91abac90ac8af6835b77e4145d3cc9781**

Documento generado en 18/10/2022 05:14:51 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RAD. 110013199 003 2021 05281 01

Sería del caso entrar a estudiar la admisión del recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia dictada el 22 de septiembre de 2022 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso de acción de protección al consumidor¹, pero este magistrado sustanciador ha encontrado que esta Corporación carece de competencia para desatar la alzada, por las siguientes razones:

(i) Presentada la demanda, fue admitida la **“ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR de MENOR CUANTÍA”**², debido a que en el escrito introductor se fijó el monto de las pretensiones en cuarenta millones de pesos (\$40.000.000)³.

¹ Cfr. Carpeta “CuadernoSuperintendencia” archivo “061 FALLO ACCEDE A PRETENSIONES VERBAL”

² Cfr. Archivo “013 AUTO ADMISORIO VERBAL”

³ Cfr. Archivo “009 Subsanacion demanda y anexos” folio 1.

Sin embargo, es preciso advertir que las cosas están determinadas por onticidad, por su estructura, no por las denominaciones más o menos técnicas o caprichosas que se utilice para referirse a ellas. Que sea llamada acción de protección al consumidor no significa que lo sea; es lo planteado en el asunto litigioso propuesto lo que determina la naturaleza, entidad y alcance de la acción incoada.

En este caso, al revisar la demanda y las pretensiones formuladas en ella, se observa que lo planteado es un caso de típica responsabilidad civil bancaria por incumplimiento contractual. Se reclama declarar la responsabilidad del Banco por una sustracción de dineros de cuentas de la demandante, la consiguiente restitución de los valores hurtados y el pago de los intereses “*motratorios comerciales*”; es, pues, un evento de controversia jurídica entre comerciantes; no asuntos relativos al derecho de consumidor financiero. Más, aún, en apoyo de sus aspiraciones, invoca la sentencia SC5176-2020 de la Sala de Casación Civil, en la cual se trata ese tipo de asuntos, y resulta claro que no es propio de consumidor financiero.

(ii) Es evidente que la Superintendencia Financiera conoció del trámite en virtud de las funciones jurisdiccionales que le confirió el legislador y que reglamentó a través del artículo 24 del Código General del Proceso. Es indiscutible que la citada entidad si tiene competencia para conocer del asunto; pero, es preciso advertir que aquella no sólo conoce de las acciones de protección al consumidor en su real concepción, sino también de las puramente contractuales derivadas de las relaciones negociales entre las entidades financieras y los

usuarios de éstas. Así surge del contenido del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, donde se advierte una diferencia en los incisos primero y segundo. En aquel se alude a la competencia para los asuntos de protección al consumidor financiero; y en el segundo se alude, con especial énfasis, a *“controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora (...)”* (Subrayas ajenas al original). Y, sin duda, los litigios que tienen por objeto decidir si hubo incumplimiento contractual por no asumir el pago de un seguro, no es cuestión de garantía, ni de imperfecciones del producto, ni de aspectos relacionados con el derecho a la información o la publicidad, ni se refiere al derecho de retracto, ni nada parecido.

(iii) En este puntual aspecto que se viene de comentar, otra sala unitaria de la Civil de esta Corporación también se ha pronunciado en términos esencialmente idénticos. En asunto de la misma naturaleza y entidad que el aquí planteado, en auto emitido el 12 de junio de 2020, se declaró la falta de competencia, para lo cual planteó:

“(...) es cierto que, en el encabezamiento de la demanda, el señor Aguilera Garzón manifestó que ejerce la “acción de protección al consumidor financiero. Ley 1480 de 2011 y artículo 24 de la Ley 1564 de 2012”, y que se admitió, mediante auto del 10 de junio de 2019, por el a quo en igual sentido; pero también lo es que ni en las pretensiones ni en los hechos de (sic) libelo se menciona

como vulnerado algún derecho del consumidor como lo serían los de información, garantía, idoneidad, seguridad y calidad de los productos y servicios prestados por las entidades bancarias, discutir cláusulas abusivas y publicidad engañosa, entre otros (Leyes 1328 de 2009 y 1480 de 2011). La demanda solo versa sobre la vinculación del accionante a un seguro de vida grupo deudores que ampara su crédito (...), la pérdida de capacidad laboral (...) como siniestro amparado, que la aseguradora se negó a pagar (...) De manera que no se ha ejercido una acción de protección al consumidor bajo el amparo del inciso 1º del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, sino una típicamente contractual de las que también conoce la Superintendencia, según la competencia asignada por el inciso 2º del artículo mencionado, que dice: “de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público”, en el que se encuentra el presente litigio. Por tanto, como la disputa que el demandante planteó a la aseguradora es netamente contractual, la autoridad administrativa que lo conoció en ejercicio de funciones jurisdiccionales desplazó en su conocimiento a un juez municipal, pues a él está atribuida la competencia para

*conocer los asuntos contenciosos de menor cuantía,
(...)*⁴

(iv) Es preciso insistir en que el inciso tercero del parágrafo 3 dispone del artículo 24 del C. G. P., dispone que “[l]as apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales se resolverán por autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable.” Así que, como en este caso el asunto planteado es un litigio puramente contractual de menor cuantía, el juez de primer grado que habría sido competente sería el juez civil municipal, atendiendo a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 18 C.G.P.; y, por consiguiente, la segunda instancia le corresponde a los civiles de circuito.

(v) A lo que se viene de plantear se agrega que el Estatuto Instrumental Civil actual, en el numeral 2 del artículo 33, específicamente determinó que los Jueces Civiles del Circuito conocen en segunda instancia de los procesos atribuidos en primera a las autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales. Además, la norma consagra el criterio territorial para determinar el juez de la categoría mencionada que habrá de conocer el asunto, disponiendo que lo es el de la sede principal de la autoridad administrativa o el de la sede regional donde fue adoptada la decisión, según corresponda.

⁴ Auto de 12 de junio de 2020, Expediente 11 001 31 99 003 2019 01619 01, M. P. Dr. Ricardo Acosta Bitrago.

(vi) Finalmente, el caso aquí puesto en consideración no corresponde a ninguno de los asuntos que, por mandato del artículo 31 *ejusdem*, son de competencia de las salas civiles de los tribunales superiores.

(vii) En conclusión, la competencia para resolver el recurso de apelación formulado contra la sentencia dictada en primera instancia por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, es de los juzgados civiles del circuito de Bogotá, por tratarse de un asunto de menor cuantía, de naturaleza puramente contractual comercial; no de protección al consumidor. En consecuencia, se dispondrá la remisión del proceso a la oficina de reparto respectiva.

LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara la falta de competencia funcional de este Tribunal para conocer del recurso de apelación de la referencia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena la remisión del proceso a la Oficina Judicial de Reparto ante los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **76b7751c7f606637727a3f1921b586349464675d88c6b8d1be47671ea75dddbd**

Documento generado en 19/10/2022 03:33:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

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

Bogotá, D. C., diecinueve de octubre de dos mil veintidós

Ref.: Proceso de Bells Medios Ltda. Vs. Andalucía Diseño y Construcciones Sas.
Rad.: 1100 1310 304 2019 00602 01

Al efectuar el examen del expediente a fin de proveer sobre el recurso de apelación formulado por la sociedad demandada (actora en reconvención), contra la sentencia de 9 de agosto de 2021¹, proferida por el Juzgado 4° Civil del Circuito de Bogotá, se advierte que en el trámite surtido se incurrió en defectos que determinan la nulidad de lo actuado a partir de ese fallo, para lo cual es menester sentar las siguientes consideraciones:

En lo que respecta al litisconsorcio necesario, el artículo 61 del Cgp, preceptúa que *“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas...”*.

Frente al criterio para determinar la existencia de un litisconsorcio necesario ha dicho la jurisprudencia que *“no a toda relación jurídica o pretensión que tenga venero en un acuerdo de voluntades cabe extender, sin distinción, la precedente noción de litisconsorcio necesario; la secuela*

¹ Asunto asignado al magistrado sustanciador por reparto de 22 de febrero de 2022, pero el expediente digital lo obtuvo el tribunal de manera íntegra el 31 de mayo de 2022.

que deriva su presencia, según la cual, 'la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas....' sólo encuentra fiel expresión en todas aquellas pretensiones encaminadas a obtener que se reconozca la existencia, validez, modificación, disolución o alteración de determinado acto jurídico; por lo tanto, lo que se impone es hacer un cuidadoso examen de la demanda a fin de verificar exactamente, con vista en ella, cuál es la naturaleza y el alcance personal de la relación sustancial sometida a controversia, para deducir de allí si el litisconsorcio es o no necesario." (CSJ, Cas. Civil, sent. oct. 6/1999. Exp. 5224. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno).

En el presente caso se tiene que las pretensiones principales de la demanda apuntan a que se declare que la demandada (promitente vendedora), incumplió el contrato de promesa de venta suscrito el 18 de abril de 2017, y que, en consecuencia, se ordene el cumplimiento forzado del convenio, esto es, la enajenación a favor de la actora del apartamento 409 ubicado en el Edificio Altos de Belmira. En la sentencia apelada el a quo accedió a las pretensiones principales y dispuso que el negocio de venta debía seguir adelante, ordenando a la pasiva que lo acatara.

Ahora bien, en la anotación No. 4 de la tradición registrada en el folio No. 50N-20853040, aparece que el titular de dominio del predio en mención es el Banco Davivienda S.A. en razón de una sobrevenida venta que efectuó la demandada Andalucía Diseño y Construcciones Sas. Asimismo, en la E.P. No. 533 del 12 de febrero de 2021 y que contiene el acto en referencia, se hizo alusión a la señora Leydy Lorena Torres Mejía en calidad de locataria de la entidad financiera propietaria².

No obstante, verificado el expediente se observa que tanto propietaria como locataria no fueron citadas en razón de la condición que ostentan

² Persona a la que le fue entregado el apartamento 409, como se sigue del acta que se decretó como prueba en el curso de la segunda instancia.

respecto del apartamento objeto del litigio, pero debieron ser vinculados como litisconsortes necesarios y se hace imperiosa la integración del contradictorio, habida cuenta que, sin lugar a dudas, de prosperar las pretensiones, como hasta el momento vienen concedidas³, se podría alterar un acto jurídico que se encuentra consolidado a favor de los ausentes; el enteramiento debe ser tal que se otorgue el término previsto en la ley para que tengan la posibilidad de pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, formular excepciones, solicitar pruebas, etc.

La anterior omisión configura la causal de nulidad consagrada en el numeral 8° del artículo 133 del Cgp.⁴, pues no se notificó la existencia del proceso al Banco Davivienda S.A. y a la señora Leydy Lorena Torres Mejía, irregularidad insanable precisamente por el hecho de su falta de vinculación.

Por lo brevemente expuesto, se **DECLARA LA NULIDAD** de lo actuado a partir de la sentencia de primera instancia, inclusive, para que se efectúen las citaciones y enteramientos echados de menos y se realicen las actuaciones a que haya lugar, haciendo la salvedad de que las pruebas ya practicadas conservan su validez respecto de quienes tuvieron la oportunidad de contradicción.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

1100 1310 3004 2019 00602 01

³ Se repite, se ordenó a la demandada que cumpliera el contrato de promesa de venta que suscribió con la convocante.

⁴ “8. Cuando no se practica en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público o a cualquier otra persona o entidad que de acuerdo con la ley debió ser citado”.

Firmado Por:
German Valenzuela Valbuena
Magistrado
Sala 019 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **a91a713d6a8f1f005544ab925406055cc4c54e683df4874bf531483cfbb916ea**

Documento generado en 19/10/2022 02:19:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Bogotá, D. C., diecinueve de octubre de dos mil veintidós

Radicado: 11001 31 03 004 **2019 00602 01**. Procedencia: Juzgado 4 Civil del Circuito
Verbal: Bells Medios Ltda. vs. Andalucía Diseño y Construcciones Sas.

Se reconoce personería jurídica al abogado Simón David Rodríguez Rojas en sustitución del abogado Óscar Fernando Betancur García, como representante judicial de la sociedad Andalucía Diseño y Construcciones Sas.

NOTIFÍQUESE

El magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Rad. 11001 31 03 004 2019 00602 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

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

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

Código de verificación: **58eca15540a6e3d6ed86bf8c302a6cb679218c0d46e193b2245c1b2d1e059b80**

Documento generado en 19/10/2022 02:18:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil
veintidós (2022).*

*Ref: VERBAL de ENRIQUECIMIENTO SIN
CAUSA de MAURO CARO GUARNIERI contra WILLIAM GUTIÉRREZ y
OTRO Exp. 014-2019-00171-01.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 14
de septiembre y 19 de octubre de 2022.*

*Decide el Tribunal el recurso de apelación
formulado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 19 de
mayo del 2022 en el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

*1.- Mauro Caro Guarnieri entabló demanda verbal
de enriquecimientos sin causa contra Gutiérrez Construcciones S.A.S. y
William Gutiérrez, con el propósito que se declare que los demandados se
enriquecieron sin justa causa en cuantía de \$250.000.000, en tanto que el
demandante ha padecido un empobrecimiento correlativo; por ende, las
convocadas deberán pagarle la referida suma, junto con la correspondiente
corrección monetaria a partir del 7 de diciembre de 2016 (Págs. 34-35
derivado 01, exp. digital).*

*2.- Las súplicas se apoyan en los fundamentos
fácticos que enseguida se sintetizan (págs. 35 a 37, ib):*

*2.1.- William Gutiérrez representante legal y único
accionista de la sociedad Gutiérrez Construcciones S.A.S. entabló, entre los
meses de junio a noviembre de 2016, conversaciones con el demandante, con
la finalidad de constituir una nueva sociedad comercial que denominarían
Gutiérrez Construcciones G&C S.A.S. Con ese propósito, se adelantaron
gestiones como la consultoría de un revisor fiscal, al paso que, se entregó
por parte del actor la suma de \$250.000.000 destinados al traslado de un*

establecimiento de comercio y compra de activos fijos por parte de esa compañía.

2.2.- Adicional a ello, el actor aportó su trabajo para el cumplimiento de otros objetivos de la empresa futura, visitando de lunes a viernes la sede de la empresa aquí demandada, Gutiérrez Construcciones S.A.S. Sin embargo, llegada la data en que debía constituirse la sociedad, este acto no se realizó y, a la fecha, luego de varias promesas incumplidas por los demandados, el demandante fue despojado del dinero que aportó como inversión, generando un detrimento en su patrimonio.

3.- El demandado William Gutiérrez se notificó personalmente (pág. 45. Ib) oportunamente contestó el libelo, y propuso la excepción de mérito que denominó “inexistencia del enriquecimiento sin causa” (págs. 81 a 83, ej).

La sociedad Gutiérrez Construcciones S.A.S. se notificó personalmente a través de su representante legal, sin que en el término de traslado presentara contestación (pág, 50 ib).

4.- Surtidas las etapas de rigor, en audiencia de 19 de mayo del año en curso se dictó sentencia que resolvió negar todas las pretensiones, providencia que no compartió el actor por lo que interpuso la alzada que ahora se resuelve.

II. PROVIDENCIA APELADA

5.- El Juez a quo, tras hacer alusión a los acostumbrados antecedentes, realizó un recuento del marco normativo y jurisprudencial que regula la figura del enriquecimiento sin causa, aspecto en el que resaltó los presupuestos axiológicos para la prosperidad de dicha acción, como lo son el enriquecimiento del demandado y empobrecimiento correlativo del demandante, la ausencia de causa legal que lo justifique y la imposibilidad del empobrecido de ejercer otra acción judicial viable para procurar el restablecimiento patrimonial que persigue.

Para el caso concreto determinó que, si bien está demostrado que hubo un desplazamiento patrimonial del demandante hacia el convocado, no se cumple con el requisito conforme el cual, el empobrecimiento sufrido sea injusto, es decir, sin una causa jurídica, pues la prueba documental acredita que las transferencias económicas fueron realizadas con la finalidad de constituir una nueva sociedad.

De ello también dieron cuenta los interrogatorios de parte y la declaración testimonial de Sandra Patricia Torres, de las cuales se infiere que el pago tuvo una razón, una negociación o acuerdo de voluntades entre las partes. De ese modo, coligió que sí existió causa jurídica

para la entrega del dinero que se reclama en la demanda, motivo por el cual, al margen de la calificación que se le dé al citado convenio, aspecto ajeno al presente litigio, se descarta la concurrencia de uno de los requisitos obligatorios para que la acción tenga éxito.

En el escenario descrito, agregó que igualmente se incumple con el requisito conforme el cual, el actor deba carecer de otra acción para recuperar lo perdido, ya que, en este asunto, atendiendo la connotación del contrato que se pretendió celebrar, se pudo iniciar una demanda por cualquiera de las acciones contractuales previstas en la normatividad.

De otro lado, se abstuvo de aplicar las consecuencias procesales contra la demandada que guardó silencio frente al libelo, comoquiera que la presunción de veracidad a que daría lugar la omisión, no era suficiente para establecer los elementos de la acción invocada.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

6.- Alegó el recurrente, en síntesis, que el juzgado a-quo erró al sostener que existió una causa jurídica para la transferencia del dinero y tal afirmación parte de una indebida valoración de las pruebas.

En ese sentido, aseguró que las constancias de pago aportadas, dan fe de la expectativa de un negocio o tratativa preliminar para celebrarlo, más no de una causa jurídica, pues ello no genera una relación contractual, aspecto en el que añadió que, la declaración de parte de William Gutiérrez y el testimonio de la esposa de este, reafirman que sin justificación alguna se apropiaron de los dineros entregados, para pagar pasivos y adquirir nueva herramientas de la compañía Gutiérrez Construcciones S.A.S., así mismo, destacó que las citadas declaraciones fueron manipuladas por el apoderado de la parte convocada, como se notó en la audiencia de instrucción correspondiente.

De otro lado, afirmó que el fallo es contradictorio, toda vez que encontró una justificación del enriquecimiento, pero se abstuvo de determinar el tipo de contrato celebrado. En esa dirección, agregó que nada se dijo referente al demandado Gutiérrez Construcciones S.A.S., quien se enriqueció sin tener una causa que lo vincule con el demandante.

Igualmente, reprochó que no realizara “un hito temporal o una línea de tiempo para que pudiese determinar los momentos en los que acontecieron los hechos; única y exclusivamente dio por probado sin estarlo que se había entregado un dinero para la compra de unas acciones y que luego el activante no deseo continuar con ese negocio y deseo

formar una nueva empresa, apreciación que dista erráticamente del caudal probatorio recaudado en el expediente”.

6.1.- *Por auto adiado 8 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte activa para que sustente su alzada.*

6.2.- *A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la apelante -demandante- sustentó en debida forma sus reparos, frente al cual el convocado se pronunció.*

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- *Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito.*

2.- *Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo demandante, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.*

3.- *Desde esta perspectiva, se tiene que el problema jurídico a resolver consiste en determinar: i) si están demostrados los elementos axiológicos de la acción de enriquecimiento sin causa y ii) si se presentó una indebida valoración probatoria.*

4.- *Adviértase que toda obligación, sin excepción, responde a un motivo, una razón de ser (sine causa nulla obligatio); debe su vida, en una palabra, a cuando menos una de las fuentes de las obligaciones. Las personas resultan obligadas, ya porque contratan, ora porque manifiestan válidamente una declaración de voluntad, bien porque incurren en un hecho ilícito, entre otras, no obstante, la doctrina ha agregado otra especie: el enriquecimiento ilícito.*

4.1.- *Igualmente, se tiene que desde el derecho antiguo figuraba el principio de que nadie podía enriquecerse a expensas de otro injustamente. La ley romana ideó diversos medios para impedirlo, de los cuales fue la “actio in rem verso” la acción adoptada por la doctrina universal, coincidente por su origen y alcance con aquélla.*

4.2.- Así mismo, la jurisprudencia de antaño ha sido uniforme al indicar que la teoría en estudio es aplicable a los litigios en los que se demuestre que el patrimonio de una de las partes sufrió mengua por la ejercicio ilegal o injusto de otro contratante o de un tercero que se enriqueció a expensas suyas. Y desde esa época se sentó como principio orientador de la diferencia que existe entre esta acción de in rem verso con aquella establecida “para pedir la repetición del pago de lo no debido y a la que nace de los hechos ilícitos”, de ahí que, presentado dicho fenómeno surge a favor de la persona empobrecida una pretensión restitutoria encaminada a restablecer la integridad de su patrimonio con referencia al de su contraparte.

De otra parte, en punto de la acción referida, tanto la jurisprudencia como la doctrina, uniformemente han señalado que ese remedio subsidiario constituye un recurso “in extremis” para afrontar un problema de justicia conmutativa atendida la circunstancia de mediar un personal empobrecimiento, habilitándose así la posibilidad de obtener la restitución de aquello en que el primero resultó enriquecido o expresado en otros términos, desplazamiento de valores que produzca un incremento patrimonial en determinado sujeto a costa del patrimonio de otro, consumado de una manera apenas en apariencia conforme a derecho, pero en el fondo desprovisto de justificación, que pueda servirle de base y que, por lo tanto, le atribuye al perjudicado la condigna acción de reembolso, a condición eso sí, de que se interponga en subsidio de toda otra acción (sentencia de junio 9 de 1971 C. S. J.).

En definitiva, para la prosperidad de la misma es menester la concurrencia de los siguientes supuestos axiológicos: **a) que haya habido un enriquecimiento; b) un empobrecimiento correlativo; c) es preciso que ese enriquecimiento haya sido injusto o sin causa; d) es preciso que el enriquecimiento no haya tenido ningún otro medio para obtener satisfacción, puesto que la acción de in rem verso tiene un carácter esencialmente subsidiario; y e) por último esta acción no puede jamás ejercitarse contra una disposición imperativa de la ley , la falta de uno de ellos da al traste con la acción.**

5.- Al amparo de la orientación que precede se adentrará la Sala en el estudio de los requisitos a los que se ha hecho alusión, con el propósito de determinar si están cumplidos los mismos y, por ende, la actio in rem verso se encuentra llamada a prosperar, dejando en claro que esos elementos, se itera, son concurrentes, es decir, que la ausencia de uno de ellos conlleva automáticamente a la negativa de las pretensiones de la demanda, sin que resulte necesario acometer el análisis de los demás.

5.1.- Aquí no generó debate que el demandante entregó a William Gutiérrez la suma de \$250.000.000, así se desprende de las pruebas recaudadas, principalmente, los documentos denominados constancia de pago que obran en el cuaderno principal, en los que se consignó el recibo de \$80.000.000 el 25 de noviembre de 2016 y de

\$170.000.000 el 6 de diciembre de ese mismo año (págs. 9-10 Cuaderno Principal). De igual modo, ese hecho fue reconocido por las partes en sus interrogatorios respectivos, aunque con algunas discrepancias de la destinación que se les daría a dichos fondos. De tal circunstancia puede extraerse el desplazamiento patrimonial requerido.

Pese a lo anterior, para la Sala, al igual que lo halló acreditado la primera instancia, la referida situación sí tuvo una causa jurídica, pues entre los extremos de la litis se habría acordado la constitución de una sociedad que denominarían Gutiérrez Construcciones G&C S.A.S, para lo cual se hicieron los respectivos aportes por cuantía de \$250.000.000.

*Véase que en las mencionadas constancias de pago se consignó que los dineros se recibían **“por concepto del acuerdo suscrito sobre la constitución de Gutiérrez Construcciones G&C S.A.S y el traslado del establecimiento de comercio “Gutiérrez construcciones” y compra de activos fijos por parte esta compañía ”***

*De igual modo, en la declaración de parte, el demandante Mauro Caro expuso que el señor William Gutiérrez lo invitó a asociarse porque a su empresa le estaba yendo muy bien, pero no estaba satisfecho con su manejo y que a éste le pareció una propuesta muy interesante; que la invitación inicial fue la venta de una parte de la compañía ante lo cual advirtió que primero se le haría una especie de peritaje y fue este quien propuso el contacto con Juan Carlos López Rocha, una persona que revisaría la contabilidad, ante los resultados de esto se **concluyó que debía hacerse una nueva empresa que arranque de ceros, y acordaron una participación igualitaria más su trabajo y aporte y conocimiento en temas financieros y administrativos.** Dijo además que la entrega del dinero se hizo anticipadamente **“con la promesa de constituir la sociedad arrancando el año”** el 2017, tema que nunca ocurrió. (archivo 023).*

*En similar dirección, el demandado William Gutiérrez afirmó que fue el demandante quien se interesó por el negocio en que participaba de arreglo de fachadas en conjuntos residenciales, pues estaba en la búsqueda de generar una inversión y quien le propuso formar una sociedad, ofreciéndole inicialmente 47 millones de pesos que le parecieron muy poco; agregó que luego de algunos meses **sí fue él quien le propuso el negocio,** lo llamó a las 10 de la noche y se reunieron para analizar la viabilidad, contratando a Juan Carlos López quien hizo una revisión de casi dos meses; que el demandado conocía del negocio y que tenían incluso contratos ya en curso y que la inversión se hacía para pagar algunas deudas; que el demandante conoce que esa plata se destinó para pagar nómina de obras en curso; así mismo, sostuvo que **de palabra se acordó una participación societaria con ganancias para el demandante de un 35%.***

De otra parte, aseveró que el demandante participó en varias acciones de la compañía, librando cheques, contratando nóminas y que en un punto debido a problemas con contratos vigentes la liquidez de la empresa estuvo en riesgo; que él nunca se opuso a que se formara la nueva compañía, pero que no era conveniente liquidar la anterior compañía porque tenían algunas deudas, el demandante dijo que no podía seguir con el negocio y le pidió la plata de vuelta.

A su turno Sandra Patricia Torres aseguró que estuvo presente en varias reuniones entre Mauro Caro y William Gutiérrez, y en ese sentido dio fe de los acercamientos entre ellos para asociarse, porque la compañía estaba buscando un apoyo, por lo que se llegó a un acuerdo que el demandante tendría una participación en la empresa, para lo cual inicialmente se le pidió un pago, pidiéndosele \$600.000.000. Añadió que el demandante se tomó unos meses para indagar sobre su participación y tuvo acceso ilimitado a la contabilidad, y antes de aceptar la sociedad se dio cuenta en qué estado estaba la empresa. Afirmó que el acuerdo se dio por \$400.000.000 y el actor dio \$250.000.000; que la idea era seguir con la empresa, pero por solicitud del demandante se planteó abrir una nueva sociedad y mientras ello se materializaba se le daría una participación, al punto que asistió a la oficina ocupándose de la parte financiera. Finalmente, sostuvo que el demandante decidió retirar su participación al ver que algunos negocios no salieron como lo esperaban (archivo 27, ib).

También obra en el expediente el acta denominada numero 1° de Asamblea General de Accionistas en la cual Mauro Caro y William Gutiérrez se reunieron para crear la sociedad Gutiérrez Construcciones G&C S.A.S., estableciendo los estatutos de la misma el día 4 de enero del 2017 (págs. 12 a 23, ib).

En ese orden de ideas, se observa que, contrario a lo que aseveró la censura, sí está acreditado el acuerdo de voluntades que llevó a la entrega de los \$250.000.000, al punto que los extremos de la litis desplegaron la acción atrás reseñada constituyendo un documento privado para crear la sociedad por acciones simplificada conforme el artículo 5° de la Ley 1258 de 2008, no obstante este, aparentemente y por causas que no se probaron en este escenario, no fue inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio para formalizarla, vicisitud que de todos modos, daría lugar a lo previsto en el artículo 7° ibídem, a cuyo tenor: “mientras no se efectúe la inscripción del documento privado o público de constitución en la Cámara de Comercio del lugar en que la sociedad establezca su domicilio principal, se entenderá para todos los efectos legales que la sociedad es de hecho si fueren varios los asociados. Si se tratare de una sola persona, responderá personalmente por las obligaciones que contraiga en desarrollo de la empresa”.

En el escenario así descrito, para la Sala es claro que el traslado de los recursos sí tuvo una causa contractual, como viene de verse, la constitución de una sociedad, al margen que los aportes efectuados

por el demandante se hubiesen destinado o no en la forma convenida, aspecto que careció de soporte probatorio por el demandante y que, de todos modos, no corresponde dilucidarlo en este litigio, pues para ese fin el interesado cuenta con otras acciones para restablecer su patrimonio, tópico sobre el que se ahondará más adelante.

Lo anterior es suficiente para desestimar los reparos que le endilgaron a la sentencia en punto a la ausencia de determinación de una relación contractual, así como la carencia de “una línea de tiempo” que explicara los acontecimientos, carga que de todos modos pesaba sobre el demandante, quien estaba compelido a demostrar la falta de causa válida; no obstante, como quedó visto, el desplazamiento de activos tuvo su justificación en la constitución de una nueva sociedad.

Cabe añadir que tampoco es patente la indebida valoración probatoria que se le atribuye a la sentencia, pues tanto el interrogatorio de parte del demandado, como el testimonio de Sandra Patricia Torres fueron acordes con lo reconocido por el mismo convocante, en lo que atañe a los acercamientos surtidos entre ellos para constituir una sociedad con similar objeto social de Gutiérrez Construcciones S.A.S. declaraciones que de igual forma, analizadas en conjunto con las demás pruebas documentales, como lo ordena el artículo 176 del Código General del Proceso, revelan la relación contractual que unió a los litigantes.

En ese aspecto, también ha de verse que no se observó que las versiones del demandante y su cónyuge fueran manipuladas, las mismas lucieron espontáneas, al margen de los apartes en que se requirió al abogado para que guardara silencio durante las audiencias respectivas, situación que fue advertida por el juez a-quo, quien dentro de sus poderes de corrección y ordenamiento llamó la atención sobre las consecuencias de esos actos.

5.2.- Ahora bien, igual razonamiento cabría predicar frente la persona jurídica convocada, pues se dejó de acreditar que la entrega de los activos se efectuó directamente a dicha sociedad y, si bien, en su interrogatorio de parte el demandado aceptó que la inversión del señor Mauro Caro se destinó al pago de unos pasivos de Gutiérrez Construcciones S.A.S., también aseguró que ello hizo parte del acuerdo celebrado, sin que la parte actora cumpliera a cabalidad con su deber de probar que las circunstancias que rodearon el convenio fueron distintas.

Por el contrario, en el expediente obra una factura del año 2017, mediante la cual el demandante le cobra a la referida persona jurídica servicios financieros por valor de \$5.000.000, mismos que fueron pagados a la cuenta reportada por el señor Caro Guarnieri. Con idéntica orientación, la sociedad le giró por conceptos de anticipo la suma \$18.461.538 en marzo del 2017, entre otras sumas, por honorarios (págs. 100 a 119, ib).

También milita a folios varias copias de correos electrónicos, que no fueron desconocidos por el demandante, en los que este se dirige a distintos contratistas y personas como Gerente Financiero de Gutiérrez Construcciones S.A.S. así:

□
Buenas tardes Mauricio,

 amablemente le solicito realizar el pago correspondiente al segundo corte de obra.

Espero que entienda que la demora en dicho pago está generando inconvenientes serios no solo para la terminación de la obra sino también al interior de nuestra empresa pues desde el punto de vista de flujo de caja nos hemos visto obligados a solventar los trabajos de una manera distinta a la establecida en el contrato suscrito con ustedes.

Le agradezco su máxima colaboración con este asunto y su pronta respuesta.

Atentamente,

MAURO CARO GUARNIERI
Gerente Financiero
GUTIERREZ CONSTRUCCIONES SAS

De lo anterior, sin ambages, puedo colegirse que frente a la persona moral convocada también medió una causa jurídica, incumpléndose con los requisitos para el éxito de la actio in rem verso.

Lo expuesto pese a que dicha sociedad dejara de contestar la demanda, conducta procesal que, si bien dio lugar a presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos el libelo, conforme lo prevé el artículo 97 del C.G.P, esa presunción debe estar soportada con los demás elementos de juicio acopiados por así ordenarlo el canon 166 ibídem, a cuyo tenor:

*“Las presunciones establecidas por la ley serán procedentes **siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados**. El hecho legalmente presumido se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice”.*

Entonces, si los medios de convicción desdican de lo que podría tenerse como confesado o aceptado, no es factible aplicar esa sanción procesal en la forma que ahora pretende el censor, para tener por ciertos los presupuestos que se echan de menos de la acción de enriquecimiento de origen cambiario.

6.- En consonancia con lo que se ha dicho en esta providencia, se observa que igualmente no se cumple el requisito axiológico conforme el cual el demandante debe de carecer de acciones judiciales aptas para restablecer su patrimonio, habida cuenta que, según la fuente invocada,

esto es, la entrega de recursos para formar una sociedad, cuenta con los mecanismos de defensa que anteceden a una relación contractual.

Recuérdese a riesgo de fatigar que: “la naturaleza esencialmente subsidiaria de esta acción no estriba en el hecho de que a ella pueda acudir después de que han sido ejercidas infructuosamente las acciones con que contaba el afectado, sino que, en sentido contrario, ella solamente puede ser empleada por quien no tiene a su disposición ninguna otra acción o medio que le permita remediar o subsanar una determinada situación patrimonial injusta”¹ (resaltado fuera de texto).

7.- En ese orden de ideas, para la Sala no concurren en el asunto los elementos axiológicos de la acción invocada, de modo que los reparos presentados por la parte convocante no se encuentran llamados a prosperar por las razones que vienen de anotarse, por ende, habrá de confirmarse la sentencia objeto de alzada con la consecuente condena en costas a la parte apelante ante la improsperidad de la alzada, de acuerdo con lo establecido en el numeral 1º del artículo 365 del C.G.P.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR, por las razones expuestas en esta providencia, la sentencia dictada el 19 de mayo del 2022 en el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, por las razones aquí expuestas.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte recurrente. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5º del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a dos salarios mínimos legales de la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTÍFIQUESE

¹ CSJ. Sentencia 2 de octubre de 2008. Exp. 2002 0003401.

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **a268e899e1370c037977b9a6a5fa268187a3cd07b3ce3977ca231bd58f01d82b**

Documento generado en 19/10/2022 12:04:02 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Ref.: Proceso ejecutivo de Carlos Julio Blanco Alvarado contra Lilian Yamile Camacho Castellanos.

En orden a resolver el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra el auto de 7 de septiembre de 2022, proferido por el Juzgado 19 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia para rechazar la demanda por no haberse subsanado conforme a la providencia que la inadmitió, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Como la apelación del auto que rechaza la demanda comprende la del que negó su admisión, es necesario reconocer que la jueza se equivocó al requerir al demandante para que allegara “el poder conferido con la constancia de haberse otorgado a través de mensaje de datos” y “la minuta o el documento que debe ser suscrito por el ejecutado”¹, no sólo porque el escrito de apoderamiento se otorgó conforme lo dispone el inciso 2º del artículo 74 del CGP², sin que sea necesaria ninguna nota especial en función del formato empleado, máxime si se considera que la parte interesada puede acogerse, a conveniencia, a la modalidad prevista en la Ley 2213 de 2022 o a la regulada en el estatuto procesal general, sino también porque “la minuta” que exige la parte final del inciso 1º del artículo 434 del CGP fue allegada con el libelo³.

Y aunque es cierto que el señor Blanco adjunto un “borrador de la escritura pública que debía firmarse ante la notaría 29 del Círculo de Bogotá”, como lo afirmó la jueza

¹ 01cuadernoCopiasRemitido, Cuaderno6-demandaEjecutiva, Cuaderno1Principal, pdf. 003 AutoInadmite.

² 01cuadernoCopiasRemitido, Cuaderno6-demandaEjecutiva, Cuaderno1Principal, pdf. 001 EscritoDemandadoInstauraDemandaEjecutivo, p. 4 y 5.

³ 01cuadernoCopiasRemitido, Cuaderno6-demandaEjecutiva, Cuaderno1Principal, pdf. 001 EscritoDemandadoInstauraDemandaEjecutivo, p. 6 a 19.

República de Colombia



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

en su decisión de 7 de septiembre pasado⁴, también lo es que la palabra “minuta”, según la RAE, significa “extracto o borrador que se hace de un contrato u otra cosa, anotando las cláusulas o partes esenciales, para copiarlo después y extenderlo con todas las formalidades necesarias para su perfección”, lo que significa que el documento en cuestión cumple con la exigencia prevista por el legislador⁵.

2. Por estas razones, se revocarán los autos de 22 de agosto y 7 de septiembre de 2022, para que se libre mandamiento de pago, en el sentido que legalmente corresponda. No lo hace el despacho, para garantizar el derecho de defensa del ejecutado. No se impondrá condena en costas, por la prosperidad del recurso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** los autos de 22 de agosto y 7 de septiembre de 2022, proferidos por el Juzgado 19 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia. La juzgadora procederá a librar mandamiento de pago, en el sentido que legalmente corresponda.

NOTIFÍQUESE,

⁴ 01cuadernoCopiasRemitido, Cuaderno6-demandaEjecutiva, Cuaderno1Principal, pdf. 006 AutoRechazaDda.

⁵ Cfrme. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “Código General del Proceso, Parte Especial”, Dupre Editores Ltda., 2017, p. 556.

Firmado Por:
Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **3f2308f1df6f82bb8d2ad1af882bcc8a9308437b2deda4d8c7cb4060295d7ec7**

Documento generado en 19/10/2022 12:52:42 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Bogotá D. C., diecinueve de octubre de dos mil veintidós

11001 3103 019 2020 00141 01

Ref. proceso ejecutivo de Gloria Elena Pulido frente a Yefersson Antonio Morales
López

El suscrito Magistrado declara IMPROCEDENTE el recurso de reposición que la parte ejecutada formuló contra el auto de 30 de septiembre de 2022, con el que se denegó la solicitud probatoria que la ahora inconforme presentó, por cuanto la providencia impugnada es suplicable (artículo 331 del C.G.P.).

Memórese que el artículo 318 del C.G.P. establece que el recurso de reposición procede, entre otros, contra los autos emitidos por el magistrado sustanciador no susceptibles de súplica.

Sin embargo, en acatamiento a lo que manda el párrafo del mismo artículo 318, según el cual, “cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente”, se DISPONE que, por secretaría, se remita el expediente al Magistrado que sigue en turno, para lo de su cargo.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

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

Código de verificación: **29684d42198dbe9ee4624df4e9bf459e9f6d61855e8698467759d740a92a2b59**

Documento generado en 19/10/2022 03:58:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., diecinueve de octubre de dos mil veintidós

En auto del pasado 21 de septiembre se atestó la personería para actuar al apoderado de Mario Gerardo Quintero Melo, con la precisión de que para reconocer a este último como heredero de Jose Eccehomo Quintero Pulido debía aportarse la prueba que demostrara ese derecho. El demandado recurrió la decisión pretendiendo que se revoque porque, en su criterio, debe ordenarse que antes de reconocer personería se cumpla “con lo de ley para esos efectos de la sucesión procesal”.

Para la solución del recurso es suficiente poner de relieve que la decisión del despacho se limitó a manifestar que el abogado actúa a nombre de quien aduce ser heredero del demandante inicial, para lo cual no es impedimento – en ese entonces– la falta de prueba de la calidad aducida, puesto que, en todo caso, se le indicó al interesado que debía demostrarla. Con otras palabras, el tribunal no ha obviado los presupuestos para dar paso a la sucesión procesal, ya que esta se supeditó a la acreditación de la condición de hijo del señor Quintero Pulido que Mario Gerardo dijo tener.

No puede confundirse la simple atestación de la personería adjetiva al apoderado de un sujeto que pretende actuar en un proceso, con la viabilidad de que este se haga parte en el mismo. En el primer caso, dicho acto formal obedece a que, al margen de que se permita al interesado hacerse parte, para que sea escuchado –debido a la cuantía del asunto– esa gestión debe realizarla a través de profesional del derecho. En el segundo, la procedibilidad de su vinculación al proceso como extremo del litigio pende de la ya comentada prueba de la calidad que aduce tener.

En consecuencia, la sala unitaria **NO REPONE** el auto emitido el primero de febrero del año en curso.

Al margen de lo reflexionado, la copia del registro civil obrante en la página 3 del documento 42 de la carpeta del tribunal, da cuenta que José Eccehomo Quintero Pulido era el padre de Mario Gerardo Quintero Melo, razón por la cual se reconoce a este último como sucesor de aquel.

De otro lado, el expediente da cuenta que se cumplió con las formalidades correspondientes para el emplazamiento de los herederos indeterminados del causante. Queda por tramitarse la comunicación de la existencia del proceso a Sandra Dalila y Luz Angela Quintero Melo, que, según escrito radicado por la convocada, son hijos de don José Eccehomo.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Rad. 022-2012-00603-02

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **602757036f0b9247c6e025ba8f7b186f097c04fee9232ed64ea44e447e1802fd**

Documento generado en 19/10/2022 01:20:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RAD. 110013103 022 2021 00008 03

ASUNTO A TRATAR

Se procede a decidir el recurso de reposición interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto proferido por el Magistrado sustanciador el 5 de agosto de 2022, a través del cual declaró desierto el recurso de apelación formulado contra la sentencia de 10 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Veintidós Civil del Circuito de Bogotá, por no haber sido sustentado en tiempo.

EL RECURSO

En esencia, el recurrente alegó que al formular la impugnación vertical en audiencia planteó ampliamente los

reparos contra la sentencia, y dentro de los 3 días siguientes presentó la sustentación por escrito, sobre cada uno de los reparos; de modo que sí fue sustentado el recurso. Agregó que la decisión recurrida se sustentó en la SU-418 de 2020, que desconoce los cambios introducidos por el Decreto 806 de 2020, norma vigente al momento de la admisión del recurso; y, según alega, modificó la estructura del trámite de la apelación y sustituyó el procedimiento oral por el escrito.

También aseguró que la decisión adoptada no tuvo en cuenta lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias STC5497 y STC5790 de 2021, incurriendo en un exceso ritual manifiesto, cuando lo correcto era tener por sustentado el recurso de apelación con lo dicho en la audiencia, complementado con el escrito adicional, momento en el que se presentó argumentación amplia sobre los puntos de reparo.

CONSIDERACIONES

1. El Decreto 806 de 4 de junio de 2020 estuvo vigente desde su expedición hasta el 31 de mayo de 2022, y en ese momento era de obligatorio acatamiento. Por esa razón, es la norma que se aplicó al admitir el recurso de apelación interpuesto en este caso; pues, la impugnación vertical fue formulada el 10 de noviembre de 2021, en la audiencia donde se profirió el fallo cuestionado. Así que, todo el trámite debe sujetarse a esa normativa, porque así lo impera el artículo 40

de la Ley 153 de 1887, subrogado por el 624 del C. G. P., y lo reitera el numeral 5 del canon 625 *ejusdem*.

Pues bien, el artículo 14 del aludido cuerpo normativo, *ad pedem litterae* **ordena:**

“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:

Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará únicamente en los casos señalados en el artículo 327 del Código General del Proceso. El juez se pronunciará dentro de los cinco (5) días siguientes.

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.

Si se decretan pruebas, el juez fijará fecha y hora para la realización de la audiencia en la que se practicarán,

se escucharan alegatos y se dictará sentencia. La sentencia se dictará en los términos establecidos en el Código General del Proceso.” (Subrayas extra texto).

Basta mirar el texto claro y preciso de la norma para darse cuenta que no hay lugar a las disquisiciones y hermenéuticas que invoca el recurrente, las cuales realmente se presentaron en pretéritas ocasiones a raíz de lo establecido en los cánones 322 y 327 del Código General del Proceso. Cuando el texto de la ley es claro, no hay lugar a forzadas interpretaciones en pos de hallar un sentido que surge nítido del texto legal.

Es propicio aquí contrastar la disposición regente del presente asunto, con su homóloga en el Código General del Proceso. El inciso final del artículo 322 ordena:

“Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.

Si el apelante de un auto no sustenta el recurso en debida forma y de manera oportuna, el juez de primera instancia lo declarará desierto. La misma decisión adoptará cuando no se precisen los reparos a la sentencia apelada, en la forma prevista en este numeral. El juez de segunda instancia declarara desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.

Además de que el texto de la norma que rige este procedimiento –Decreto 806– es claro y preciso, es razonable afirmar que materialmente las normas –el 322 del Código General del Proceso y el 14 del Decreto 806– regulan el mismo supuesto e idéntica consecuencia jurídica para la falta de sustentación del recurso.

Como se ve, la norma reguladora del trámite del recurso de apelación es clara y precisa. La interposición, los reparos concretos y la sustentación del recurso de apelación son actos distintos, y cada uno tiene señalado el momento y forma de hacerlo. La norma procesal imperativamente consagra que la sustentación se debe hacer ante la segunda instancia.

2. El debido proceso implica, precisamente, sometimiento a las reglas legales previamente fijadas por el ordenamiento jurídico para el juzgamiento, de modo tal que no se generen sorpresas para quienes acuden a la jurisdicción, y se pueda prever anticipadamente cuál ha de ser la decisión posible probable que corresponde producir en cada evento.

Con sujeción a esa preceptiva que se viene de reproducir, aquí se profirió el auto ahora cuestionado en cuyo texto – aunque no hacía falta, porque la ley así lo impone – se dejó advertido que: *“El recurso deberá sustentarse dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este proveído, a través del correo electrónico institucional de la Secretaría de la Sala Civil de este Tribunal, atendiendo lo estatuido por el artículo 109 del Código General del Proceso, so pena de declararse desierto.”*

De manera que aquí no se conculcó el derecho de acceso a la jurisdicción y tampoco se ha incurrido en formalismo alguno; simplemente, se actúa con cabal ajustamiento a las reglas que desarrollan el debido proceso, las que son de imperativo acatamiento por el juez **y por todos los sujetos procesales**, y su inobservancia depara consecuencias que allí están consagradas, y, además, fueron recordadas en el auto recurrido. Así que los reparos conceptuales que tenga el impugnante con la legalidad del Decreto 806 de 2020 no pueden servir de apoyo a su pretensión de ignorar tan claro mandato como el contenido en el canon 14 de ese cuerpo normativo.

3. Por otro lado, vale la pena señalar que, si bien la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha proferido las sentencias citadas por el demandante, como ya se indicó en la decisión atacada, esta no es una posición consolidada desde el punto de vista constitucional; pues, varios de estos fallos han sido revocados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Esta última, en la sentencia STL7317-2021, con relación a este preciso tema, sostuvo:

“(...) el legislador no solo impuso al apelante el deber de edificar en primera sede la pretensión impugnativa, sino también la obligación de argumentar y desarrollar en segundo grado esos reparos concretos que debieron formularse ante el a quo.

(...)

Así las cosas, se advierte que la Magistratura enjuiciada realizó un estudio de la normativa y la jurisprudencia aplicable al caso para, con base en su sana crítica, concluir que la falta de sustentación en segunda instancia acarrea la declaratoria de desierto del recurso de alzada”.

4. También es apropiado memorar lo advertido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 418 de 2019:

“De este modo, es evidente que, tratándose de la apelación de sentencias, ante el juez de primera instancia se interpone el recurso y se precisan de manera breve los reparos concretos que se le hacen a la decisión, pero la sustentación del recurso debe hacerse ante el superior y dicha sustentación debe versar sobre los reparos enunciados ante el juez de primera instancia.

En este punto, sin embargo, conviene señalar que, no obstante que parece ser clara la obligación de sustentar ante el superior, no se expresa la oportunidad para hacerlo y que, comoquiera que al superior se le da traslado de todo lo actuado, si ante el juez de primera instancia se han presentado con suficiencia las razones que fundamentan la apelación, la misma puede tenerse como sustentada ante el superior. No obstante, esa lectura queda descartada por el propio artículo 327, al

regular la convocatoria a la audiencia de sustentación y fallo.

Por lo demás, esta disposición normativa también es clara en señalar que el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia. Difícilmente puede pretenderse que ese deber se predica exclusivamente de aquel de sujetarse a lo expuesto ante el juez de primera instancia, pero que la disposición debe leerse en el sentido de que es facultativo del apelante acudir a la audiencia y que solo si lo hace, le resulta predicable el deber de sujetarse a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia. Por el contrario, la lectura integrada de los distintos apartados normativos ya referenciados conduce a entender que ese deber se predica tanto de la necesidad de hacer la sustentación ante el superior, como de la de circunscribirla al desarrollo de lo presentado ante el juez de primera instancia.

Si lo anterior es así, no resulta de recibo la lectura conforme a la cual la declaratoria de desierto del recurso solo puede darse cuando el mismo no haya sido sustentado en cualquier instancia del proceso, porque es evidente que la competencia del superior se circunscribe a las actuaciones que se surtan ante él, y no frente a las que se entiendan agotadas ante el inferior. Incluso, aun cuando podría argumentarse que ninguna disposición establece de manera expresa la

obligación de acudir a la audiencia de sustentación y fallo, y que, del mismo modo, no hay disposición que, de manera expresa, disponga que de no hacerse la sustentación ante el superior deba declararse desierto el recurso, lo cierto es que la lectura que se ha presentado, complementada con los deberes generales de las partes en el proceso y las características del juicio oral, conducen a la conclusión de que no hay una indeterminación insuperable. Y si no hay una indeterminación insuperable, no cabe la alternativa que trata de fijar el sentido en función de la aproximación que se estime más garantista”. (Subrayas a propósito).

Esta magistratura está siguiendo la línea de su precedente horizontal, en el cual ha tenido como base los lineamientos planteados en la sentencia constitucional unificación SU 418 de 2019, que se viene de memorar; y no ve razones con entidad para variar ahora ese criterio.

Para rematar, la solicitud de la concesión del recurso de súplica, será rechazada. Baste decir que la decisión impugnada no es apelable; pues, no está consagrado en el catálogo del artículo 321 del C. G. P., ni en el 322 *ibidem*, que consagra la declaratoria de desierto del recurso de apelación, establece la procedencia de la apelación de tal decisión.

Esos fundamentos normativos y jurisprudenciales nos relevan del deber de más argumentación para negar la reposición reclamada.

LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: No se repone el auto de 5 de agosto de 2021, por las razones esgrimidas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Remítase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **72f60d87f27e04dd564d382b262404068ef77d793e4f5d8eef9ae6df8199a3d**

Documento generado en 19/10/2022 03:33:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil
veintidós (2022).*

**REF: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
DE HORTELIA SARMIENTO GÓMEZ, ÁNGELA MARÍA y JHON JAIRO
URIBE SOTO SARAVIA contra COMPAÑIA ALLIANZ SEGUROS DE VIDA
S.A. Exp. 023-2019-00653-01.**

**MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.**

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 14 de
septiembre y 19 de octubre de 2022.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por la parte demandante contra la sentencia anticipada dictada el
18 de agosto de 2022 por el Juzgado 23 Civil del Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

1.- *El 4 de septiembre de 2018 (pág. 168, archivo 001CuadernoPrincipal) HORTELIA SARMIENTO GÓMEZ, ÁNGELA MARÍA y JHON JAIRO URIBE SOTO, a través de apoderado judicial, demandaron a la sociedad ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., pretendiendo, en compendio, se declare que la demandada es contractualmente responsable por haber incumplido el pago de la indemnización del siniestro por la muerte de Ángel Germán Soto Sierra quien era asegurado en la póliza PLAN DE VIDA GRUPO No. 201950762. En consecuencia, se le ordene pagarle a los demandantes, beneficiarios, la suma de \$140.000.000, más los intereses comerciales moratorios desde el 29 de septiembre del 2017 hasta el momento que se verifique el pago, conforme lo ordena el artículo 1080 del Código de Comercio (pág. 162, ib).*

2.- *En apoyo a su pedido plantean la siguiente situación fáctica (págs. 163 a ídem):*

2.1.- *Ángel Germán Soto Sierra en calidad de docente del Instituto Educativo Santa Inés del Municipio de Tame contaba con beneficios por su cargo, entre ellos, un seguro de vida colectivo con la*

aseguradora Allianz S.A. denominado Plan de Vida Docentes No. 21950762, en el que incluyó como beneficiarios a los aquí demandantes.

2.2.- El 25 de abril de 2017, el citado docente fallece como consecuencia de un paro cardíaco, circunstancia ante la cual, los beneficiarios procedieron a reclamar el pago de la correspondiente indemnización.

2.3.- El 29 de agosto del 2017, la aseguradora objeta la reclamación con fundamento en que al momento de suscribir la póliza el señor Soto Sierra no declaró la existencia de hipertensión arterial y discopatía degenerativa, por lo tanto, fue reticente.

2.4.- La aseguradora no fundamentó debidamente su objeción y se abstuvo de practicar examen médico previo al contrato, o de solicitar la historia clínica, así mismo, las enfermedades preexistentes eran debidamente tratadas, por lo que la demandada está obligada al pago de la indemnización correspondiente.

3.- Enterada la persona jurídica convocada - del auto admisorio (pág. 217, ib) se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito denominadas: “nulidad relativa”; “prescripción”; “inexistencia de incumplimiento por parte de la demandada”; “no procede el pago del valor asegurado, ni el pago de los intereses bancarios moratorios”, (págs. 267 a 269, ib).

4.- El Juez a quo convocó a las partes a la audiencia de que tratan los artículos 372 y 373 del C.G. del P. y en sentencia anticipada dictada el 18 de agosto de 2022 declaró probada la excepción de “prescripción” en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al extremo actor, determinación que este no compartió por lo que interpuso el recurso de alzada que ahora se revisa.

II. EL FALLO CENSURADO

5.- El despacho de primera instancia dictó sentencia anticipada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 278 del C.G del P., luego de hacer una breve síntesis de los hechos que rodearon el asunto, expuso que se encontraba probada la excepción de prescripción extintiva del contrato de seguro elevada por la convocada, teniendo en cuenta el término ordinario de 2 años, que prevé el artículo 1081 del Código de Comercio.

Sostuvo que sobre el plazo extintivo no operó la renuncia, ni la interrupción civil, y aunque se configuró un periodo de suspensión, debido a la solicitud de audiencia de conciliación extrajudicial este periodo corrió únicamente por dos meses entre el 15 de septiembre y el 15 de noviembre de 2018, conforme el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, de modo que al reanudarse el término tuvo como fecha límite el 26 de junio del 2019

concluyéndose que la demanda radicada el 4 de septiembre de 2019, se hizo por fuera de los dos años previstos en el artículo 1081 ibídem.

III. ARGUMENTOS DEL RECURSO

6.- El extremo recurrente adujo que el juez equivocó su decisión ya que la prescripción se encontraba suspendida, de modo que la demanda fue presentada en forma oportuna. Agregó que no se tuvo en cuenta la condición de beneficiarios de los demandantes.

6.1.- Así mismo, por auto adiado 13 de septiembre de la presente anualidad, se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, a la parte apelante con el propósito que sustente su alzada.

6.2.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la parte inconforme -demandante-presentó escrito dando cumplimiento a lo ordenado en el auto que antecede, en tanto que su contraparte dentro de la oportunidad correspondiente guardó silencio.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además no se observa causal de invalidez que anule la actuación, por lo que se impone una decisión de mérito.

2.- Con miras a desatar la apelación formulada por el extremo convocante, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión. También es necesario destacar que conforme el artículo 322 del Código General del Proceso, la sustentación de la alzada deberá versar sobre los reparos concretos elevados ante la decisión, es decir, cualquier argumento adicional y extraño a las aludidas inconformidades no será atendido.

3.- Así las cosas, la órbita analítica del Tribunal en sede del recurso de apelación se circunscribe a despejar los motivos de disentimiento expresados por el impugnante, esto es: no se configuró el fenómeno jurídico de la prescripción ordinaria alegada por la parte convocada, en tanto que el término se encontraba suspendido y que no se tuvo en cuenta,

para ese efecto, la calidad de los demandantes quienes eran beneficiarios de la póliza.

4.- Sabido es que la figura de la prescripción cumple dos funciones en la vida jurídica, una como modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas y otra como medio de extinguir las acciones o derechos ajenos, cuando ambas han dejado de ejercerse durante cierto tiempo; denominase la primera usucapión o prescripción adquisitiva, a través de la cual quien ha poseído por un período determinado y con el lleno de los demás requisitos de ley, gana así el derecho real de los bienes ajenos corporales, raíces o muebles que se encuentran en el comercio humano; en cambio la segunda **prescripción extintiva o liberatoria**, que no se trata de un mecanismo de adquirir sino una manera de extinguir las acciones o derechos personales de quien ha dejado de ejercerlos por un tiempo determinado.

Prescripción de las Acciones Derivadas del Contrato de Seguro

5.- Preceptúa el artículo 1081 del Código de Comercio que:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.”

“La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

“La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho...”.

La H. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, en lo atinente al momento en que debe empezar a computar el término prescriptivo según sea la prescripción ordinaria o extraordinaria, últimamente, ha interpretado el artículo 1081 del Código de Comercio, así: “...es preciso tener en cuenta la diversidad de acciones que surgen del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen, pues obviamente el artículo 1081 del C. de Co., no está diseñado ni se agota exclusivamente frente a la indemnizatoria - o la encaminada a exigir la prestación asegurada - en manos del beneficiario del seguro, cuestión que obliga, en el marco de una cabal hermenéutica de ese precepto, establecer en cada caso concreto la naturaleza de la prestación reclamada, pues esta ha de determinar a su turno **cuál es el hecho que da base a la acción** (tratándose de la prescripción ordinaria) y en qué momento nace el respectivo derecho (cuando se invoque la prescripción extraordinaria); desde luego que esas acciones no siempre tienen su origen en un solo hecho o acontecimiento, pues este varía conforme al interés de su respectivo titular (tomador, asegurado, beneficiario, o asegurador), y tampoco tienen siempre su fuente en el contrato mismo de seguro, sino algunas veces en la ley, como acontece con las acciones y las excepciones de nulidad relativa, la devolución de la prima etc. Lo anterior, es claro, sin perjuicio del régimen prescriptivo establecido en el artículo 1131 del C. de Co. para el seguro de responsabilidad civil, en el que la prescripción corre frente al asegurado a partir del momento de la petición

indemnizatoria, (judicial o extrajudicial), que efectúe la víctima, y, respecto de esta, desde el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, según lo esclareció el legislador del año 1990 (artículo 86, Ley 45)”

De ahí que, el momento en que empieza a correr el término prescriptivo se cuenta de forma diferente dependiendo si la acción derivada del contrato de seguro la interpone el asegurado o la alega la compañía aseguradora, tal como la Corte, lo puntualizó en líneas precedentes:

“Así, el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (prescripción ordinaria), será distinto en cada caso concreto, según sea el tipo de acción a intentar, y quien su titular, y otro tanto es pertinente predicar del momento en que NACE EL RESPECTIVO DERECHO, cuando se trate de la prescripción extraordinaria, pues en esta ese momento tampoco es uno mismo para todos los casos, sino que esta dado por el interés que mueve a su respectivo titular.”

“Consecuente con lo anotado, cuando se está en frente de acciones derivadas del contrato como sucede con la de reconocimiento de la indemnización (o de la prestación asegurada) a que tiene derecho el beneficiario, el momento a partir del cual ha de correr contra él la prescripción ordinaria, es distinto al que ha de tenerse en cuenta para computar idéntica prescripción contra el asegurador en el supuesto de que este, apoyado en acciones derivadas de la ley, demande o excepcione, según el caso, la nulidad relativa del contrato de seguro por inexactitud o reticencia del tomador en la declaración de asegurabilidad, pues en estos supuestos el hecho que da base a la acción o el nacimiento del respectivo derecho es necesariamente diferente”

“3. Puntualización adicional requiere la distinción entre una y otra especie de prescripción, por cuanto a términos del referido artículo 1081 del C. de Co., los cinco años que se exigen para la extraordinaria correrán contra toda clase de personas; mandato este último cuyo alcance definió la Corte al sostener que la expresión ‘contra toda clase de personas’ debe entenderse en el sentido de que el legislador dispuso que la prescripción extraordinaria corre aun contra los incapaces (artículo 2530 numeral 1º y 2541 del C.C.), así como contra todos aquellos que no hayan tenido ni podido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (sentencia citada de 7 de julio de 1977), esto es, en los casos de los ejemplos analizados, que el término de la prescripción extraordinaria corre, según el evento, desde el día del siniestro, o desde cuando se perfeccionó el contrato viciado por una reticencia o inexactitud, háyase o no tenido conocimiento real o presunto de su ocurrencia, y no se suspende en ningún caso, como si sucede con la ordinaria (artículo 2530 del C.C.)”

“4. Resulta por ende de lo dicho, que los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (artículo 2541 C.C.), y no corre contra quien no ha conocido ni podido conocer aquel hecho; mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria...” (sentencia 3 de mayo de 2000. Mag. Pon. Nicolás Bechara Simancas).

6.- Descendiendo al caso concreto, de entrada, es preciso determinar la naturaleza de la prestación reclamada, aspecto frente al cual, para la Sala no hay duda, que la acción invocada por el extremo actor es la indemnizatoria consagrada en el Libro IV, Título V del contrato de seguro, Capítulo I, artículo 1080 del Código de Comercio, modificado por el art. 83 de la Ley 45 de 1990 y, modificado por el art. 111 de la Ley 510 de 1999, siendo su titular, los beneficiarios, de donde deviene que el derecho invocado en el libelo dimana propiamente del contrato de seguro celebrado entre la Secretaría de Educación del Municipio de Arauca como tomador y la demandada en condición de aseguradora y los aquí actores como beneficiarios, lo que implica que la prescripción aplicable al presente caso es la **ordinaria** consagrada en el inciso 2° del artículo 1081 del Código de Comercio.

7.- Averiguado como se tiene que el contrato de seguro es la fuente del derecho reclamado, pertinente es indagar cuál es el “hecho que da base a la acción” para a partir de ahí iniciar a contabilizar el término de la prescripción ordinaria, que por demás fue la propuesta por la convocada. En ese orden de ideas, habrá de decirse retomando la jurisprudencia de la Corte (sentencias 7 julio de 1977 y 3 de mayo de 2000), que interpretando el artículo 1081 del Código de Comercio, señaló que el punto de partida sobre el cual debe empezarse a contar la prescripción ya sea la ordinaria o la extraordinaria, cuando ésta es formulada por la aseguradora no es otro que a partir del conocimiento real o presunto o en todo caso desde la ocurrencia del siniestro, tal como lo citó, en los siguientes términos:

“Entonces, la realización del siniestro, acompañada de su conocimiento real o presunto, como punto de partida para contabilizar el término de prescripción ordinario, o el sólo fenómeno de su ocurrencia (desprovisto de su conocimiento), tratándose del extraordinario, sólo es viable, en la forma en que lo dijo la Corte en la sentencia comentada, para el evento en que dicho fenómeno jurídico sea propuesto por la compañía aseguradora contra la acción promovida por el beneficiario del seguro, a raíz de la materialización del siniestro. En consecuencia, si la excepción de prescripción recae sobre conducta diversa, v. gr. la que aquí proponen las beneficiarias del seguro contra la aseguradora que planteó la nulidad relativa del contrato, el punto de partida para establecer el término prescriptivo ya no es el siniestro, sino el motivo que da base a esa nulidad, que para el presente caso no puede ser otro que las inexactitudes o reticencias del tomador y asegurado, tal cual lo adujo en esta actuación la aseguradora como soporte del citado vicio contractual. Otras excepciones de prescripción, según lo visto, tienen término prescriptivo ordinario o extraordinario a partir de la ocurrencia de hechos diversos al siniestro o al de la inexactitud o reticencia en la declaración de asegurabilidad, según sea la acción o la conducta a la que se enfrente la excepción, y, obviamente, de acuerdo con el titular que la promueva o la adopte.” (Exp.5360 ib).

Pues bien, el acaecimiento del siniestro, es decir, el deceso de Ángel Germán Soto Sierra, se produjo el 25 de abril del 2017, según lo acredita el registro civil de defunción obrante en la página 12 del archivo pdf 001, el cual se entiende conocido por los aquí demandados –beneficiarios– en esa misma data, por razón que no obra noticia alguna por parte de éstos que conocieron en época distinta al evento, por el contrario relataron en el hecho 4° de la demanda como fue todo el suceso, de allí que deba establecerse que los

aquí convocantes conocieron la ocurrencia del siniestro amparado por la póliza de vida motivo de reconocimiento, desde el mismo día en que sucedió, es decir, desde el 25 de abril de 2017.

*8.- Con apoyo en lo discurrido en precedencia, es factible colegir que, en principio, los interesados contaban hasta el 25 de abril del 2019 como plazo límite para interponer la demanda, sin embargo, nótese que el 15 de septiembre del año 2018 (págs. 14 a 18, archivo 001CuadernoPrincipal), la parte demandante presentó solicitud de conciliación extrajudicial, eventualidad que **suspendió** el lapso prescriptivo durante el tiempo que duró el trámite extraprocésal, es decir, **dos meses**, hasta el 15 de noviembre de 2018 de conformidad con lo establecido en el artículo 21¹ de Ley 640 de 2001, de tal modo que a partir del día siguiente se reanudó ese conteo prolongándose hasta el 25 de junio del 2019, en tanto que la demanda, se presentó el 4 de septiembre de 2019 (pág. 168, ib), es decir luego de haber acaecido la prescripción extintiva por la vía ordinaria.*

*De ahí que, aunque si bien operó una suspensión del término prescriptivo, como lo alega la censura, este fenómeno únicamente acaeció por el lapso atrás indicado (2 meses), habida cuenta que la misma **no suprime el tiempo recorrido, sino que lo paraliza hasta que se resuelva el conflicto**, se registre el acta de conciliación o se expida la constancia en los casos pertinentes, o venza el lapso de tres meses, retomándose posteriormente su conteo².*

*En efecto, tal como lo consigna la citada normatividad el periodo establecido en la norma en que no corren los términos, van “hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. **Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable**” (destaca la Sala).*

Aunado a lo expuesto, para la Sala es claro que tampoco se presentó la interrupción de la prescripción, en alguna de las formas que prevé el artículo 2539 del Código Civil, comoquiera que la radicación del libelo inicial se dio cuando ya se había configurado el término extintivo, según se explicó en precedencia, al paso que la reclamación directa a la aseguradora se dio el 26 de mayo de 2017 por parte de Hortelia Sarmiento Gómez y el 20 de junio de 2017 por Ángela María y Jhon Jairo Uribe Soto, de donde se colige que aun en el evento en que se aceptara que tales escritos interrumpieron el conteo del plazo extintivo en los términos del inciso 5° del artículo 94 del C.G.P., y a ello se sumara el término de suspensión de dos meses por la

¹ “Ley 640 de 2001, artículo 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2o. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable.”

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia 11001310302720070014301, dic. 18/13

conciliación extrajudicial, la presentación de la demanda del 4 de septiembre de 2019 resultaría de igual modo intempestiva.

9.- Finalmente, aunque la censura no explicó con claridad a qué hacía referencia cuando se manifestó que la sentencia de primera instancia no tuvo en cuenta la calidad de los beneficiarios, se reitera que en este caso se dio aplicación al término ordinario de dos años, dado que es de stirpe subjetiva, en la medida en que se hace depender del 'conocimiento' real o presunto del suceso generador de la acción, sin que la condición en la que acuden los demandantes imponga que deba aplicárseles un término diferente, toda vez que ese "beneficio" solo está previsto en la ley para la víctima cuando se trate de seguros de responsabilidad civil, conforme lo ordena el artículo 1131 del Código de Comercio.

De todos modos, en el presente asunto no se alegó el motivo por el cual se debería contar para ellos el plazo de la prescripción extraordinaria -de 5 años-, ni se desvirtuó la aseveración de primer grado conforme la cual los demandantes tuvieron conocimiento del siniestro desde el día que ocurrió del mismo.

10.- Las anteriores razones son suficientes para confirmar la sentencia proferida en la primera instancia, por los argumentos aquí dados, con la consecuente condena en costas a la parte recurrente.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia anticipada dictada el 18 de agosto del 2022 en el Juzgado Veintitrés Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante-recurrente. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes de la anualidad que avanza. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Código de verificación: **cde2f04f8531031ec665e4bc0a390f94b14fbf6e0a650e421d032f7e3427cd26**

Documento generado en 19/10/2022 12:04:36 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)¹

ASUNTO: PROCESO VERBAL (RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL) PROMOVIDO POR LA SOCIEDAD PROMIORIENTE ESP S.A. CONTRA LA SOCIEDAD CONSTRUCTORA HERMANOS FURLANETO COMPAÑÍA ANÓNIMA SUCURSAL COLOMBIA S.A.S. - CONFURCA SUCURSAL COLOMBIA- Y OTRA.

Rad. 026 2017 00673 02

Discutido y aprobado en Sesión de Sala de Decisión de 13 de julio de 2022, según acta No. 26 de la misma fecha.

Decide la Sala la solicitud de aclaración que formuló la sociedad Confurca Sucursal Colombia S.A.S. respecto de la sentencia de segunda instancia que profirió este Tribunal el 10 de junio de 2022, dentro de este asunto.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Promioriente S.A. E.S.P. promovió demanda declarativa contra las sociedades Constructora Hermanos Furlanetto Compañía Anónima Sucursal Colombia y Cosa Colombia S.A.S., para obtener la declaración de existencia de una relación contractual de mutuo, y, como consecuencia del incumplimiento de las convocadas (como integrantes del Consorcio Cosacol Confurca en calidad de

¹ Esta providencia fue discutida, aprobada y firmada electrónicamente el 13 de julio de 2022, como consta en el aviso 26 de esa fecha, pero inexplicablemente el archivo no aparece en dicho registro, razón por la cual se vuelve a firmar hoy 19 de octubre de 2022, para su notificación en el estado.

deudores), se les condenara a pagar las sumas pretendidas al no haber efectuado su pago dentro de los términos acordados.

2. Mediante sentencia del 10 de mayo de 2019, el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad acogió parcialmente las pretensiones, determinación que confirmó este Tribunal en decisión calendada el 10 de junio de 2022.

3. En esta oportunidad, el apoderado de la sociedad Confurca Sucursal Colombia S.A.S. solicitó la aclaración de la sentencia, de una parte, porque al analizar los reproches *i)*, *ii)*, *iv)* y *v)* se sostuvo que no era posible avalar la postura de dicha sociedad en cuanto a la vinculación del contrato de mutuo a la controversia arbitral, por tratarse de contratos independientes, fechas y motivaciones diversas, por ello pidió aclarar si, para arribar a dicha conclusión, se tomaron en consideración las fechas en que la demandante manifestó haber cancelado valores adicionales, superiores al precio global fijo de la obra.

De otra parte, adujo que en el numeral 4 de la parte considerativa se afirma que la decisión revisada fue producto del análisis de las pruebas en conjunto, por ende, estima que se debe aclarar si al momento de efectuar el análisis del acervo probatorio se detuvo sobre las alegaciones finales de la demandante; y si se consideró el análisis efectuado por el Tribunal Arbitral en los numerales 8 y 9 del Laudo, específicamente respecto de los valores adicionales que debió cancelar Transoriente S.A. desde enero hasta junio de 2011, con el propósito de culminar las obras de construcción del gasoducto.

CONSIDERACIONES

1. Para resolver, es preciso memorar que en virtud de lo estatuido en el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia podrá ser aclarada *“cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”*, figura que encuentra cabida cuando la providencia contiene conceptos expresados en la parte resolutive, que no son lo suficientemente explícitos.

2. Atendidas las anteriores previsiones normativas pronto emerge que la solicitud de aclaración elevada por el apoderado de la mentada demandada deviene infructuosa, pues se evidencia que los cuestionamientos y argumentos formulados no se subsumen en ninguna de las hipótesis a las que se refiere el precepto citado, por el contrario, lo que subyace a la petición del togado no es cosa distinta que obtener un análisis y pronunciamiento que se ajuste a sus planteamientos, distinto del que en su momento efectuó la Sala sobre el caso sometido a su estudio, discusión que, desde luego, desborda el marco trazado por el legislador para la aclaración de providencias, ya que la institución no está contemplada para obtener del funcionario un pronunciamiento necesariamente favorable a absolver las inquietudes de los representantes judiciales de las partes, distinto al emitido producto de la apreciación conjunta de las pruebas recaudadas.

Lo anterior, en la medida que la petición está soportada en considerandos de la decisión, no en frases o conceptos que ofrezcan verdaderos motivos de duda, contenidos en la parte resolutive, o influyan en ella; y que, como lo adujo el apoderado de la parte demandante, pretende el representante judicial de la sociedad solicitante de la aclaración que se indique si, para adoptar la decisión, esta Sala tuvieron en cuenta ciertas pruebas, concretamente las documentales que contienen las fechas en que la sociedad contratante manifiesta haber cancelado valores adicionales del contrato y las consideraciones del Laudo arbitral que zanjó una controversia entre las mismas partes, labor que ya realizó esta sede en la decisión en comento.

3. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, en atención a que no se cumplen los presupuestos para la procedencia de la solicitud de aclaración elevada por la sociedad mencionada, se denegará la misma.

Coherente con lo anterior, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE

NEGAR la petición de aclaración que formuló el apoderado de la sociedad Confurca Sucursal Colombia S.A.S., respecto de la sentencia emitida por esta Corporación el 10 de junio de 2022.

NOTIFÍQUESE,

Los Magistrados,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **c5f3b513f8ae2284cba4d0b9415dfad16394b93a3dff5edd8b37b84fff05500d**

Documento generado en 19/10/2022 03:29:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

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

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022).

Radicación: **110013103027 2020 00283 01**

Sería del caso que el Tribunal resolviera acerca del recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el 26 de agosto de 2022, por el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual declaró “... **IMPRÓSPERO** el incidente de regulación de honorarios impetrado por la abogada Leidy Adriana Peralta Fajardo...”, de no ser porque se advierte que resulta imperativo devolver el diligenciamiento para que se adopten los correctivos del caso, por las siguientes razones:

El artículo 76 del Código General del Proceso, permite en aras de amparar al profesional que se ha desempeñado dentro de una causa, que en el lapso de los 30 días siguientes a la notificación del proveído mediante el cual se acepta la revocatoria del poder, invoque ante el Juez que la adelanta, la regulación de sus honorarios.

En el caso *sub-examine*, tal como lo advirtió la funcionaria cognoscente en la audiencia que dirimió el asunto, no se demostró ese presupuesto al no haberse presentado revocatoria expresa o tácita del mandato, que llevara al Estrado a emitir un pronunciamiento en ese sentido. Entonces, no se abrió paso la posibilidad de adelantar el trámite sumario en el proceso, máxime cuando terminó por pago total de la obligación, mediante

providencia ejecutoriada del 27 de octubre del año anterior¹, decisión que, vale la pena relieves, no materializa la voluntad de poner fin a la representación, si en cuenta se tiene que debe emanar de un acto inequívoco de la parte, por lo que no era dable impulsar el procedimiento y menos aún resolverlo de fondo.

Al efecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, ha precisado que la *“...figura del incidente de regulación de honorarios, ... está sometida a las siguientes directrices:*

“(...) [P]resupone revocación del poder otorgado al apoderado principal o sustituto, ya expresa, esto es, en forma directa e inequívoca, ora por conducta concluyente con la designación de otro para el mismo asunto.

“b) Es competente el juez del proceso en curso, o aquél ante quien se adelante alguna actuación posterior a su terminación, siempre que se encuentre dentro de la órbita de su competencia, la haya asumido, conozca y esté conociendo de la misma.

“c) Está legitimado en la causa para promover la regulación, el apoderado principal o sustituto, cuyo mandato se revocó.

“d) Es menester proponer incidente mediante escrito motivado dentro del término perentorio e improrrogable de los treinta días hábiles siguientes a la notificación del auto que admite la revocación. Ésta, asimismo se

¹ C01Principal- 11AutoTerminaPorPagoTotal.pdf

produce con la designación de otro apoderado, en cuyo caso, el plazo corre con la notificación de la providencia que lo reconoce...’’². –negrillas fuera del texto original-.

Por ende, se insiste, si no media revocatoria o sustitución del poder, simple y llanamente, no es plausible jurídicamente su regulación por esta vía.

Así las cosas, en el evento que el poderdante se niegue a cancelar lo que afirma se acordó, debe la togada acudir a la jurisdicción laboral para hacer valer sus derechos.

Por lo expuesto, el despacho se abstendrá de dirimir la alzada y en su lugar, se dispondrá devolver la actuación, para que la señora Juez efectúe el control de legalidad a que haya lugar, haciendo uso de las facultades que el Estatuto en cita le confiere –artículo 132 *ibidem*-.

En esas condiciones, el despacho, **RESUELVE:**

PRIMERO: ABSTENERSE de resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto proferido el 26 de agosto de 2022, por el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: DEVOLVER el expediente al despacho judicial de origen, previas las constancias del caso, para que se provea conforme lo precisado en esta determinación. Ofíciense.

² Sentencia STC3871-2020 del 18 de junio de 2020. Radicación 25000-22-13-000-2020-00060-01. Magistrado ponente LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:
Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **84712bd8dc39bfa56e888b21135c99966ca028f11f92044643bd17fc1755fc37**

Documento generado en 19/10/2022 08:35:56 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Rdo. 033201800399 01

Se admite el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 30 de junio de 2022, proferida por el Juzgado 33 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación: **656a2f4cc4816c8ec3e5769036a14557eb9e37c980e110a6877b499aab42c3fc**

Documento generado en 19/10/2022 12:23:54 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

Exp.: 033201800399 01

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

Radicación	110013103033-2019-00956-01
Proceso	Realización de la garantía real
Asunto	Apelación sentencia
Demandante	Scotiabank Colpatria S.A.
Demandados	Miriam Quiroga Callejas y Omar Mateus
Decisión	Modifica

Magistrado Ponente
JAIME CHAVARRO MAHECHA

Discutido y aprobado en Sala de Decisión del 19 de octubre de 2022

Se decide el recurso de apelación formulado por ambas partes contra la sentencia proferida en audiencia del 9 de febrero de 2022 por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de realización de la garantía real promovido por Scotiabank Colpatria S.A. contra Omar Mateus y Miriam Quiroga Callejas.

I. ANTECEDENTES

1. Síntesis de la demanda

La entidad bancaria solicitó con su demanda librar mandamiento de pago a su favor y en contra de los demandados por la suma de \$305.488.659,05 por concepto de capital insoluto contenido en el pagaré No. 204119047477, junto con los intereses

moratorios desde la fecha de presentación de la demanda y hasta cuando se efectúe el pago total de la obligación, liquidados en el equivalente a 1.5 veces el interés remuneratorio pactado; la suma de \$1.444.786.000 por concepto de capital vencido y no pagado representado en 7 cuotas en mora, exigibles desde el 13 de mayo de 2019 hasta el 12 de noviembre de 2019, más los intereses de plazo vencidos y no pagados sobre estas por \$17.341.926¹.

Como supuestos fácticos se esgrimieron los que a continuación se sintetizan:

Los ejecutados suscribieron como otorgantes y a favor del banco actor el pagaré No. 204119047477, junto con la carta de instrucciones.

El 3 de noviembre de 2015, mediante escritura pública No. 03083 elevada ante la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, los deudores constituyeron hipoteca sin límite de cuantía sobre los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 50C-1927088 y 50C-1927003, a favor de la entidad bancaria para garantizar el pago de las acreencias.

Los encausados incurrieron en mora en el pago de las obligaciones, por lo cual fue diligenciado el título valor, en virtud de la cláusula aceleratoria, de acuerdo a las directrices impartidas para reclamar la totalidad de las obligaciones desde el 5 de diciembre de 2019.

2. Trámite procesal y posición de la parte accionada

El asunto se tramitó al amparo de la regulación prevista a partir del artículo 468 del Código General del Proceso.

¹ Ver folios 129 a 137 del archivo "00ExpedienteFísico" de la carpeta "01CuaEdernoPrincipal" del "CuadernoJuzgado" del expediente digital.

En oportunidad procesal, los ejecutados presentaron escrito de excepciones con las que denominaron *“inconstitucionalidad de la obligación demandada”*, *“cobro excesivo de intereses”*, *“cobro de lo no debido”*, *“pago con respecto a abonos y del valor de la reliquidación a aplicar al 31 de diciembre de 1999”* e *“indebida aplicación de la cláusula aceleratoria”*².

Así, el asunto tuvo el desarrollo previsto en las normas 443, 372 y 373 del indicado código, culminando con la sentencia cuestionada.

Con todo, resulta importante destacar que la demandada Miriam Quiroga Callejas ingresó a proceso de negociación de deudas en calidad de persona natural no comerciante y le fue informado al Juzgado de conocimiento la aceptación de la solicitud; el 30 de noviembre de 2021³ se suspendió el proceso respecto de dicha ejecutada; se ordenó remitir las diligencias respectivas al centro de conciliación, arbitraje y amigable composición que adelantó aquel trámite; y se dispuso el levantamiento de las medidas cautelares en relación con Quiroga Callejas.

3. Sentencia de primer grado

El *a quo* declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por el demandado Omar Mateus; ordenó seguir adelante la ejecución en contra del mismo en los términos del mandamiento de pago y *“la venta en pública subasta, del bien hipotecado -sic-”* respecto del porcentaje que le corresponde al citado ejecutado *“para que con el producto de ella se pague a la parte demandante el crédito y las costas”* y, adicionalmente, el remate de la porción respectiva;

² Ver folios 145 a 149 del archivo *“00ExpedienteFísico”* de la carpeta *“01CuadernoPrincipal”* del *“CuadernoJuzgado”* del expediente digital.

³ Ver archivo *“22AutoSuspendeProceso”* de la carpeta *“01CuadernoPrincipal”* del *“CuadernoJuzgado”* del expediente digital.

la liquidación del crédito; y condenó en costas procesales al ejecutado.

Para decidir de ese modo, expuso:

El artículo 422 del Código General del Proceso establece las obligaciones que pueden demandarse ejecutivamente. En el particular, se aportó la escritura pública con la que se constituyó la hipoteca a favor del acreedor y el pagaré respectivo, el cual no fue controvertido, puesto que aun cuando se impetraron excepciones de mérito no se allegaron pruebas en respaldo de sus fundamentos, conforme era obligación de la pasiva, según disponen los artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, por lo que fracasan tales defensas.

La apoderada del ejecutado alegó que se llevó a cabo un acuerdo de pago en el proceso de negociación de deudas de persona natural no comerciante promovido por Miriam Quiroga Callejas, por lo que adujo que debía suspenderse el proceso en virtud de tal pacto, que obra en el expediente, con el que se tenía por satisfecha la obligación objeto de recaudo; sin embargo, ninguno de los mecanismos defensivos se refirió a la mentada situación, pero el argumento no puede dejarse sin resolver, ya que el acta que contiene lo dispuesto ante el centro de conciliación informa la relación de deudas de Quiroga Callejas y para respaldar el pago de las mismas incluyó el inmueble con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1927088 avaluado en \$600.000.000 con un porcentaje de participación del 50% y que está hipotecado a favor de Scotiabank Colpatria S.A.

En este proceso se persigue el pago de la obligación de la cual quedó como titular solamente Omar Mateus, por lo que debe recordarse lo reglado por el artículo 2452 del Código Civil, sobre el

derecho de persecución del bien hipotecado. Tenemos que el acreedor está facultado para perseguir el predio gravado, y en este caso Miriam Quiroga Callejas ofreció o comprometió el 50% del inmueble para satisfacer las obligaciones allí relacionadas, y aquí se persigue la porción que le corresponde a Omar Mateus, por ende, se declara que las excepciones propuestas, al no cumplir con la carga de la prueba, son imprósperas, pero en torno a la situación sobreviniente planteada, el Despacho no encuentra que se persiga la totalidad del inmueble, y en el evento en que se aviste que hay un doble cobro de la misma acreencia, le corresponderá a la pasiva presentar las acciones pertinentes.

4. Los recursos de apelación

Ambas partes plantearon y sustentaron los siguientes reparos:

4.1. Parte ejecutante

La inconformidad con la sentencia es respecto a la interpretación que hizo el *iudex a quo* para ordenar seguir adelante la ejecución solamente contra Omar Mateus y disponer el remate del porcentaje que le corresponde a este sobre el inmueble, basándose en que Miriam Quiroga Callejas fue admitida en ley de insolvencia, sin tener en cuenta que la obligación adquirida por los ejecutados frente al banco actor fue pactada con solidaridad pasiva, lo que era de conocimiento de aquellos desde el otorgamiento de la escritura pública No. 3083 de 3 de noviembre de 2015, así como del pagaré No. 204119047477 y la carta de instrucciones, específicamente en el numeral 9, razón por la que las pretensiones de la demanda se presentaron por un único capital insoluto y las cuotas en mora, sin que en momento alguno se fraccionara la obligación en porcentajes del 50% por cada deudor como quiso hacerse ver en el fallo. Acorde con lo reglado por los artículos 1568,

1579 del Código Civil, 20 y 825 del Código de Comercio, 11.1.2. de los Principios Unidroit, el deudor solidario responderá por la totalidad de la deuda y no por la mitad, si el acreedor elige demandarlo.

La demandada en su escrito exceptivo no expuso nada acerca del trámite de insolvencia de Quiroga Callejas, y sus defensas fueron las enlistadas en tal oportunidad, por lo que el argumento de la parte ejecutada en audiencia *“fue tenido en cuenta por el a quo al momento de dictar el fallo, y determinar que ya se saneó con el trámite de insolvencia adelantado por la señora Miriam Quiroga en lo que respecta al 50% de la deuda, sin considerar que en esa negociación, ella debió haber hecho ese pedimento en el momento procesal oportuno, que se conciliaba y que subsidiariamente solicitara la terminación del proceso, teniendo en cuenta que el proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real iba a continuar adelante con la ejecución”*.

En consecuencia, pidió la revocatoria del fallo apelado, y en su lugar se acceda a las pretensiones.

4.2. Parte ejecutada

La suscripción del acta de acuerdo en el proceso de negociación de deudas de 30 de noviembre de 2021, en el trámite adelantado por Miriam Quiroga Callejas varió la situación fáctica y las pretensiones de esta demanda, pues las obligaciones cobradas se extinguieron en tanto se encuentran al día, tal como consta en el citado documento, en el que además se indicó que se condonan los intereses causados hasta la fecha en que se firmó el pacto, se fijó el capital adeudado en \$305.451.209, y se estableció un plazo para solucionar la deuda de 170 meses, contados desde el 15 de marzo de 2022 con cuota fija de \$1.796.772. No se busca la desvinculación

de Omar Mateus, pues es claro que es cotitular de la obligación, pero si se pretende la suspensión del proceso para evitar el desgaste de la administración de justicia. El acuerdo de pago logrado en el proceso de negociación de deudas concilia el 100% de la obligación por lo que no puede desconocerse esa eventualidad, pues se desconocería el trámite de insolvencia, y con ello la vulneración al principio de confianza legítima y de las garantías fundamentales de defensa y acceso a la administración de justicia.

Soportada en tales premisas, solicitó revocar lo decidido en primer grado y dejar sin efecto la sentencia atacada, para en su lugar, ordenar al *iudex a quo* suspender el proceso ejecutivo mientras no se demuestre el incumplimiento del acuerdo de pago celebrado en el trámite de insolvencia de persona natural no comerciante.

II. CONSIDERACIONES

1. Concurren en este asunto los presupuestos procesales traducidos en competencia del juez, demanda en forma, capacidad procesal y para ser parte, sin que se advierta causal de nulidad que pueda comprometer la validez de lo actuado, por manera que se procede a resolver el asunto en referencia, en orden a lo cual se precisa que, por mandato del artículo 328 del Código General del Proceso, la actividad del Tribunal se concretará a los precisos reparos debidamente sustentados por el impugnante.

2. Realización de la garantía real

De conformidad con el artículo 422 del Código de General del Proceso, pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba

contra él; seguidamente el precepto 619 del Código de Comercio establece que *“los títulos valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías”*; el artículo 621 siguiente, señala como requisitos que este tipo de documentos deben reunir, la mención del derecho que en el título se incorpora y la firma de quien lo crea; a su turno la norma 793 del mismo código dispone que el cobro de un título-valor dará lugar al procedimiento ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento de firmas.

Conforme a lo estatuido por el precepto 468 del Código General del Proceso, *“[c]uando el acreedor persiga el pago de una obligación en dinero, exclusivamente con el producto de los bienes gravados con hipoteca o prenda, se observarán las siguientes reglas:*

- 1. Requisitos de la demanda. La demanda, además de cumplir con los requisitos de toda demanda ejecutiva, deberá indicar los bienes objeto de gravamen.*

A la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda (...).”

Según el canon 2432 del Código Civil *“[l]a hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor.”*; y la norma 2433 *ídem*, establece que *“[l]a hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”* (subraya fuera de texto).

3. Análisis del caso concreto

La disidencia de una y otra parte están directamente relacionadas con el efecto que tiene el *“acta de acuerdo proceso de*

negociación deudas” calendado 30 de noviembre de 2021, suscrito en desarrollo de la audiencia de negociación de deudas con sus acreedores, en el proceso promovido por Miriam Quiroga Callejas y en el que participó la aquí ejecutante en virtud del mismo crédito hipotecario ahora cobrado. Ello, por cuanto la actora, estima que, pese a que Quiroga Callejas se acogió a tal figura, eso no impide que el remate del bien gravado se haga por el 100% toda vez que se trata de una obligación solidaria, mientras que la ejecutada considera que el alcance del mencionado acuerdo es que se suspenda el proceso ejecutivo también frente a Omar Mateus, hasta que no se comprueba el incumplimiento de lo pactado, por abrigar dicha convención el 100% de la obligación perseguida por esta vía.

En ese orden, se despachará primero la inconformidad de la ejecutante y luego la de la demandada.

3.1. Indivisibilidad de la hipoteca

Tal como se indicó líneas atrás, el legislador definió con claridad que el gravamen hipotecario no es susceptible de división, por lo que *“cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”* (a. 2433 C.C.).

Para mejor entendimiento de la citada disposición normativa es útil memorar lo que al respecto se ha doctrinado⁴:

“3°. La hipoteca es indivisible. Según el artículo 2433 del Código, la hipoteca es indivisible, y por tanto, ‘cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella’.

⁴ Valencia Zea, Arturo y Ortiz Monsalve, Álvaro. Derecho Civil, tomo II, derechos reales, undécima edición, Ed. Temis, Bogotá 2012, página 508.

1º) El crédito puede dividirse entre varios, no así la hipoteca. Esto sucede, por ejemplo, cuando fallece el deudor, caso en el cual la deuda asegurada con hipoteca se divide entre los herederos a prorrata de sus cuotas. En este caso, el acreedor puede realizar el valor del inmueble hipotecado, desinteresándose de la división de la deuda (art. 1411). Igualmente, si se divide el inmueble hipotecado entre los herederos, y alguno de ellos ha cancelado la parte del crédito que le correspondía pagar según la regla del artículo 1411, el acreedor puede realizar el valor de todo el inmueble por la parte del crédito no satisfecha todavía.

La regla de la indivisibilidad de la hipoteca contraría manifiestamente el carácter de la accesoriedad, pues a pesar de la división del crédito o de la división del inmueble, la hipoteca no se divide, y conserva intacta su integridad jurídica. En consecuencia, todo el crédito y cada fracción de él se encuentran respaldados por el valor total del inmueble”.

No se presta a dudas la redacción de la norma, pues la hipoteca, por su naturaleza de garantía real, no puede ser fraccionada, bien entre el número de deudores o bien entre la totalidad de propietarios inscritos del bien sobre el que recae el gravamen, salvo que, en ciertos casos, se trate de copropiedades, que no es el caso. De allí, que sin dificultad se observa que el acta de acuerdo de negociación de deudas suscrita en el trámite que promovió Quiroga Callejas no impide que se someta a subasta en integridad el predio, por lo que habrá de modificarse la sentencia fustigada en ese sentido.

3.2. Suspensión del proceso ejecutivo con ocasión del proceso de insolvencia de persona natural no comerciante

A partir del artículo 531 y subsiguientes del Código General del Proceso se regula el trámite de insolvencia de la persona natural no comerciante, quien a través de tal instituto podrá, entre otras, “negociar sus deudas a través de un acuerdo con sus acreedores para obtener la normalización de sus relaciones crediticias”. Una vez que se presenta la solicitud de negociación de deudas, en caso de ser aceptada, se producen los efectos que consagra el artículo 545 *ídem*,

por ejemplo, “[n]o podrán iniciarse nuevos procesos ejecutivos, de restitución de bienes por mora en el pago de los cánones, o de jurisdicción coactiva contra el deudor y se suspenderán los procesos de este tipo que estuvieren en curso al momento de la aceptación”; pero, “cuando una obligación del deudor esté respaldada por terceros que hayan constituido garantías reales sobre sus bienes, o que se hayan obligado en calidad de codeudores, fiadores, avalistas, aseguradores, emisores de cartas de crédito, o en general, a través de cualquier figura que tenga como finalidad asegurar su pago, se seguirán las siguientes reglas: 1. Los procesos ejecutivos que se hubieren iniciado contra los terceros garantes o codeudores continuarán, salvo manifestación expresa en contrario del acreedor demandante. (...)”.

En este asunto, el conciliador acató lo reglado por el inciso segundo del artículo 548 del estatuto procesal e informó al juez de la ejecución con garantía real el inicio del procedimiento de negociación de deudas⁵.

En ese orden, conforme a los mandatos legales estudiados, la suspensión del proceso ejecutivo que se encuentre en curso cuando se aceptó la solicitud de negociación de deudas, recae sobre la persona natural no comerciante que tiene la calidad de ejecutada, y solamente se extenderá a sus codeudores o codemandados si así lo manifiesta el acreedor ejecutante, situación que aquí no tuvo lugar, por lo que el 30 de noviembre de 2021 el *iudex a quo* suspendió la actuación respecto de Miriam Quiroga Callejas y ordenó la remisión de las diligencias en su contra al Centro de Conciliación, Arbitraje y amigable composición Fundación Liborio Mejía, así como el levantamiento de las medidas cautelares.

⁵ Ver archivo “27AcuerdoDePagoMyriam” de la carpeta “01CuadernoPrincipal” del “CuadernoJuzgado” del expediente digital.

Al amparo de las normas referidas, no es dable concluir que la actuación surtida contra Omar Mateus deba suspenderse con ocasión del acuerdo alcanzado en el trámite de negociación de deudas de Quiroga Callejas, por no darse los supuestos de hecho que aquellas consagran, razón por la que más allá del contenido del acuerdo, o sea, que se refiriera al total de la deuda aquí cobrada o a parte de ella, no puede acogerse el motivo de censura invocado por la encausada.

Pese a lo anterior, no puede entenderse como letra muerta lo pactado ante el Centro de Conciliación mencionado, empero lo que ocurre es que tal acto jurídico no puede dejar sin efectos lo establecido en el ordenamiento de cara a la garantía hipotecaria constituida por Miriam Quiroga Callejas y Omar Mateus a favor de la entidad bancaria.

III. CONCLUSIÓN

Para este caso, la indivisibilidad de la hipoteca impone seguir adelante la ejecución, pero para que se efectúe la almoneda de los bienes hipotecados en su integridad que no por el porcentaje del 50% como se dijera en los numerales 3° y 4° de la resolutive de la sentencia apelada, por lo que se modificará a este respecto.

Con todo, el numeral 3° mencionado será objeto de aclaración, incluida en esa modificación, pues allí se hizo referencia a la orden de remate “*del bien hipotecado*”, en tanto que conforme la estructura del proceso, el asunto involucra dos inmuebles afectos a la garantía hipotecaria, cuya almoneda se peticionó respecto de ambos.

A su vez, en armonía con las precisas reglas normativas analizadas se avista que no se da el presupuesto fáctico para ordenar

la suspensión de esta ejecución contra el señor Omar Mateus, por lo que fracasa la alzada por él propuesta.

Dado el resultado del recurso de apelación, se impondrá condena en costas por la segunda instancia al demandado-apelante (num. 1° art. 365 C.G.P.).

IV. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

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

PRIMERO: Se modifican los ordinales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 9 de febrero de 2022 por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto referenciado, para en su lugar determinar que las órdenes allí contenidas se entiendan impartidas respecto a la totalidad de los inmuebles hipotecados identificados con las matrículas inmobiliarias 50C-1927088 y 50C-1927003.

SEGUNDO: Se confirma en lo demás la decisión aludida.

TERCERO: Se condena en costas por el trámite de la segunda instancia al demandado Omar Mateus a favor de la entidad demandante.

Como agencias en derecho, el magistrado sustanciador fija la suma de \$1.000.000. Líquidense por la Secretaría de la primera instancia, en su debida oportunidad.

CUARTO: En su oportunidad, devuélvase la actuación digital, al juzgado de origen.

Notifíquese.

Magistrados integrantes de la Sala

JAIME CHAVARRO MAHECHA

11001 31 03 033 2019 00956 01

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

11001 31 03 033 2019 00956 01

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

11001 31 03 033 2019 00956 01

Firmado Por:

Jaime Chavarro Mahecha

Magistrado

Sala Civil

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

Luis Roberto Suarez Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Dirección Ejecutiva De Administración Judicial

División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil

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

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

Código de verificación: **eedcfd8e067b35a1e1fadb31464c3f064b76910be4379c65315e5ee80b138bcc**

Documento generado en 19/10/2022 02:27:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

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

Bogotá D. C., diecinueve de octubre de dos mil veintidós

11001 3103 038 2020 00253 01

Ref. proceso ejecutivo de Diana María Sarmiento Garavito frente a Lotus Assistance
S.A.S.

El suscrito Magistrado CONFIRMA el auto de 19 de julio de 2022, cuya alzada le correspondió por reparto a este despacho el 30 de septiembre del año que avanza, mediante el cual el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá decretó varias medidas cautelares.

La ejecutada solicitó, sin ofrecer mayor ilustración, que se revocara la prenotada decisión y se fijara el monto de la caución “a efectos de impedir el decreto de medidas cautelares”, esto con soporte en el artículo 602 del C. G. del P. y además mostró su “preocupación por las sumas de dinero que acá le están cobrando, pues en su sentir, las cifras no corresponden con la realidad de ahí que se invoca una caución razonable”, lo cual “garantizará el pago al acreedor en el evento en que esta parte resulte vencida en juicio”.

La decisión atrás anunciada encuentra soporte, principalmente, en que la parte afectada con las cautelas no expuso razones que muestren la ilegalidad o la improcedencia de los embargos decretados, a la luz de las circunstancias que puso de presente.

Téngase en cuenta, ello es medular, “el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión” (C.G.P., art. 320) y que **“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”** (art. 328).

Bueno es añadir que nada impide que el juez haya decidido en la forma en que lo hizo, por cuanto “desde la presentación de la demanda el ejecutante podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes del ejecutado” (C. G. del P., art. 599), sin que la viabilidad de esas cautelas esté supeditada a la suerte que

pueda aguardar a la solicitud de la caución para impedir o levantar embargos y secuestros que regula el artículo 602 en cita.

Tampoco el ordenamiento jurídico consagra que la mera invocación de un cobro excesivo, tema que concierne a la actuación principal, imposibilite el decreto y práctica de las medidas cautelares, lo cual involucra una actuación separada e independiente en la fase inicial del proceso ejecutivo.

Sin costas de segunda instancia, por no aparecer causadas. Devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

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

Código de verificación: **83078357710b3eea91c272ad9c48481325e317acadf57a17f8d1e0dcfb1745cc**

Documento generado en 19/10/2022 12:08:49 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós (2022)

RAD. 110013103 039 2011 00208 01

Se declara desierto el recurso de apelación formulado contra la sentencia emitida el 27 de noviembre de 2020 por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo reglado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 y el canon 322 del Código General del Proceso, porque la parte demandante y apelante no lo sustentó en esta instancia.

En firme esta providencia, envíese el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **a840050e3ac369567a361cd7d25f306e019dcd98f0218973e867b037a8f86539**

Documento generado en 19/10/2022 03:33:26 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.**



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada Ponente

Bogotá D.C., dieciocho (18) de octubre de dos mil veintidós (2022)
(Decisión discutida y aprobada en Sala de trece (13) de octubre de dos
mil veintidós (2022))

Proceso.	Verbal.
Radicado N.º	11001 3103 040 2013 00443 04
Demandante.	Nelsa Marina Villamil Rojas.
Demandado.	Carlos Eduardo Sanabria Cuervo y Otros.

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por el opositor Gustavo Adolfo David Sarmiento, contra la decisión tomada el 15 de noviembre de 2019, por medio de la cual se rechazó de plano la oposición a la diligencia de entrega practicada dentro del proceso de la referencia¹.

2. ANTECEDENTES

2.1. El 15 de agosto de 2019, el Juez 40 Civil Municipal de Bogotá, efectuó la diligencia de entrega del inmueble ubicado en la carrera 29 No. IF-05, identificado con FMI 50C-00353003 de Bogotá, en cumplimiento de la comisión proveniente del Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, admitiendo la oposición formulada por el censor.

2.2. Mediante proveído materia de censura, el Juez 51 Civil del Circuito de esta Ciudad, rechazó de plano la oposición a la entrega formulado por Gustavo Adolfo David Sarmiento.

¹ Asignado al Despacho por reparto del 25 de abril de 2022

2.3. Inconforme con la decisión, el citado formuló recurso de reposición y en subsidio apelación. Denegado el primero, se concedió el segundo por auto del 25 de febrero de 2020.

3. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

3.1. Esta Sala de Decisión es competente para conocer del presente asunto, atendiendo lo dispuesto en el artículo 35 del Código General del Proceso “**Corresponde a las salas de decisión dictar las sentencias y los autos que decidan la apelación contra (...) el que rechace la oposición a la diligencia de entrega o resuelva sobre ella. (...)**”.

3.2. En el *sub lite*, la señora Nelsa Marina Villamil Rojas, convocó a juicio de pertenencia a Ana Leonor, Luis Antonio, Libio Armando, Janneth Patricia, Nelson Félix, Jaime Ocampo, Jesús Omar, Mery del Carmen y Orlando David Hidalgo, así como a Diana Carolina y Gustavo Adolfo David Sarmiento y Marth Sarmiento Carreño (esta última en representación del menor Daniel Felipe David Sarmiento) en calidad de herederos determinados de Ana Joaquina Hidalgo de David (q.e.p.d.) y demás indeterminados.

A su turno, Ana Leonor, Luis Antonio, Libio Armando, Janneth Patricia, Nelson Félix, Jesús Omar, Mery del Carmen y Orlando David Hidalgo, en calidad de herederos determinados de la fallecida Ana Joaquina Hidalgo de David, formularon demanda de reconvenición, para que se le reivindicara el inmueble objeto del pleito identificado con FMI 50C-353003, ubicado en la carrera 29 No. 1F-05, Urbanización Santa Isabel de Bogotá.

La contienda se desató por sentencia de 28 de julio de 2017, en la que se dispuso «**PRIMERO: NEGAR** las pretensiones de la demanda principal (pertenencia por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio)»; fallo modificado por esta Corporación el 22 de mayo de 2019, así:

“PRIMERO- CONFIRMAR los numerales 1º, 5º y 6º de la sentencia de 28 de julio de 2017, proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, por lo dicho.

SEGUNDO- MODIFICAR los numerales 2º, 3º y 4º, los cuales quedarán respectivamente así:

a) Se declare que pertenece a la sucesión de la causante Ana Joaquina Hidalgo de David el dominio pleno y absoluto sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula

inmobiliaria No 50C-353003, situado en a Carrea 29 No. 1F-05 de esta ciudad, y demás especificaciones indicadas en la demanda.

*b) En consecuencia, se ordena a Nelsa Marina Villamil Rojas que en el término de diez (10) días, contados a partir de la ejecutoria del auto de obediencia a lo aquí dispuesto, restituya el referido inmueble a los demandantes Ana Leonor, Luis Antonio, Libio Armando, Janeth Patricia, Nelson Félix, Jesús Omar, Mery del Carmen y Orlando David Hidalgo, **en representación de la sucesión de la causante Ana Joaquina Hidalgo de David.***

c) CONDENAR a la demandada Nelsa Marina Villamil Rojas a pagar a los señores Ana Leonor, Luis Antonio, Libio Armando, Janeth Patricia, Nelson Félix, Jesús Omar, Mery del Carmen y Orlando David Hidalgo, en representación de la sucesión de la causante Ana Joaquina Hidalgo de David, la suma de \$118.786.455.00, por concepto de frutos civiles producidos por el inmueble materia de reivindicación, más los que se generen a partir del 23 de mayo de 2018 hasta a restitución del mismo, liquidados de conformidad con el artículo 284 de Código General del Proceso.”

3.3. Decantado el anterior marco conceptual, esta instancia, se centrará únicamente, en analizar si el fundamento esgrimido por el Juez A *quo* para rechazar de plano la oposición a la entrega, es legal o no, teniendo en cuenta la particularidad del caso que se estudia, en razón a que «NO» se opone la persona a quien se le ordena restituir o un tenedor a nombre de aquella, pero cuando se practicó la «*diligencia*» gozaba de la tenencia física del «*bien*», luego entonces, debía probar sumariamente su posesión.

Bajo lo anterior, debe anunciar desde ya que la oposición presentada por el señor Gustavo Adolfo David Sarmiento, debe ser rechazada y por lo tanto la decisión del Juez de primera instancia debe ser confirmada, teniendo en cuenta lo contemplado en los numerales 1 y 2 del artículo 309 del Código General del Proceso:

*“1. El juez rechazará de plano la oposición a la entrega formulada **por persona contra quien produzca efectos la sentencia**, o por quien sea tenedor a nombre de aquella.*

*2. **Podrá oponerse la persona en cuyo poder se encuentra el bien y contra quien la sentencia no produzca efectos**, si en cualquier forma alega hechos constitutivos de posesión y presenta prueba siquiera sumaria que los demuestre (...)*” (Se resalta).

Anótese que la sentencia surte efectos contra aquellos que intervinieron en la lid donde se expidió, al haber sido “*parte del proceso*”, como lo puntualizó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que:

*“Tratándose de efectos relativos, una sentencia en firme, por lo mismo, cobijada con la presunción de estar ajustada al debido proceso legal y constitucional, **en principio, únicamente perjudica o aprovecha a las partes en contienda, a las personas citadas y a quienes restrictivamente la misma ley expande sus efectos.** Frente a terceros, inclusive respecto de quienes nada se decide en su contra, la providencia no sería nula, sino inoponible.”* (SC11444-2016)². (Se resalta)

Además debe dejar sentado que “(...) *el heredero no puede reivindicar directamente para sí un bien cuando la sucesión no ha sido liquidada (...) Ha dicho la Corte que “El simple derecho a una herencia no confiere acción para reivindicar como si fueran exclusiva y definitivamente propias del heredero, las cosas que constituyen la herencia (artículos 946 a 949 y 1325 del Código Civil)”* (G.J., 8 de octubre de 1912, t. XXII, 21), y también que, aun siendo único, el heredero “no puede ejercitar para sí, sino para la sucesión las acciones (reales o personal) que correspondían al causante” (Cas., 23 de febrero de 1913 G.J. XXII, 284; 6 de noviembre de 1923, G.J. XXX, 246; 8 de julio de 1930, G.J. XXXVIII, 48; 27 de noviembre de 1935; G.J. XLIII, 389; 6 de noviembre de 1936, G.J. XLVIII, 898; 8 de marzo de 1944, G.J. LVII,84)”.

Desde esta perspectiva, se considera acertada la conclusión del Juez 51 Civil del Circuito de esta Ciudad, ya que el opositor Gustavo Adolfo David Sarmiento, no es ajeno a la relación jurídica sustancial debatida, habida cuenta de los vínculos que lo unen como beneficiario en la sucesión de la causante Ana Joaquina Hidalgo de David en representación su padre fallecido Adolfo León David Hidalgo, hijo de ésta última. Téngase en cuenta que independientemente a través de quienes se haya ordenado la entrega del inmueble objeto de la litis, ésta fue ***en representación de la sucesión de la causante Ana Joaquina Hidalgo de David***, por carecer de personería jurídica, lo que en el asunto aquí debatido no quita ni pone.

En efecto, el señor Gustavo Adolfo David Sarmiento es hijo de Adolfo León David Hidalgo (q.e.p.d.), quien fungió como demandado en calidad de heredero en el proceso de declaración de pertenencia instaurado por Nelsa Marina Villamil Rojas, y en la demanda de reconvenición (acción reivindicatoria), si bien, no se instauró por él, se le expandió sus efectos

² M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque, STC6917-2019, Radicación nº 11001-02-03-000-2018-03954-00.

al ordenarse restituir el inmueble a la sucesión de la causante Ana Joaquina Hidalgo de David, de la cual él hace parte.

A ello se agrega que, el señor Gustavo Adolfo David Sarmiento, en la diligencia de entrega practicada el 15 de agosto de 2019³, se opone en calidad de «heredero», pues siempre reconoce ser “(...) *hijo del señor difunto Adolfo León David Hidalgo, hijo de la señora Ana Joaquina Hidalgo de David, como heredero quien cursa dentro de la entrega de la sentencia como bien se menciona al señor Adolfo León David Hidalgo (...)*”, reafirmando ser heredero y tener derecho como tal, porque desde que la señora Nelsa Marina Villamil Rojas le hizo entrega del inmueble, lo ha administrado, efectuado mejoras, se encuentra al día en servicios públicos y está haciendo acuerdos para el pago de los impuestos adeudados.

Así las cosas, al opositor le surte efectos la sentencia, razón por la cual, la oposición debía ser rechazada, en atención a lo establecido en el numeral 1º del canon 309 citado; además, si bien al momento de la diligencia, gozaba de la tenencia física del «bien», cierto es que no ejercía actos de posesión del bien, sino la administración en calidad de heredero; por ende, tampoco se da el presupuesto contemplado en la sub regla del argumento principal contenido en el numeral 2º del art. 309, para su estudio.

En consecuencia, como lo alegado es el reconocimiento de un derecho por vocación hereditaria en controversia con los demás herederos, por encargarse de la administración y mejoras del inmueble, no es a través de este mecanismo que debe hacer valer sus derechos, sino en el curso del juicio de sucesión.

3.5. Corolario de lo anterior, se confirmará la determinación apelada y se condenará en costas de esta instancia al apelante dada la adversidad de la decisión, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 numeral 1º del Código General del Proceso.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

4. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el auto del 15 de noviembre de 2019, por el cual, el Juez 51 Civil del Circuito de esta Ciudad, rechazó la oposición a la entrega propuesta por Gustavo Adolfo David Sarmiento.

³ Remitida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de esta Ciudad, en tres (3) CD's físicos.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia al opositor. La Magistrada ponente fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.00.

TERCERO: DEVUÉLVANSE las diligencias a la oficina de origen, una vez ejecutoriada la presente decisión, junto con los tres (3) Cds, cuales contienen los archivos de la diligencia de entrega realizada el 15 de agosto de 2019, de forma completa y con audio.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
Magistrado

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Liana Aida Lizarazo Vaca

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **f81f9e9095e2f179a318f407d1660c30a030076d4eef789e583163bad9732899**

Documento generado en 18/10/2022 05:11:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., diecinueve (19) de octubre de dos mil
veintidós (2022).*

*REF: VERBAL DECLARATIVO DE EXISTENCIA
DE LA OBLIGACIÓN de LEOPOLDO GORDILLO ARGUELLO contra
IRMA JOSÉ BERMÚDEZ TAMASCO e INVERSIONES BERMÚDEZ
VILLEGAS S. en C. Exp. 041-2017-00549-01.*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 28
de septiembre y 19 de octubre de 2022.*

*Decídese el recurso de apelación interpuesto por la
parte demandante contra la sentencia calendarada 9 de agosto de 2022,
pronunciada en el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Civil del Circuito de esta
ciudad, que negó las pretensiones de la demanda.*

I. ANTECEDENTES

1.- El 20 de septiembre de 2017 (archivo 04, 01CuadernoPrincipal) Leopoldo Gordillo Arguello, a través de apoderado judicial, convocó en demanda a Irma José Bermúdez Tamasco e Inversiones Bermúdez Villegas S. en C. pretendiendo (i) se declare a las demandadas como deudoras solidarias de las sumas contenidas en los pagarés 001 y 002 de fecha 19 de mayo de 2009, que ascienden a \$50.000.000, más las sumas de \$886.165 y \$7.975.488 por intereses moratorios; así como de \$10.211.273 y \$91.901.453 por réditos de mora; ii) que en consecuencia se les condene a la restitución de los citados rubros, en el término de 5 días, so pena de incurrir en más sanciones por la tardanza (Archivo 03 ib).

2. Las súplicas se apoyan en hechos que se sintetizan así (ej.):

2.1.- Las demandadas libraron a favor del actor dos pagarés en el año 2009, obligándose a pagarle las sumas de \$5.000.000

y \$45.000.000, más los intereses de plazo y de causarse los de mora a la tasa máxima autorizada. Así mismo, se constituyó a favor del acreedor hipoteca abierta en primer grado y sin límite de cuantía sobre los inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria Nos. 50N-20210495 y 50N-20366773.

2.2.- Vencido el plazo para el pago del capital, esto es, el 19 de mayo de 2010, los deudores no satisficieron lo convenido, ante lo cual, el acreedor inició proceso ejecutivo hipotecario con radicado 2013-00920 que correspondió al Juzgado 37 Civil Municipal de Bogotá.

2.3.- El citado estrado judicial, mediante sentencia del 8 de mayo del 2015 declaró probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria y dispuso la terminación del proceso, decisión que fue apelada y resuelta por el Juzgado 48 Civil del Circuito de esta ciudad, estrado que por sentencia del 1° de febrero del 2016 confirmó la finalización del litigio, no obstante, con fundamento en que no fue aportada la primera copia de la escritura pública de hipoteca, indispensable para ejercer la acción real.

2.4.- El actor no conoce la ubicación de la primera copia de la escritura pública No. 01393 de la Notaría 16 de Bogotá, por lo que acude al proceso declarativo para que se reconozca la deuda atrás aludida.

3.- Los demandados fueron emplazados y el curador ad litem designado se notificó en forma personal conforme el Decreto 806 de 2020 (Archivo 28, ib) y dentro de la oportunidad prevista para tal fin, contestó la demanda y propuso los medios de defensa que denominó: “proceso equivocado”; “prescripción extintiva”; “no ser la persona natural demandada quien otorgó los pagarés” (archivo 29, ibidem).

4.- Integrad la Litis y puesto que no había pruebas por practicar distintas a las documentales, en aplicación del artículo 278 del Código General del Proceso, la juez a-quo dictó sentencia en la que negó las pretensiones de la demanda, determinación que no compartió el demandante, por lo que interpuso la alzada que ahora se analiza.

II. LA SENTENCIA RECURRIDA

5.- La Juez a quo luego de hacer una breve reseña de los antecedentes del litigio, encontró reunidos los presupuestos procesales necesarios para emitir sentencia de mérito, como demanda en forma, capacidad para ser parte y para comparecer a la litis y la competencia.

Posteriormente analizó la acción entablada para

concluir que se busca la “declaración de existencia de las obligaciones a cargo de los demandados, tienen fundamento en que, de una parte, la escritura pública No. 01093 del 19 de mayo de 2009 de la Notaría 16 de Bogotá, contentiva del contrato de hipoteca se extravió, y de otra, que se trata de acción de que trata el artículo 2536 del Código Civil”.

Dilucidado lo anterior, determinó la improcedencia de lo peticionado, habida cuenta que la senda escogida no es idónea. Para ello, concluyó que frente a la pérdida del instrumento público no se elevó pretensión alguna y, por el contrario, se enfatizó en la declaración de la obligación. De otra parte, en lo que atañe a la denominada “acción del 2536 del Código Civil” sostuvo que dicha normatividad no prevé la forma para declarar obligaciones que consten en título valores y únicamente prevé la forma en que prescriben las acciones.

En tal sentido, agregó que “resulta incoherente que basado en la prescripción civil se pida la declaración de existencia alegando, como se hizo en la demanda y en el escrito de subsanación, que la acción de los pagarés no ha sido judicialmente declarada y que la acción se ejerce por pérdida de la primera copia de la escritura de hipoteca”, destacando que el fracaso de la acción cambiaria que ejerció previamente, fue por la ausencia de un documento obligatorio -primera copia de la escritura pública-eventualidad que no le restó mérito ejecutivo a los títulos valores, máxime cuando respecto de ellos no se ha declarado la prescripción.

Adicionó que no es admisible que por esta vía se pretenda eludir o modificar los términos de prescripción y crear un nuevo título ejecutivo.

Finalmente, sostuvo que “la única acción que tendría el actor en caso de que considere que la acción de los títulos valores prescribió, es la acción de enriquecimiento sin justa causa consagrada en el inciso 3° del artículo 882 del Código de Comercio”, pero ello no fue lo pretendido.

III. EL RECURSO

6.- Inconforme con dicha determinación el demandante interpuso recurso de apelación alegando, en síntesis, que lo solicitado es que se declare la existencia de la obligación por la vía ordinaria, toda vez que por el transcurso del tiempo los títulos valores - pagarés se encuentran prescritos y con la sentencia iniciar, posteriormente, la acción ejecutiva.

De ese modo, sostuvo que, contrario a lo que aseveró la sentencia, el mérito de la ejecución sí se vio perjudicado por la

pérdida de la primera copia de la escritura pública, toda vez que para hacer efectiva la garantía real se exige la aportación de un título complejo, conformado por los pagarés y el instrumento público, de conformidad con lo previsto en el artículo 468 de la Ley 1564 de 2012 – Código General del Proceso.

Añadió que no es como lo afirmó el a-quo, que se pretenda eludir los términos de prescripción, sino que, justamente, ante la ocurrencia de ese fenómeno, la ley permite iniciar un proceso declarativo, para evitar el enriquecimiento sin causa de los acreedores.

Por último, adujo que, si se advirtió que la demanda se encausó por una vía equivocada, debió dársele el trámite correspondiente, por así ordenarlo el artículo 42 del Código General del Proceso, sin que transcurridos 5 años de iniciado el litigio se declare la improcedencia del libelo, pues con ello se vulnera no solo el debido proceso, sino derechos patrimoniales del actor.

6.1.- Así mismo, por auto adiado 15 de septiembre de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 12 de la ley 2213 del 2022, a la parte demandante para que sustente su alzada.

6.2.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la apelante -convocante- sustentó en debida forma sus reparos, en tanto que la convocada se pronunció en término.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORPORACION

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito.

2.- Con miras a desatar la apelación formulada por el demandante, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión.

3.- En tal sentido el problema jurídico a dilucidar se contrae a determinar si la acción iniciada por el demandante es idónea

formalmente para declarar la existencia de una obligación, que inicialmente estuvo consignada en unos títulos valores -pagarés-, mismos que a la fecha se encuentran prescritos.

4.- En claro lo anterior, se adentrará la Sala en el estudio de los presupuestos necesarios para determinar si se cumplen con el lleno de los requisitos para declarar la existencia de la obligación o, si por el contrario, tal aspecto no está acreditado en este asunto.

4.1.- Sea lo primero advertir que este tipo de procesos declarativos busca concretar un derecho hipotético, carente de certeza y, de ser el caso, se imparta orden al deudor para que satisfaga una determinada prestación.

Así, aunque el Código Civil dedica el libro cuarto a las obligaciones en general y de los contratos, allí no se incluyó la definición de “obligación” como tal, no obstante, el artículo 1495 ibídem al definir el contrato establece: “[c]ontrato o convención es un acto por el cual una parte de obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, cuando las partes del contrato se obliga recíprocamente.”, la cual según lo ha decantado la doctrina sirve para ese especial propósito¹.

4.2.- En este contexto, como fuente de la misma el artículo 1494 ejúsdem establece que: “[l]as obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos ; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre padres o hijos.”

4.3.- Ahora bien, como elementos esenciales de la obligación se distinguen cuatro a saber: a) Un vínculo jurídico, el cual consiste en la relación personal y de derecho que somete al deudor a ejecutar la prestación y faculta al acreedor para exigirla a través del derecho de acción; b) una prestación que no es otra cosa que aquello que debe darse, hacerse, o no hacerse en favor de otra persona; c) un deudor, que es quien se encuentra sometido al vínculo obligacional para ejecutarla y, d) un acreedor, es decir el titular del derecho del crédito.

4.4.- Así mismo, prevé el artículo 1602 ibídem, que en el derecho positivo colombiano se otorgue prevalencia al postulado de la autonomía de la voluntad en esta materia, pues las normas que regulan los contratos y convenciones en general deben mirarse como supletorias del querer de las partes, desde luego, siempre y cuando el convenio respete el orden público y las buenas costumbres, y además se ajuste estrictamente a

¹ TAMAYO LOMBANA, Alberto. *Manual de Obligaciones*. Editorial Temis, tercera edición 1990. Pág. 15.

las formas propias que respecto de algunos acuerdos expresamente exija la ley.

Al punto devienen procedentes las siguientes citas de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

“En el derecho positivo colombiano impera el principio según el cual las leyes que regulan los contratos son normas supletorias de la voluntad de los contratantes, cuando éstos, al celebrarlos, acatan las prescripciones legales y respetan el orden público y las buenas costumbres. El **postulado de la normatividad de los actos jurídicos** (artículo 1602 del C.C.) se traduce esencialmente, entonces, en que legalmente ajustado un contrato se convierte en ley para las partes, **quienes por consiguiente quedan obligados a cumplir las prestaciones acordadas en él...**”².

“...la intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido”³.

4.5.- Bajo este panorama, se tiene que la parte demandante hace estribar la obligación en el contrato de mutuo respaldado con hipoteca celebrado en el año 2009, mismo que además fue instrumentado con los pagarés 001 y 002 de dicha anualidad, mediante los cuales, Inversiones Bermúdez Villegas S. en C. e Irma José Bermúdez Tamasco se obligaron a pagar solidaria e incondicionalmente al demandante las sumas allí consignadas, más los intereses de plazo y moratorios de ser el caso (archivo 02Anexos. Exp. digital).

Así mismo, lo citada persona jurídica constituyó a favor del acreedor hipoteca abierta sin límite de cuantía para respaldar el débito, sobre los inmuebles con folios de matrícula inmobiliaria Nos. 50N-20210495 y 50N-20366773 (ib.)

Pese a la contundencia de los reseñados documentos para demostrar la obligación a favor del demandante, este

² G.J. t. CLXXII (172), pág. 177, Casación 8 febrero de 1983

³ G. J. t. LX (60), pág. 656 C. S. J. 3 de junio de 1946

interpuso un nuevo libelo, sustentado en que la acción cambiaria formulada inicialmente fracasó por la ausencia de la primera copia de la escritura pública contentiva de la hipoteca, documento que no se encuentra en su poder. De otra parte, en la apelación manifestó, contundentemente, que: “por el transcurso del tiempo los títulos valores pagarés se encuentran prescritos y con base en ello y con unas pretensiones que son claras en la demanda lo que se busca es que se declare la existencia de la obligación para que por ese mismo racero se pueda iniciar la acción ejecutiva” y que “es claro para la Ley que cuando un título valor prescribe, se puede iniciar un proceso ordinario, para que por la vía judicial se declare la obligación por cuanto por ya no se va a poder iniciar el ejecutivo, por lo tanto no es un simple capricho sino una acción legal que permite que un título valor prescrito, se pueda declarar por la vía judicial”.

5.- Al respecto, El Tribunal debe precisar que en tratándose de obligaciones incorporadas en títulos valores, como ocurre en este caso, la única herramienta útil para procurar la recuperación de ese monto, es la prevista en el artículo 882 del Código de Comercio, según el cual, “si el acreedor deja caducar o prescribir el instrumento, **la obligación originaria o fundamental se extinguirá así mismo; no obstante, tendrá acción contra quien se haya enriquecido sin causa a consecuencia de la caducidad o prescripción. Esta acción prescribirá en un año**”.

Como se puede apreciar, la consumación del fenómeno prescriptivo o de caducidad tiene la virtud de generar un detrimento en el patrimonio del acreedor, quien a la sazón resulta ser el único titular de la acción encaminada a que se declare tanto esta disminución como el enriquecimiento correlativo de su deudor. Esta es la única vía procesal prevista en esta clase de eventos, por expreso mandato de la ley.

Entender que el beneficiario de una obligación cambiaria prescrita puede acudir a una acción ordinaria, in genere, destinada a que el juez declare que ese débito existe, para a la postre perseguir su cobro, no solo implicaría desconocer el conducto regular contemplado por el legislador, sino también, propiciar que cualquier acreedor descuidado obtenga, por la vía de una nueva sentencia, el resurgimiento de un crédito extinto por causa de su inacción (arts. 882 ib. y 1625 -num 10º- C.C).

De tal modo, si se parte del propio argumento del apelante, quien asegura que la razón de su demanda es la prescripción de los pagarés, debe igualmente concluirse que la obligación emanada de los cartulares se extinguió por el transcurso del plazo previsto en el artículo 789 del Código de Comercio, a cuyo tenor, “la acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día de su vencimiento”, recuérdese que, los títulos valores se hicieron exigibles el 19 de mayo del 2010, luego la época para instaurar la correspondiente acción feneció el 19 de mayo del

2013.

Por los anteriores razonamientos, es factible colegir que no le asiste la razón al recurrente cuando afirma que el ordenamiento jurídico le faculta para iniciar un proceso declarativo ante el vencimiento del término para formular el ejecutivo, puesto que, se insiste, cuando el documento que recogió el negocio consistió en un título valor, que además prescribió, la normatividad comercial previó un especial camino, la acción de enriquecimiento sin causa, temática sobre la cual, la jurisprudencia ha sostenido:

“Pero se trata en este evento, de una acción de enriquecimiento especial no sólo por su consagración normativa de este orden, sino también porque se estructura particularmente, con los requisitos generales de aquel principio, establecidos por la doctrina y la jurisprudencia y ahora consagrados en el artículo 831 del Código de Comercio, pero concretados y especificados en dicha disposición, para la caducidad o prescripción de los títulos valores. De ahí que aquel precepto del inciso final del art. 882 citado (distinto en lo pertinente al correspondiente en el proyecto INTAL), en armonía con sus incisos precedentes, conceda expresa y claramente dicha acción al ‘acreedor’ específico de la obligación fundamental que ha sido cancelada por el título valor que se ha dejado caducar o prescribir, y que, además, también haya resultado empobrecido por este motivo, siempre que se encuentren satisfechos todos los requisitos contemplados en el contenido integral del artículo 882 C. Co. ...”⁴.

*En esa misma dirección, no se puede perder de vista que: “[d]e conformidad con la legislación y la jurisprudencia nacionales, cuando el acreedor recibe un título valor de contenido crediticio de manos de su deudor, acepta implícitamente que la prestación originaria, esto es, el abono directo del dinero se le sustituya por el abono indirecto mediante el cobro o la negociación posterior del título en cuestión, con lo que se configura una “cesio pro solvendo” que deja en pie la relación subyacente que puede operar en un futuro si se cumplen los requisitos exigidos en la ley, por cuanto ésta le otorgó el derecho de elegir cuál de las dos acciones ejercita, la cambiaria o la causal, **siempre que existan y no se hayan extinguido por prescripción**, pero en relación con la causal, únicamente podrá impetrarla si el título ha sido rechazado o no sea descargado de cualquier manera”⁵.*

6.- Ahora bien, se duele la censura de que el juzgador de primer grado no hubiera interpretado la demanda o redireccionado el trámite a aquel precedente, no obstante, debe advertirse que, si bien es cierto, es un deber del director del proceso deducir el verdadero alcance del libelo, a ello solo habrá lugar cuando lo plasmado en

⁴ Cas. Civil de 5 de octubre de 1989 reiterada en Sent. 038 de 31 de marzo de 1993.

⁵ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia 14 de marzo de 2001. Exp. 6550.

el escrito inicial genere verdadera duda, sin llegar al punto de deformar el sentido de lo realmente buscado. Sobre dicha temática, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto:

*“Cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia” (CLXXXVIII, 139), para “no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal” (CCXXXIV, 234), “el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino **sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos**”, realizando “un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos”, “mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral” (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), “siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho”, **bastando “que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda”** (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185)» (CSJ SCC. 6 May. 2009 Rad. 2002-00083-01, citada en CSJ STC8831-2015 jul. 8 de 2015, rad. 2015-00269-01)³” (Negritas fuera de texto).*

Precisado lo anterior, es claro para la Sala que en este evento no era viable ajustar el trámite, puesto que, al subsanar la demanda y pese a que por auto del 23 de octubre del 2017 el juzgado a-quo le requirió expresamente, para que aclarara si la acción pretendida era la establecida en el inciso 3º del artículo 882 del Código de Comercio, el demandante fue enfático al aseverar que no era esa la vía escogida y que, por el contrario, lo que buscaba era constituir un nuevo título ejecutivo, ya que en la sentencia que puso fin al juicio coercitivo iniciado previamente, que en su momento falló el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá se declaró la inexistencia del documento idóneo para adelantar la ejecución hipotecaria (archivo 05, exp. Digital).

Desde esa perspectiva, se encuentra que ninguna incertidumbre generaba lo pretendido, sin que le esté permitido al fallador alterar o sustituir el auténtico alcance de la demanda.

7.- Finalmente, sin que sea labor de esta Corporación entrar a cuestionar la decisión del juzgador que en su momento conoció del proceso ejecutivo, ha de resaltarse que lo allí decidido se debió a una formalidad exigida por la ley, pero que en ningún momento entró a descartar los elementos de expresividad, claridad y exigibilidad de la obligación plasmada en los títulos valores o la validez del gravamen real. Y si bien se buscó la persecución de la hipoteca, la vicisitud de la pérdida de la primera copia de la escritura pública, se pudo superar a través del

procedimiento sumario que prevé la norma (artículo 81 Decreto 960 de 1970 y artículo 43 de la Ley 1395 de 2010), claro está, mientras no se hubiese dado la extinción de la obligación -num 2° ib-. Ocurrida ella por el transcurso de los tres años para demandar oportunamente su recaudo y ante la inacción del acreedor frente a la previsión legal del artículo 882 del código de comercio, a no dudarlo se cae en el terreno de la obligación natural desprovista de cualquier acción coercitiva.

8.- Así las cosas, se deberá confirmar el fallo censurado, sin lugar a costas, por no aparecer causadas.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de agosto de 2022, pronunciada en el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Civil del Circuito de esta ciudad.

2.- SIN CONDENA en costas.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

Firmado Por:

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **ce4a9d7c7ecf8012a402c92de3024109bd0259361371cb19fa4d922a970132eb**

Documento generado en 19/10/2022 12:04:13 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

<https://etbcsj.sharepoint.com/sites/DespachoDr.JulinSosaRomero/Documentos%20compartidos/Forms/AllItems.aspx?FolderCTID=0x012000C08D8805E7E4C64FB5113A9E1E0DC739&isAscending=false&id=%2Fsites%2FDespachoDr%2EJulinSosaRomero%2FDocumentos%20compartidos%2FGeneral%2F2%2E%20CIVIL%2F1%2E%20SENTENCIAS%2F1%2E%20DECLARATIVOS%2F16069%20%2D%20043%202019%2000102%2001%20%28T%29&sortField=LinkFilename&viewid=6ddead74%2Db04d%2D44ce%2D960d%2Dd789d63787b8>

R.I. 16069

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN

Rad. 1100131030432019-00102-01

Bogotá, D.C., Diecinueve (19) de Octubre del año Dos Mil Veintidós (2022).

REF. PROCESO VERBAL DE PERTENENCIA EXTRAORDINARIA DE CLARA LUCIA MAHECHA HERNANDEZ Y MOISES LÓPEZ BERNAL CONTRA FIDEICOMISO PARQUEO COLCTEC cuya vocera es ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A Y PERSONAS INDETERMINADAS.

Magistrado Ponente. **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ**

Discutido y aprobado en Sala del 19 de octubre de 2022.

Acta N° 39.

I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 26 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso de la referencia.

II ANTECEDENTES

1. PETITUM:

La señora Clara Lucia Mahecha Hernández, por medio de su apoderado judicial, previo tramite del proceso declarativo, solicitó que se proclame que, por haber adquirido por medio de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, le pertenece el bien ubicado en la Avenida 7 No. 139-20/40 Casa B-21 del Conjunto Residencial Bosques del Márquez P.H. II etapa, identificado con la matricula inmobiliaria No. 50N-20469321; y, en consecuencia, se ordene la inscripción de la sentencia en la oficina de registro.

2. CAUSA:

Los fundamentos de hecho en que se soportaron las pretensiones admiten el siguiente compendio:

1. El 12 de julio del 2005, tomó posesión del inmueble en virtud de un contrato de compraventa suscrito junto con su anterior esposo el señor Ismael Augusto Pantoja Carrillo, con Inversiones Ciudadela Real.

2. El 23 de diciembre del 2009, para efectos de concretar la separación de bienes entre ella y su citado cónyuge, decidieron venderla a la sociedad Berakah Ltda., pero, nunca se desprendió de la posesión ni hizo entrega del bien.

3. Desde la fecha de su adquisición ha ejercido posesión de manera pública, pacífica e ininterrumpida, así como actos de señor(a) y dueño (a) sobre el predio tales como habitarlo de forma permanente, realizar el pago de servicios públicos y efectuar reparaciones locativas constantes.

3. ACTUACION PROCESAL:

El Juzgado de primer grado admitió la demanda el 13 de marzo de 2019 y ordenó el enteramiento a la parte demandada, así como el emplazamiento a las personas indeterminadas.

Acción sociedad fiduciaria S.A., en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo Fideicomiso Parqueo Colctec propuso como excepciones de mérito “ausencia de acreditación de

Ref. Proceso verbal de Clara Lucía Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

actos de señor y dueño por parte de la demandante”, “ausencia de acreditación del tiempo para adquirir el inmueble por prescripción extraordinaria del dominio” e “imposibilidad de realizar actos de señor y dueño sobre un inmueble embargado”¹.

Mediante proveído fechado del 9 de agosto de 2019, se aceptó cesión de derechos litigiosos realizada por la demandante a favor de Moisés López Bernal; de igual forma, se designó curador ad litem de las personas indeterminadas.

Una vez designado y posesionado el curador *ad litem*, dentro del término de contestación, alegó como medio exceptivo la “*no configuración de los requisitos axiológicos para adquirir el dominio por prescripción adquisitiva extraordinaria*”².

III. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

A través de la sentencia calendada el día 26 de noviembre de 2021, el juez de primera instancia negó la totalidad de las pretensiones.

Para llegar a la anterior determinación, señaló que la señora Clara Lucía Mahecha Hernández, para la época de la instauración de la demanda, no cumplía con los requisitos que se exigen para hacerse dueña del bien a través de la prescripción adquisitiva extraordinaria al no ser poseedora de este, dado que, si bien tenía la tenencia material

¹ Folios digitales 402 a 411 del archivo *01cuaderno1*.

² Archivo *08contestacionDemandan*.

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

del inmueble, no se demostró que tuviera el ánimo de señor y dueño ni ejerció actos de posesión.

Indicó que aquella confesó que no era poseedora del bien al reconocer el dominio ajeno por parte de la sociedad Berakah Ltda., tanto por la entrega del bien a ésta como con relación a la cesión de derechos litigiosos a favor del señor Moisés López Bernal, quien además es representante legal de dicha sociedad.

Además, advirtió que la finalidad de la parte actora no era adquirir el bien por usucapión, sino sanearlo para hacer la entrega a la sociedad compradora.

Señaló de igual forma que, la cesión de derechos litigiosos que realizó la demandante en favor del señor Moisés López Bernal tampoco permite reconocerlo como poseedor, puesto que la señora Clara Lucia el 23 de diciembre de 2009, por medio de la escritura pública, hizo la transferencia del dominio, pero no se evidenció dentro del folio de matrícula alguna anotación que permitiera inferir que se reservó la posesión del bien, por lo que fungía como mera tenedora en nombre de la misma sociedad.

También adujo que, si se contara desde el 23 de diciembre de 2009 - fecha en que se transfirió el dominio a la sociedad Berakah Ltda. - hasta la fecha de presentación de la demanda, no se habían cumplido los diez años que exige la ley para la prescripción extraordinaria de dominio.

IV. LA APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante presentó recurso de apelación, en el cual alegó, en síntesis, que:

1. El *a quo* no tuvo en cuenta lo establecido por la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia respecto a que la posesión material solo se demuestra con hechos y no con afirmaciones, confesiones o negaciones en relación con tal situación jurídica.

2. El *animus domini* es el elemento intrínseco que escapa de la percepción de los sentidos y que se debe presumir ante la existencia de hechos externos que son su indicio, según jurisprudencia de ese Órgano de Cierre; así mismo, expresó que no era cierto que la demandante había reconocido dominio ajeno al vender el predio a la sociedad Berakah Ltda. ni que se ha interrumpido la posesión de aquel por parte de ella, pues se acreditó que nunca ha dejado la posesión material del inmueble.

3. Si bien es cierto que en el folio de matrícula inmobiliaria obra una anotación de transferencia del dominio por parte de la señora Clara Lucia Mahecha Hernández del porcentaje de los derechos sobre el inmueble a favor de la sociedad Berakah Ltda., dicha adquirente nunca recibió materialmente dicho inmueble, por lo que la demandante nunca dejó de ser poseedora en la medida en que no se

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

trata de examinar el dominio inscrito, pues este cede ante el abandono del propietario registrado.

4. Se demostró que a pesar de que la demandante transfirió su cuota parte en el 40%, continuó ejerciendo la posesión material de la totalidad del bien y, en consecuencia, adquirió el otro 60% al no reconocer dominio ajeno respecto de ese porcentaje.

5. Para la sentencia de primer grado, ya había transcurrido el término de diez años si se cuenta desde el 31 de mayo de 2010, fecha de registro de la compraventa al tercero de su 40%.

V. CONSIDERACIONES

1. PRESUPUESTOS PROCESALES:

Sea lo primero advertir, la presencia de los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico- procesal. En efecto, le asiste competencia al Juez de primer grado para conocer del proceso y al Tribunal para resolver la alzada; las personas enfrentadas en la *litis*, ostentan capacidad para ser parte y procesal, dada su condición de personas jurídicas y naturales en ejercicio de sus derechos; por último, la demanda reúne los requisitos mínimos de ley. Por lo demás, no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

Adicionalmente, la competencia de la Sala se limita al examen de los puntos específicos objeto del recurso expuesto por la

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

demandada, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, según el cual *“el juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”*

2. DE LA POSESIÓN:

El artículo 762 del Código Civil, señala que *“la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”*.

De dicha definición se pueden apreciar dos elementos aceptados por la doctrina y jurisprudencia nacional consistentes en la intención o voluntad de poseer y la materialización u objetivación de aquel constitutivo interno, denominados *animus* y *corpus*, respectivamente.

El primero hace alusión al elemento interno subjetivo, consistente en la voluntad de tener la cosa por sí, y para sí, en forma autónoma, independiente, frente a cualquier persona como expresión del derecho que representa objetivamente, así sea o no el poseedor a la vez el titular del derecho; el segundo, se refiere al elemento material, que se exterioriza y patentiza en actos de dominio, que son efectuados en forma continua, durante el tiempo en que se prolonga la posesión y que constituyen la manifestación y prueba sensible de la relación de hecho del hombre con las cosas.

3. DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO:

La prescripción es un modo de adquirir las cosas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido tales acciones y derechos durante cierto tiempo (art. 2512 C.C.). La primera tiene su campo de acción en la adquisición de los derechos reales, la segunda, en la extinción de las obligaciones y acciones en general, y para que se dé, deben concurrir los requisitos legales establecidos por el legislador.

En lo que hace alusión a la prescripción adquisitiva de dominio, que es la que interesa para resolver el presente asunto, el art. 2527 del C.C., establece que ésta puede ser ordinaria o extraordinaria, requiriéndose en ambas la concurrencia de los siguientes elementos **(i)** que la cosa sea objeto de prescripción; **(ii)** que la cosa haya sido poseída durante el término que exija la ley y, **(iii)** que exista identidad entre la cosa poseída y la pretendida.

4. CASO CONCRETO:

A fin de resolver sobre los reparos planteados, estima la Sala necesario ahondar los mismos según la naturaleza de su argumento, por lo que se procede a resolver los mismos a continuación.

4. 1. Pues bien, se atacó la determinación del juez consistente en tener por confesada a la señora Clara Lucía respecto de la posesión que decía ostentar; sin embargo, el debate que se plantea en esta

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

instancia parte de un fundamento erróneo, pues la “posesión material” que constituye un “hecho” se encuadra en el otro ítem integrante de la posesión: el *corpus*, con lo cual se cae por su propio peso el argumento expuesto, pues lo dicho por la jurisprudencia de antaño en nada cambio lo dispuesto por el *A quo*. En ese sentido, la manifestación dada por la demandante y que se tuvo como confesión fue que no era poseedora y reconocía otro dueño.

4. 2. En lo atinente al *animus*, se negó lo antes mencionado: La aceptación de dominio ajeno en cabeza de la sociedad Berakah Ltda., pero no se precisó por el apoderado la razón de su inconformidad, por lo que no es posible para la Sala ahondar en el asunto si no se dieron bastones suficientes que respaldasen el argumento a fin de determinar si le asiste o no razón para revocar la decisión.

4. 3. Frente al *corpus*, se alegó que la señora Clara Lucía no interrumpió ni se desprendió de la posesión sobre el inmueble, pues estaba acreditado que nunca ha dejado la posesión material del inmueble. Al respecto, véase que el sentenciador no discutió que la citada señora tuviera materialmente la cosa, toda vez que la razón de su decisión se centró en el elemento psicológico o subjetivo de querer adquirir el bien por usucapión.

4. 4. Tampoco le asiste razón a la parte actora el alegar que nunca dejó de ser poseedora pese a haber transferido el bien a un tercero, pues a este nunca le fue entregado el predio. Ello no es cierto en la medida en que, como ya se dijo, la posesión no es solo la tenencia

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

material del bien y los actos de dominio ejercidos, sino que el legislador, además, exigió de quien pretende adquirir por esta vía, una psiquis de dueño, esto es, la propia creencia de que se es propietario y no se admite a nadie más como tal; bajo tal horizonte, para el *A quo* quedó demostrado todo lo contrario con la entrega del inmueble efectuada en el año 2019 y la cesión de derechos litigiosos en este proceso a favor de quien oficia como representante legal de la sociedad a quien le transfirió dominio en el año 2009 y como parte de tal negocio jurídico se sentó, según lo dicho por la misma demandante, que esta permanecería con el predio hasta el día que se *“finiquitara el negocio”* con el pago del excedente³, así como de la intención real con el proceso que, más allá de pretender adquirir el bien, no era otra que *“sanear el título”* por aquello del fideicomiso inscrito que desconocía su constitución⁴.

Además, expuso la parte censora la posibilidad de que, al continuar con la posesión material del inmueble, adquiriera el porcentaje del que no era dueña la señora Clara Lucía antes de vender a la sociedad representada por el señor Moisés, pues sobre esta proporción, a su juicio, no puede predicarse reconocimiento de dominio ajeno al no existir negocio jurídico de por medio.

No obstante, para efectos de resolver su argumento y precisar lo antes expuesto, vale recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en relación con aquellos actos realizados por el propietario de un bien que no conceden *per se* la posesión en un tercero, sino que se

³ Minuto 46:50 del archivo 19VideoGrabacionParte2AudienciaArticulo372

⁴ Minuto 1:01:02 del archivo 19VideoGrabacionParte2AudienciaArticulo372.

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

tratan de los actos de mera tolerancia de los que habla el artículo 2520 del Código Civil y difieren de la posesión material del bien. En palabras de la Corte:

“Cuando se habla de posesión material, no se trata de actos de mera tolerancia (artículo 2520 del Código Civil), fundados en relaciones de amistad, de condescendencia, de parentesco, de coparticipación o de comunidad (los copropietarios, comuneros o consocios, (...) de vecindad, de familiaridad (...), de benevolencia, de ocasión, o de licencias que otorga el titular del derecho de dominio; todos los cuales no tienen eficacia posesoria, por su carácter circunstancial, temporal o de mera cortesía, o por su naturaleza anfibológica o ambigua (...).

En general, todos esos comportamientos obedecen a meras concesiones del dueño, que no están acompañados de la voluntad de despojarse del dominio en pro de quien se beneficia de tales conductas. Son actos que no revisten el carácter definitivo, público e ininterrumpido o permanente que demanda la posesión; son sucesos que por no entrañar perjuicio para el propietario resultan tolerables; y nótese, cualesquiera engendran ambigüedad, pero realmente no hay desposesión para el dueño. Eventualmente, pueden desbordar hacia una auténtica posesión, interversando el estado jurídico, pero deben reflejarse en abierto rechazo al derecho del verdadero propietario, abrogándose el tenedor, un señorío de hecho que no es suyo, pasando a la abierta rebeldía contra el verus domini, reputándose de ahí en adelante como auténtico dueño, desconociéndole el derecho dominical y disputándosele a quien en principio autorizó la tenencia”⁵

Y la anterior cita jurisprudencial cobra relevancia para desechar este reparo a la sentencia, pues no puede pretenderse por la actora alegar una posesión derivada de un acuerdo privado con quien le compró el predio consistente en permanecer en el bien hasta tanto se efectúe el pago de la última cuota pactada como precio, pues desde el

⁵ CSJ, SC, Sentencia SC17221 de 18 de noviembre de 2014, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

momento en que se realizó la compraventa, la sociedad Berakah Ltda. inició a fungir como propietaria y el permitirle a aquella conservar la mera tenencia del bien constituyendo un acto de mera tolerancia, máxime cuando en el interrogatorio de la señora Clara Lucía, ésta manifestó que siguió viviendo en la casa, solo efectuó el pago de servicios públicos, algunas reparaciones, pintarla y *“hasta cierta fecha pagué la administración”* y, al preguntarse si con el dinero que recibió por la venta del bien pagó la misma, respondió que *“en el 2019 no, yo cuando ya recibí, yo ya no pagué ninguna administración”*, así como que no realizó oposición alguna frente al proceso ejecutivo que afectó el inmueble para el pago de las cuotas de administración y dejó de pagar los impuestos prediales⁶, lo que destruye cualquier posibilidad de interversar su título de tenedora.

4.5. Expuesto lo precedente, resultaría inane emitir pronunciamiento respecto al último de los reparos traídos a esta instancia aludido a la contabilización del término de prescripción dado que se encuentra demostrado que no se dieron los presupuestos para usucapir el bien objeto del proceso; sin embargo, no puede pasarse por alto lo equivocado de tal argumento, pues lo cierto es que el término de prescripción adquisitiva debe estar consumado antes de la presentación de la demanda, pues la actora, al solicitar a la administración de justicia la declaración del derecho que dice tener, debe haber cumplido los presupuestos para ello con anterioridad.

⁶ Minuto 1:04:03 del archivo 19VideoGrabacionParte2AudienciaArticulo372.

Téngase en cuenta que se está discutiendo la posesión desde el momento de efectivización de la escritura pública del 23 de diciembre del 2009; luego, para el momento de presentación de la demanda no habían corrido los diez años que exige la norma, pues estos se verificaban o materializaban el 23 de diciembre de 2019 y, aunque la sentencia fue dictada con posterioridad, para efectos de cómputo se determine como tope o derrotero la fecha de presentación de la demanda; pero, aún con mayor razón no se vivifica el término prescriptivo Extraordinario de dominio en cabeza de la accionante, con la argumentación dada por dicha parte en su alzada, esto es, en cuanto a manifestar que la misma empezaría a contarse desde el día 31 de mayo de 2010(Desde la anotación y/o registro de la compraventa al tercero de su 40%), pues menos colocando como límite tal fecha daría el lapso pertinente de los diez (10) años para la operancia de aquella, pues la demanda fue presentada el día 13 de marzo de 2019, por lo que, al momento de introducirse, apenas habían corrido Ocho (8) años, nueve (9) meses y trece (13) días; en consecuencia si alegaba el último día del mes de mayo del año 2010, el término prescriptivo adquisitivo lo efectivizaría para el día 31 de mayo de 2020, pero, se itera , la demanda fue presentada el día 13 de marzo de 2019, esto es, todavía no se había materializado el lapso indicado .

Ahora, la argumentación en la Alzada de la parte que se duele de la decisión, en el entendido, según sus voces, que para el momento de la emisión de la sentencia, esto es, el 26 de noviembre de 2021, ya se había finiquitado el termino prescriptivo extraordinario (Que es el eficiente cuando se trata de Declaración de Pertenencia respecto a comuneros, conforme a lo dispuesto en el artículo 375 Numeral 3º del

Código General del Proceso), ello no tiene asidero jurídico, pues el canon 94 de la Ley 1564 de 2012 (Artículo 90 del Código de Procedimiento Civil), señala en su inciso 1º : “ La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción...”; y en dicho ítem, la H. Corte Suprema de Justicia en providencia AC1324-2018 (2011-00537-01) del 6 de abril de 2018- Magistrado Ponente Dr. LUIS ALONSO RICO PUERTA-, señaló: “ Al respecto resulta ilustrativo señalar, que el anterior, como el actual precepto, antes citados, alude de manera general a la “interrupción de la prescripción” y dado que no hacen distinción, ha de entenderse, que comprende tanto la “prescripción extintiva” como la “Prescripción adquisitiva”.

Corolario de lo ya tratado, el término prescriptivo extraordinario se debió haber cumplido al momento de la presentación de la demanda (Marzo 13 de 2019) y no como lo quiere hacer ver la parte recurrente, esto es, que lo era al momento de la sentencia, como quedó debidamente establecido en esta providencia.

4.6. En conclusión, de los argumentos que preceden se impone confirmar la sentencia materia de alzada.

5. COSTAS:

Se condenará en costas a la parte demandante como quiera que no salieron avantes los reparos de la alzada, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Tres Civil del Circuito de Bogotá D.C., por las razones antes expuestas.

SEGUNDO. - CONDENAR en costas a la parte demandante y en favor de la demandada. Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija la suma de \$1.000.000. Ante la *A Quo* efectúese la correspondiente liquidación.

TERCERO. - Remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(firma electrónica)

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

Magistrado

R.I. 16069

Rad. 110013103043-2019-00102-01

Ref. Proceso verbal de Clara Lucia Mahecha Hernández y Moisés López Bernal contra fideicomiso parqueo Colctec cuya vocera es Acción Sociedad fiduciaria S.A y personas indeterminadas

(En uso de licencia justificada)

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Magistrado

(firma electrónica)

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Augusto Zuluaga Ramirez

Magistrado

Sala 014 Despacho Civil

Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

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

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

Código de verificación: **5618858bba7ff2933d2d3e7588d7bd24423f4ca37f260649897ee6dff8cb9236**

Documento generado en 19/10/2022 11:27:05 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

Declarativo
Demandante: Inversiones Cema y Compañía S.A.S.
Demandado: Universidad Cooperativa de Colombia
Rad. 044-2019-00799-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión del 19 de octubre de 2022. Acta 36.

Bogotá D.C., diecinueve de octubre de dos mil veintidós

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de esta ciudad el 22 de septiembre de 2021 –repartida al despacho el 5 de abril del año en curso– dentro del proceso iniciado por Inversiones Cema y Compañía S.A.S contra Universidad Cooperativa de Colombia.

ANTECEDENTES

1. Inversiones Cema y Compañía S.A.S –en lo sucesivo Inversiones– presentó demanda verbal para que se declare que la Universidad Cooperativa de Colombia –en adelante la Universidad– es civil y contractualmente responsable de los perjuicios materiales que se le causaron con ocasión del incumplimiento de dos contratos de comodato suscritos el 8 de julio de 2009. En consecuencia, se le condene al pago de los daños materiales irrogados, por los valores descritos en el cuerpo de la demanda, en los ítems de daño emergente y lucro cesante; más su indexación y las costas.

Como hechos sustento de sus peticiones relató que, entre la Universidad – en su calidad de comodante– e Inversiones –en su condición de

comodataria– se suscribieron dos contratos de comodato sobre unas áreas en las que funcionarían cafeterías de propiedad de la demandada, ubicadas en la ciudad de Bogotá y en las sedes de Villavicencio, debidamente descritas. En el segundo de los acuerdos se incluían los espacios destinados para fotocopiado, cuya vigencia es de quince años.

La comodataria ha cumplido con sus obligaciones, específicamente las establecidas en las cláusulas segunda “destinación” y octava, que la Universidad ha pretendido desconocer. A su turno, la demanda, de manera arbitraria, abusando de su posición dominante y haciendo uso de vías de hecho, se ha apoderado de la mayoría de los espacios en los que funcionaban las cafeterías y las fotocopiadoras, para lo cual realizó un listado de las sedes en las que aún detenta en contraposición de las que ya fue despojada, supuesto que –en su criterio– acepta la convocada bajo el sofisma de la inobservancia de algunas condiciones pactadas, manifestación que realizó dentro del proceso reivindicatorio 2018-0487 ante el Juzgado 18 Civil del Circuito, justificación de la que aflora la responsabilidad de la institución educativa, al no esperar mediación de la autoridad correspondiente para solucionar la controversia, sino que infundadamente procedió a desalojarla.

Concluyó que no ha podido seguir ejecutando el contrato de comodato ante el despojo físico de los espacios en los que ejercía las descritas actividades comerciales, lo que claramente ha acarreado perjuicios de orden económico.

2. Notificada la Universidad contestó proponiendo las excepciones de “violación al régimen jurídico y contractual por cesión del derecho de uso a terceros, culpa del demandante, incumplimiento contractual y necesidad de los espacios dados en comodato, inexistencia de daño imputable a la Universidad Cooperativa de Colombia e indebida tasación de perjuicios y la genérica”. La primera de ellas sustentada en la cláusula décima de los dos contratos que prohíbe la cesión tanto del convenio como de los bienes a

cualquier persona natural o jurídica, pues no medió previa autorización escrita del comodante, deber incumplido por la actora porque subarrendó, concesionó o cedió varios de los espacios a terceras personas, lo que generó no solo incertidumbre por la dudosa calidad en la que estas desarrollaban las actividades que le habían sido entregadas a Inversiones Cema para su directa explotación, exponiendo –a guisa de ejemplo– casos particulares para algunas de las sedes en las que se comprobó la tenencia de las áreas por personas ajenas a la relación contractual.

Adicionó que las cláusulas octava y décima regulan dos situaciones totalmente diferentes que no riñen entre sí y que como la facultad otorgada en la cláusula octava –permisión para celebrar contratos– es anterior a la restricción de la cesión, debe interpretarse en el sentido de estar prohibida la disposición del mismo. Además, la comodataria tenía “libertad para contratar el suministro de bienes y servicios con proveedores de cualquier producto, sin obstáculos por consideración a patrocinios, marcas, antecedentes comerciales etc.”

En la segunda de las excepciones –en síntesis– denunció el incumplimiento de la actora que conllevó a la recuperación de esas zonas: *i) la cesión del uso a terceros; ii) el cambio de destinación del uso natural; iii) el abandono de algunos espacios; iv) la acción de dominio iniciada con la intención de apropiarse de los lugares en comodato; v) la pésima prestación de los servicios que condujo al sellamiento por parte de la sub secretaria de salud distrital, situación que afectó el activo reputacional y el buen nombre de la universidad, y vi) la no devolución inmediata ante el requerimiento del comodante, originado en la necesidad urgente para realizar adecuaciones físicas.*

Así mismo, alegó la ausencia de prueba del daño como elemento esencial de la responsabilidad, su falta de concreción y del respectivo nexo causal, exceptivas cuyo mérito fue replicado por el demandante.

3. Agotado el rito procesal, la autoridad de primer grado declaró infundadas las excepciones, atestó el incumplimiento de la Universidad, negó la condena en perjuicios y condenó en costas a la demandada en un 70%.

Para arribar a esas conclusiones, enfatizó que la Universidad incumplió los contratos al darlos por terminados antes del año 2023, pactado como de vencimiento, pues de manera anticipada y de facto, retomó muchos de los espacios. Acto seguido, procedió a estudiar la justificación de ese actuar en aristas como *i)* la salubridad, *ii)* abandono de algunos de ellos, *iii)* cambio de destinación o uso, *iv)* necesidad del área para infraestructura o adecuaciones de la Universidad –de la que sólo halló prueba respecto de dos zonas específicas y con el propósito de cumplir requisitos de acreditación de la institución–, *v)* terminación del contrato de arrendamiento por la universidad y el club de Leones en el año 2014 respecto de la sede de Villavicencio y *vi)* tercerización o cesión del comodato.

A juicio de la funcionaria, no hay prueba de los incumplimientos enrostrados a la convocante. Explicó, para la temática de salubridad, que la secretaría de salud bosquejó unas recomendaciones, pero no hubo clausura o sellamiento, al paso que no hay prueba de la presencia de roedores y lo que se expresó es que por falta de uso de algunos espacios dio paso a ellos, quedando este hecho en el solo dicho del convocado. Desestimó el abandono de algunos lugares, pues el informe del año 2020 lo creó la Universidad y si bien algunos de sus empleados declararon en ese sentido, se comprobó que se impidió el ingreso de los administradores a algunos espacios, lo cual concuerda con las documentales emitidas por la misma comodante. Sobre el cambio de destinación por subarriendo para montar una floristería, ello se desvirtuó con el testimonio del señor Solarte quien explicó que el ramo encontrado había sido enviado de una floristería vecina, por una sola vez, estando exhibido para ayudar a ese negocio.

Respecto de la necesidad de recuperar los espacios para cumplir con los mandatos reglamentarios para el desarrollo de infraestructura de la Universidad, hay escritos que demuestran la solicitud de algunos de ellos, hecho ocurrido tiempo después, aun dentro del proceso. En torno a la terminación del arrendamiento con el club de Leones, no se trajo prueba del negocio de locación ni de la compraventa de otro inmueble para comprobar ese supuesto fáctico y, finalmente, sobre la cesión o tercerización del contrato como detonante del incumplimiento de la cláusula décima, que la prohíbe, de tal trasgresión no hay prueba, pues si bien algunos administradores manifestaron que pagaban una especie de arriendo ello obedece a los contratos por administración delegada, justificados por la cláusula octava, concluyendo que, aun aceptando los referidos incumplimientos, la Universidad no estaba habilitada para recuperar de facto esos espacios.

Con relación al daño, valoró que el despojo de la mayoría de las áreas destinadas para papelería, cafetería y fotocopiado condujo a la pérdida de la posibilidad de percibir un ingreso económico, así como de algunos muebles y enseres –de los que no existe ninguna prueba, ni de su valor, como tampoco hay sustento para una condena de perjuicios por daño emergente y lucro cesante. Respecto del primero advirtió la improcedencia de incluir los honorarios de abogado y peritos, ítems que comprenden factores internos que atañen al proceso, regulados e incluidos dentro de las costas procesales, mientras que de los gastos de transporte no hay vestigios de su causación.

Y en cuanto al lucro cesante, el dictamen pericial que lo cuantificaba lo calificó como dudoso, confuso, débil en su sustentación y poco creíble en cuanto a los datos tomados para soportar las sumas finales, porque no se determinó el método utilizado, acotándose que, para determinar los ingresos percibidos por las cafeterías y fotocopiadoras, se acudió a los extractos bancarios y al libro diario de la sociedad. Sin embargo, en la sustentación no se acreditó que tales sumas derivaran de su explotación, tampoco que

hubieren entrado a la contabilidad de la sociedad, además que el libro diario nunca se trajo al plenario a pesar de la insistencia tanto del despacho como de la demandada por lograr su acopio junto con los demás libros contables de la compañía, requerimiento que nunca se cumplió.

Aunó que en el método comparativo –que el perito dijo haber utilizado porque no podía acudir a todos las zonas concedidas en tanto que algunas ya estaban en poder de la Universidad– no quedó especificado si concurrió a los que continuaban bajo el mando de los actores. Los contratos de concesión privada en que se basó la peritación no soportan ni el lucro cesante pasado ni el futuro comoquiera que todos datan del año 2005, mientras que los comodatos objeto de debate se suscribieron en el año 2009. En sentido contrario, la exposición ofrecida por Wilson Mayorga Mogollón, experto economista fue seria y apuntalada en razones de peso, logrando demostrar que con los archivos que se adosaron al dictamen “no era posible determinar la ocurrencia del supuesto económico generador del potencial daño ni su cuantificación”, esto porque era imperiosa la presencia de la información financiera de la sociedad previo al hecho base del detrimento.

Finalizó resaltando que, pese a los esfuerzos desplegados –aún por el despacho–, para cuantificar el daño y revisado el restante material probatorio –como los recibos de caja menor por concepto de administración privada–, tampoco se desprenden los valores pretendidos, porque en todos se establece su entrega por personas que no fueron llamadas al proceso para declarar sobre esos montos y tampoco fueron aceptados por los testigos Orlando Manotas y Jaime Córdova, quienes los recibían.

4. Con el propósito de que se revoque la decisión en lo que la providencia les resultó desfavorable, ambas partes apelaron. La actora expuso sus argumentos en la audiencia mientras que la pasiva los desarrolló de manera escrita dentro de los tres días siguientes a la emisión de la sentencia, con la

precisión de que ambos replicaron esas inconformidades ante esta corporación.

4.1. El demandante que, contrario a lo argumentado por la *a quo*, el testigo Fernando Sánchez Mora sí afirmó que le “sonaba” un señor Manotas y que a pesar de que había muchas personas en las cafeterías que no se identificaron de manera directa, de la testifical se extrae que era a través de esos administradores que se entregaba el dinero a la representante legal de la sociedad.

Recalcó que debe valorarse el dictamen pericial allegado a la demanda porque este se soporta en los contratos de administración, documentos que, aunque aparentemente no se relacionaron en la peritación, en la audiencia el señor José Alberto Fernández dejó en claro que son la base de sus cifras, legajos aportados posteriormente junto con la documentación financiera de Inversiones, atendiendo a los requerimientos del juzgado, pliegos que deben ser analizados por el Tribunal para tasar los perjuicios.

Adicionalmente, si bien no se niega la vasta experiencia y los conocimientos de Wilson Mayorga –el otro perito–, es claro que este expuso la manera particular de cómo habría realizado el peritaje, sin que atacara de forma directa el aportado y menos especificó que no se pudiera hacer en la forma que fue presentado, por lo que concluyó que el daño sí se puede tasar mediante el ejercicio allegado.

4.2. La pasiva solicitó que se revoque la decisión para declarar prósperas sus excepciones, denegar las pretensiones, suprimir la declaración del incumplimiento contractual y complementar el fallo con la condena a la actora del 10% de la suma juramentada, aspiraciones apoyadas en los siguientes argumentos:

4.2.1. Existió una visión excesivamente ritualista por parte del despacho al analizar el punto de la trasmisión de los comodatos, pues pese a que los contratos por los que se entregó la explotación a terceros de manera expresa no se apellidaron como de cesión, su ejecución si encarna la entrega de la tenencia y la utilización de los espacios de modo independiente, porque los administradores no rendían cuentas ni ejercían actividades propias de estos, pagando una contraprestación fija, mensual, sin subordinación jurídica, asumiendo costos y gastos operacionales del negocio, aspectos que en la práctica se desarrollan bajo un arrendamiento.

4.2.2. Los contratos de administración delegada no pueden ser tenidos como prueba pues se allegaron de manera forzosa y, si estos se confeccionaron para traerlos al proceso, no gozan de credibilidad suficiente ante la ausencia de una ratificación por parte de quien manifestó fungir en ellos como administrador.

4.2.3. La Universidad no actuó de facto y la recuperación se justifica al tener como propósito evitar un perjuicio más grave ya que la explotación de los espacios se daba en un contexto de bienestar universitario, implicando la urgencia en la prestación de servicios de cafetería y papelería, circunstancias que debieron tenerse en cuenta para evitar mayores perjuicios y decisiones injustas.

4.2.4. La valoración probatoria sobre los documentos, testimonios e interrogatorio fue indebida, cuando tuvo por cierto que no se probó la falta a las normas de salubridad, acaso del que dieron fe los testigos Yovani Orozco y Ruth Muñoz. Además, se restó crédito al informe elevado por la ingeniera industrial Claudia González quien constató el sellamiento impuesto a las cafeterías afectadas con esa sanción, mientras que el juzgado entendió que los múltiples requerimientos de la secretaría de salud eran la prueba fehaciente de ello, no siendo así, porque esos escritos pretendían probar las

inconsistencias continuas en los servicios y que esas diligencias eran atendidas por terceros en nombre propio y de sus establecimientos.

4.2.5. Frente a los espacios sede siete y Club de Leones de Villavicencio –el primero vendido y el segundo entregado a la terminación del arrendamiento– se restó mérito demostrativo al interrogatorio practicado a la demandada y a los testimonios de Gloria Rave y Ruth Muñoz, personas que dan cuenta de la realidad de esos hechos, exigiéndose como prueba contratos de venta o arrendamiento de tales inmuebles, sin que el asunto que atañe tenga que ver con la titularidad o desarrollo de la ejecución de dichos convenios.

4.2.6. La sede principal como otras, no fueron tomadas por la Universidad, situación que el mismo demandante reconoció en el libelo introductorio (folio 12), las que inclusive aún están en su poder, hechos que se corroboran con el informe ocular al que se restó importancia al transformarlo en una prueba documental.

4.2.7. La sentencia es incongruente, porque el propósito de la actora era el resarcimiento de daños y perjuicios, incluyéndose de forma impertinente en la parte resolutive la declaratoria de incumplimiento contractual sin ser solicitada.

4.2.8. En cuanto a la presunta configuración del daño el juzgado lo presumió, al punto de indicar que, sobre varios espacios como la sede principal y otros, se había lesionado a la demandante por haberla expulsado de allí, siendo la realidad que aún muchos de esos lugares continúan en poder de aquella.

4.2.9. Finalmente señaló que se omitió condenar a la actora al pago del porcentaje sobre la suma juramentada, como ordena el artículo 14 de la

ley 1734 de 2014, polémica que se absuelve en consonancia con las siguientes

CONSIDERACIONES

1. En desarrollo del principio de normatividad que se predica de los contratos, previsto en los artículos 871 del Código de Comercio y 1602 del Código Civil, las partes quedan atadas no solo a lo que expresamente se obligaron, sino también a todo lo que corresponda a su naturaleza, según la ley, la costumbre o la equidad natural, las que deben cumplirse de buena fe, dentro del término señalado y en la forma pactada, al paso que alejarse de lo dispuesto en esas previsiones genera su incumplimiento, llevándolo a asumir, entre otras consecuencias, el pago de la indemnización de perjuicios que la falta negocial genere. No en vano, “el contrato, además de revestir determinados comportamientos sociales y recoger el conjunto de derechos y obligaciones que los interesados optaron por asumir, reflejo palpable –entre otros aspectos– de su voluntad libre para autodeterminarse, con la connotación de una categoría jurídica que, con apego a las descripciones abstractas de la ley, ha de evaluarse en procura de visualizar eventuales desbordamientos o abusos, ya relacionados con quienes en él intervinieron, o vinculados a los compromisos acordados”¹.

Como detonantes de la responsabilidad que se analiza, la Corte Suprema de Justicia ha sintetizado que debe obrar el incumplimiento de un deber contractual, un daño y una relación de causalidad entre estos: “Lo primero indica la inejecución de las obligaciones contraídas en el contrato; lo segundo, vale decir el daño, se concreta con la prueba de la lesión o detrimento que sufrió el actor en su patrimonio, porque no siempre el incumplimiento de uno de los extremos del contrato ocasiona perjuicios al otro, pues eventos se dan en que no se produce daño alguno, es por lo que precisamente se tiene cuando se demanda judicialmente el pago de los

¹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia S-081, 15 de agosto de 2008.

perjuicios, le incumbe al actor demostrar el daño cuya reparación solicita y su cuantía, debido este último aspecto a que la condena que por este tópico se haga, no puede ir más allá del detrimento patrimonial sufrido por la víctima, carga de la prueba en cabeza del demandante que la establece el artículo 1757 del Código Civil que dispone que incumbe probar las obligaciones a quien alega su existencia”².

2. Del contrato de comodato, regulado por los artículos 2200 y siguientes del Código Civil, se acepta que este negocio se caracteriza por su gratuidad y su finalidad se dirige a favorecer al sujeto a quien se le permite el uso de la cosa –“función de beneficencia”–, estando excluida cualquier contraprestación. Merced a ese privilegio un sector de la doctrina reconoce en él la condición *intuitu personae*, esto es, “de aquellos que se celebran en consideración a la persona con quien se concluyen. En efecto: si, por lo común, en un negocio oneroso se mira más a lo que ha de recibirse a cambio de la propia prestación, en un acto benéfico, ajeno por esencia a todo móvil especulativo, se atiende primordialmente a las condiciones personales de alguien a quien se busca ayudar o favorecer”³.

Por igual, la ley reguló sus modalidades de terminación, encontrando dentro de ellas, y para lo pertinente a la situación en juzgamiento, el agotamiento del plazo pactado “y 4) por voluntad unilateral del comodante en los siguientes casos: a) cuando no hay término de restitución previamente fijado; b) cuando el comodatario falleció o cae en incapacidad que le impida usar la cosa; **c) cuando sobreviene al comodante una necesidad urgente; d) cuando el comodatario usa la cosa abusivamente o no cumple con su obligación de cuidarla;** y e) cuando muere el comodatario, siempre que el contrato haya sido *intuitu personae*”⁴. (Negrilla ajena al original).

² Sentencia del 14 de marzo de 1996. Exp. 4738.

³ Guillermo Ochoa González, contratos nominados civiles, Señal Editora.

⁴ Corte Suprema sentencia SC-080 2008. (Subraya ajena al texto original).

3. De otra parte, para la efectividad de los derechos y obligaciones consagrados en el acto dispositivo de intereses, el legislador estableció una serie de acciones por las que el contratante cumplido puede demandar la resolución, el cumplimiento forzado de la obligación y la consecuencial o autónoma indemnización de perjuicios, para lo que es menester la prueba de la existencia del contrato, el incumplimiento total o parcial de las obligaciones por parte del demandado, y que el demandante, a su turno, haya cumplido el débito que le impone la convención o cuando menos se haya allanado a satisfacerlas en la forma y tiempo debidos. Estos mecanismos no operan “...sino cuando uno de los contratantes cumplió debidamente con lo pactado o se allanó a cumplirlo dentro del plazo o modo estipulados, y cuando el otro, por un acto de su voluntad, no obstante el cumplimiento de la contraparte, cuando es el caso, ha dejado de cumplir con lo pactado, en la forma y tiempo debidos”⁵, en tanto que cualquier condena de esta estirpe se fundamenta “en la reciprocidad de derechos y obligaciones nacidos para las partes en la celebración del contrato bilateral y procede en el caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se allana a cumplirlo”⁶.

4. En el caso bajo análisis, las pretensiones se dirigieron a obtener la reparación de los perjuicios que la falta negocial del demandado le produjo, en particular al haber actuado de facto en la recuperación de varias zonas que detentaba fruto de la existencia de dos comodatos, realidad que obliga precisar que en el marco pretensional no obró petición de declaración del incumplimiento por parte de la Universidad –contingencia que debía ser abordada por la juzgadora como presupuesto del aval de los daños reclamados–, lo cual no implica la alegada incongruencia por el demandado, en tanto que la misma encarnaría una aspiración implícita y, por demás, oficiosa, ni tampoco se reclamó la restitución de esa tenencia.

⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 16 de marzo de 1988.

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de noviembre de 1964.

Por el contrario, en consonancia con los hechos de la demanda, se busca la indemnización de los perjuicios ocasionados ante ese despojo, quedando en evidencia lo parcial de la contienda en cuanto al objeto y el daño a reparar, cometido contra el que se opone la Universidad esbozando el incumplimiento de Inversiones por haber cedido los contratos, el cambio de la destinación del uso natural, el abandono de algunos espacios y la deficiente prestación de los servicios que llevó a la intervención de las autoridades de salud distrital y la renuencia a devolver alguna zonas que se requerían para realizar adecuaciones físicas. La funcionaria resolvió esa polémica declarando la recuperación de hecho de unos espacios y la absolución de la condena en perjuicios por ausencia de prueba, orientación rebatida por ambos contendientes en lo que a ellos, de manera particular, les resultó adversa, desavenencia que, en esencia, se reduce a determinar el incumplimiento contractual y si este causó perjuicios a la contraparte, a la que la Sala da respuesta acotada por los expresos cuestionamientos de las impugnaciones, en tanto que cualquier desbordamiento de esos hitos gesta la incursión en el vicio de incongruencia, el cual “también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnativa), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido”⁷.

5. Comoquiera que ambas partes apelaron, la Sala aborda de manera inicial, por razones de método, la impugnación del demandado, pues de salir avante se tornaría innecesario resolver los cuestionamientos de la contraparte. Para ello, se precisa que la sentencia, además de desestimar las excepciones, ultimó que la recuperación de facto de algunos espacios justificaba la declaración de incumplimiento de la Universidad –supuesto que encarna la base principal de las pretensiones–, fenómeno físico sobre el que la convocada aludió a las razones que tuvo para acudir a esa actuación, pero sin comprobar que estaba habilitada –por la ley o por los contratos– para desarrollar esa modalidad de recuperación de los espacios. Y es que, en lo

⁷ Corte Suprema de Justicia. SC4415-2016

que dice relación con el rescate o retoma directa y unilateral de algunas de las zonas suministradas en comodato, ha de memorarse que en la legislación patria el contrato es ley para las partes y solo puede ser invalidado por mutuo acuerdo o por una causa legal –artículo 1602 Civil–, previsión que deja al descubierto que, en línea de principio, solo en esas hipótesis es posible que los contratantes pongan fin a la relación que los ata, esto es, que haya un motivo en la convención o en la ley que así lo disponga o que, para la definición de la alzada, los contratantes estuvieren habilitados para finiquitar ese vínculo y proceder a recuperar, sin la intermediación judicial, las áreas prestadas.

En efecto, a consecuencia de la libertad contractual, en ejercicio del poder dispositivo que la ley les otorga a los contratantes y en ausencia de expresa prohibición normativa, estos pueden estipular, como elemento accidental del negocio, la potestad de darlo por terminado “por decisión exclusiva, única, espontánea y autónoma de una parte, y sin declaración judicial”, pacto que “se estima ajustado a derecho, válido y lícito pero susceptible de control judicial posterior, en su origen, contenido y ejercicio”, con la precisión que esta terminación “es excepcional, requiere texto legal o contractual expreso, excluye analogía *legis o iuris*, debe aplicarse e interpretarse estrictamente, y cuando su origen es negocial, las partes en desarrollo de la autonomía privada pueden acordarla sujetas al ordenamiento, normas imperativas, ius cogens, buenas costumbres, simetría, equilibrio o reciprocidad de la relación, sin abuso de índole alguna, en los casos y contratos en los cuales la ley no la prohíba o excluya”⁸.

No obstante, en el caso concreto las partes no dispensaron el poderío para que la demandada pudiera finiquitar la relación comodataria *motu proprio*, pues de observar la arquitectura particular del préstamo de las zonas, dentro de las causales de terminación solo se incluyó la disolución de la persona jurídica del comodatario y el vencimiento del plazo –año 2023..., omisión que

⁸Corte Suprema, sentencia de 30 de agosto de 2011.

conduce a que sea menester acudir a las normas que en la ley regulan los motivos para su finalización –como auténticos módulos de su naturaleza atados al acto dispositivo–, encontrando dentro de ellas la muerte del comodatario. Así mismo, obra la salvedad de la petición anticipada de los bienes “entre otros casos: 2. Si sobreviene al comodante una necesidad imprevista y urgente de la cosa”, y “en cualquier tiempo” para el comodato a título precario, regulación que en palabras de la Corte constituyen auténticos ejemplos de la terminación anticipada del contrato y que ello “no significa ni puede conducir en forma alguna a tomar justicia por mano propia, por cuanto toda controversia respecto de su eficacia o ejercicio, corresponde definirla a los jueces.⁹”, reflexiones suficientes para confirmar este segmento de la decisión, porque –en general– no existía autorización negocial para ponerle fin al comodato respecto de las zonas en comodato.

6. Empero, la Sala debe ocuparse de los incumplimientos destacados por el demandado en virtud de su entronque con la legitimación en la causa del actor para el ejercicio de la presente acción, materia que, de forma velada cuestiona la Universidad pero que, de todas formas, es de oficioso pronunciamiento, porque ella “constituye uno de los presupuestos requeridos para dictar sentencia de fondo, sea estimatoria o desestimatoria. Y en caso de no advertirla el juez en la parte activa, en la pasiva o en ambas, deviene ineluctablemente, sin necesidad de mediar ningún otro análisis, la expedición de un fallo absolutorio”¹⁰, análisis que se realiza a partir de la literalidad de lo convenido en el comodato –de manera integral y sistémica, ante la discusión esbozada sobre la preeminencia de la cláusula décima sobre la octava–, la gratuidad del negocio y la concerniente graduación de la culpa prevista en las normas civiles en consonancia con el beneficio o interés que se pretende lograr con la concesión del préstamo de uso, como lo contemplan los artículos 2002 y 2004 civiles.

⁹ Ib idem.

¹⁰ sentencia de 23 de abril de 2003

6.1. Alterca la Universidad que no se avaló que el comodatario incurrió en la prohibida cesión de las áreas muy a pesar de que obra suficiente prueba en torno a que Inversiones otorgó la explotación del negocio de cafetería y fotocopiado a terceros quienes los explotan de manera independiente y autónoma, ya que no rinden cuentas, asumen los costos y gastos operacionales, desarrollando en la práctica un contrato de arrendamiento. Dicha crítica debe analizarse a partir del contenido integral del comodato, las obligaciones de las partes y la intelección que se le debe suministrar a las cláusulas ocho y diez del préstamo de uso, de las que la señora Jueza calificó que lo que las partes prohibieron fue la cesión –no probada– pacto décimo, esto es, la sustitución del comodatario quien ubica en un tercero –cesionario–, los derechos y obligaciones propios, desligándose de la relación preexistente, al paso que con la disposición octava se le agració con la libertad de celebrar “contratos de cualquier índole con criterio propio y discrecionalidad”, los cuales serían completamente ajenos a la Universidad.

Así mismo, reprocha que la posición de la juzgadora sobre la cesión encarna una visión rigurosa y formal, pues no le dio mérito a que la forma de explotación por parte de los terceros materializa la entrega de la tenencia y la utilización de los espacios de modo independiente, a pesar de que no se hubiere denominado como cesión del comodato, dilema que desde la perspectiva legal no es intrascendente por cuanto hay cabal diferencia entre la cesión del contrato con los demás actos jurídicos que se pueden realizar sobre los áreas prestadas, pues en razón del primero “un tercero cesionario adquier(e) la posición de una de las partes del contrato, con todos los derechos y obligaciones que como efecto del contrato se habían radicado en ella...”¹¹. Ello implica la alteración de los iniciales titulares del negocio jurídico, mientras que los demás contratos “de cualquier índole” ofrecen como cometido que el comodatario pueda usufructuar las zonas concedidas, ubicadas en diferentes sitios y ciudades, diversidad que reclama acudir a

¹¹ Arrubla Paucar, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles, Tomo I. 13ª edición. Página 251.

otras figuras negociales cuyo límite se encuentra en la naturaleza de la relación contractual –comodato en beneficio de la demandante– y en las cláusulas pactadas, en particular y para la definición de la discordia analizada, en las que regulan el débito de “utilizar” los bienes en la “prestación de los servicios de cafetería, restaurante, salón de internet y fotocopias y servicios complementarios” y la quinta, literal “B” que establece que es obligación del comodatario “utilizar los bienes para la destinación” prevista.

6.2. En este orden, no se equivocó la funcionaria al epilogar que no se probó la cesión de los comodatos pues de ello no hay prueba alguna. Sin embargo, subsiste el reproche del incumplimiento que se refleja en que el uso de algunas zonas lo concesionó o dio en arrendamiento a terceras personas, materia sobre la que importa reflexionar:

6.2.1. Para dar mayor claridad al asunto litigioso y comoquiera que los contratos de comodato recaen sobre diversas zonas y las pretensiones se dirigen a obtener la reparación del perjuicio que la “retoma de hecho” generó y dado que hay confesión de que la actora conserva algunas de ellas, es conveniente excluir las áreas no “recuperadas directamente”, ejercicio que da como resultado que los negocios situados en la “cafetería sede 28” y “principal” no hacen parte de este conflicto. Igual suerte corren los espacios “cafetería sede facultad de medicina en Villavicencio”, ubicada en el antiguo club de leones y el sitio destinado tanto para cafetería como fotocopiado apellidado “sede 7”.

6.2.1.1. El primero de ellos porque pese a que según la convocante la Universidad ostenta la tenencia desde enero de 2016¹² este inmueble no era propiedad de aquella y fue restituido a su propietario con ocasión de la terminación del contrato de arrendamiento que estuvo vigente hasta diciembre de 2014, circunstancia imperiosa que concitó su entrega y, por

¹² Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 01 Demanda y Anexos, folio interno 121.

tanto, el traslado de la sede de la facultad que allí operaba, afirmación que cobra fuerza valorativa al confrontarla con el informe titulado “inspección ocular”¹³, al que la juzgadora le restó vigor corroborativo bajo la tesitura de que la información inserta era proporcionada por la propia institución. Esta orientación no puede ser avalada por la Sala, porque para la producción, práctica y aducción de la prueba no se incumplieron los requisitos legales esenciales, estuvo sometida a contradicción, sin encontrarse un rasgo contaminante que desacredite su contenido, y, además, porque no está prohibida la gestión demostrativa a iniciativa de la parte misma, pues quien más sino la propietaria de cada uno de los lugares para revelar el estado de los mismos.

De ese reporte, en el que obra material fotográfico se destaca, que esa específica área es operada, actualmente, por la “Universidad Autónoma de Nariño”, prueba posteriormente decretada que, sometida a contradicción,¹⁴ no mereció reproche de la convocante¹⁵.

6.2.1.2. Respecto de la “sede 7” el predio en el que funcionaba fue vendido, eventualidad admitida y corroborada por la actora en su escrito genitor; contingencias estas, que llevaron a que la citada perdiera el poder de hecho sobre estos específicos bienes, no existiendo, en puridad, despojo, resultando desatinada la exigencia probatoria propuesta por la a quo, al obrar en el desarrollo procesal medios persuasivos con aptitud para aclarar tales realidades, sin que fuera necesaria la aducción de los contratos o las escrituras públicas, al no erigirse sobre el punto una formalidad *ad solemnitatem*, siendo asaz cualquier medio demostrativo.

6.2.2. Como ya se expresó, la señora Jueza desestimó las excepciones basadas en el incumplimiento del demandante por haber cedido

¹³ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 16-17.

¹⁴ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 01 Demanda y Anexo escrito en el que se describe traslado a la contestación a la demanda, folios internos 232-237.

¹⁵ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 73 ActaAudiencia, del 23 de marzo de 2021, folio interno 3 “PRUEBA POR INFORME”.

o concesionado el uso de los espacios, con apoyo en que la sociedad comodataria estaba habilitada para celebrar cualquier tipo de contrato para desarrollar sus actividades de explotación de las zonas en préstamo ante la imposibilidad material de atender todos los negocios situados en diferentes sitios y ciudades. No obstante, persiste el embate de la Universidad en torno a que en algunos de los espacios terceras personas ejercían actividades económicas independientes, sin subordinación a la comodataria, comportamiento que, analizado por el Tribunal, con la base demostrativa expuesta, conlleva a que de algunos no obra prueba de una sustitución del administrador o de cambio de destinación de las zonas entregadas en préstamo, para lo que importa destacar que fueron los propios deponentes solicitados por la Universidad quienes reconocieron a Inversiones y su representante legal Deyanira Cardona Trujillo, como la persona o sociedad encargada de las sedes, no solo por tener relación directa, coordinada, con el funcionamiento de los establecimientos dispuestos para cafetería, fotocopiado y papelería, sino que, además, escalaban los inconvenientes que se suscitaron con la convocada ante la insistencia en la directa restitución de los espacios.

En este sentido, cobra preeminencia la narración del jefe de infraestructura física de la Universidad¹⁶ durante catorce años, quien afirmó que en la mayoría de las sedes –destacando la 8, 28, 23, 31, 26, 17, 19 o sociología– tuvieron inconvenientes operacionales, ya por requerimientos sanitarios de la secretaría distrital de salud ora por el abandono de espacios por parte de las personas que los operaban, como por quejas por cambio de destinación. Agregó al relato que, en todos esos pormenores, se comunicaba de manera constante con la demandante para informarla, requerirla o para coordinar aspectos relacionados con la entrega de mobiliario, en cumplimiento de sus funciones de intervenir áreas, hacerles mantenimiento, organizarlas de acuerdo con los estándares exigidos por las autoridades administrativas

¹⁶ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 98 VideoAudienciaParte#3., testimonio de Yovanni Orozco Suárez.

como por los reglamentos internos de la institución, manifestación que deja en claro que los propios funcionarios de la demandada asociaban la relación de tenencia y administración de CEMA sobre algunas de sus sedes.

6.2.2.1. Pese lo anterior, para la Sala existen sucesos en los que se desconocieron las condiciones del comodato y se diluyó el cumplimiento de las obligaciones por parte de Inversiones, quien en consonancia con esos acuerdos debía poner en funcionamiento esas áreas para cafetería y fotocopiado de forma personal –como auténtica finalidad asociada a ese benéfico negocio–. No empece que en esas convenciones no se introdujo la expresión *intuitu personae*, sí se sugiere en los mismos que en su cabeza se posaba esa derecha administración, ya directamente ora por encargo, esto es, ya por mandato, “administración delegada o privada” o cualquier título contractual, pero en su propio nombre, cuenta y riesgo, en tanto que esa merced se previó en favor de la comodataria, excluyente entonces de todo negocio por el que la administración del área fuera autónoma del tercero e independiente de la demandante –como por ejemplo arrendarla porque con este se traspasa el uso y disfrute despojándola de ese poder de hecho, alterando la graciosa destinación convenida–. Por lo tanto, era de rigor que el desarrollo operacional estuviere en cabeza de ella y que quienes los ejecutaban actuaran en su recto favor, primordialmente porque en el comodato pactado se incluyó un beneficio-deber unilateral para el demandante, quien se comprometió a “utilizar los bienes para la destinación que se ha dado en este contrato”, la cual consistía en la “prestación de servicios de cafetería, restaurante, salón de internet...”, como consta en las cláusulas 5 y 2 de los contratos, circunstancia que como ya se sugirió, desde la perspectiva legal –elemento de la naturaleza del comodato– convoca a que este actuara con pleno sometimiento a lo convenido, es decir a que el comodatario prestara esos servicios, bajo su mando y gobierno, ya sea de forma directa o con la intervención de otras personas pero bajo su dirección.

Y esto es lo que no se otea de los contratos de administración privada o concesión –no tipificados en el derecho privado– pero de los que, en materia de contratación administrativa, se acepta que “este negocio jurídico es entendido como aquel en el que el contratista, por cuenta y riesgo de la entidad pública contratante se encarga de la ejecución del objeto convenido, o lo que es igual, bajo este sistema el contratista actúa a nombre y por cuenta del contratante delegante”¹⁷. En resumen, “El contratante es el dueño de la obra y el administrador delegado solo se encarga de ejecutarla...sin los riesgos propios del contratista independiente”¹⁸, figura a la que los particulares también pueden acudir, con la salvedad de que, en esta hipótesis, está sometido a las reglas de derecho privado y a las disposiciones que, al efecto, deseen incorporar, pero persistiendo la directriz de que el negocio que se ejecuta es de propiedad del delegante y no de quien lo opera materialmente.

6.2.2.2. La directa prestación de los servicios referida no se actualizó en la cafetería que funcionaba en la sede 31 del campus norte, como el espacio destinado para fotocopiado en la sede 28, ni tampoco en la sede de Villavicencio, en tanto más allá de la contraposición de argumentos de una y otra parte en torno a su manejo, se develó por las personas que operaron esos puntos la directa administración de esos negocios. El primero fue manejado primigeniamente por una empresa denominada “new line” que contrató con CEMA para los años 2013 a 2014, sin embargo, después de agotado un lapso en el que las ventas fueron deficientes, por acuerdo entre el operador y quien dirigía la cafetería, aquel tercero compró el mobiliario que se hallaba en las instalaciones y por su cuenta y riesgo procedió a explotarlo, tal como lo afirmó el señor Camilo Tejedor Sarmiento¹⁹, quien pagaba por “arriendo” una suma determinada que no dependía de lo producido o de algún tipo de administración ejercida por Inversiones, última que no detalló

¹⁷ Consejo de Estado. Sentencia del 6 de junio de 2007. Exp. 17253.

¹⁸ Consejo de Estado. Sentencia del 16 de septiembre de 2010. Exp. 16605.

¹⁹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2., testimonio de Andrés Camilo Tejedor Sarmiento.

la presencia de un específico contrato dada la informalidad con la que todo se manejó, cuadro que muestra un incumplimiento de lo convenido en el préstamo de uso.

Idéntica situación evoca el testigo Carlos Andrés Solarte Mera²⁰ quien afirmó que fue dueño de la papelería que funcionó durante año y medio en la sede 28, a la que accedió por compra directa que hizo de los muebles y enseres instalados en ese espacio a una compañera de la universidad –quien también lo explotó directamente–, clarificando que no rendía cuentas ni tenía alguna clase de subordinación con algún administrador de Inversiones. Incluso, de su ilustración se sugiere que el valor fijo mensual que por canon de arrendamiento cancelaba, lo hacía a la persona natural –Deyanira Cardona Trujillo–, desconociendo o desligando su relación comercial con la persona jurídica que esta representaba, relación que deja en evidencia la denunciada falta contractual. A lo anterior se adiciona el hecho de haberse alterado la destinación del bien, al exhibirse por una semana arreglos florales con la aprobación del arrendatario, quien desprevenido de las condiciones específicas para las cuales debía usarse aquel local, no vio reparo en permitir esa comercialización a favor de su vecina, acontecimiento que fue refrendado por Yovanni Orozco²¹, quien fue enfático en calificar que en el local se habilitó una fracción para montar la floristería, la que contó incluso con una puerta de acceso diferente a la de la fotocopidora, actos que provocaron que él, como miembro activo de la universidad “cambiara guardas” y retirara “unas coronas y unas flores” para luego disponer su entrega a la “señora tercera”, la cual procedió a su retiro, cuadro factual aceptado por el señor Solarte, al explicar que ello ocurrió por una sola vez.

6.2.2.3. Se suma a lo expuesto los locales de Villavicencio sobre los que se debe distinguir, para dar claridad y coherencia que, de acuerdo con

²⁰ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2.

²¹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 98 VideoAudienciaParte#3.

la demanda²² y los relatos de la subdirectora de la sede del Meta²³ –así como por su tenedor– eran tres locales. El más grande para cafetería y, de los otros dos, uno para fotocopiado-papelería y otro destinado a internet, que por razones estructurales y de acreditación la convocante pidió la entrega de uno de estos últimos, quedando a merced de explotación el centro de reproducción mecánica.

A su turno, el señor Armando Ortiz García²⁴, de manera contundente indicó que su relación con CEMA se remonta al año 2006 en virtud de un contrato verbal sobre el área de papelería y fotocopiado ubicada en la ciudad de Villavicencio, relación que comenzó con un arreglo económico titulado “cuentas por participación”, pagando el 40% de lo producido en el mes, refiriendo que pagaba arriendo por esa explotación, el cual se redujo cuando se entregó la sede de medicina, situación que varió en los años posteriores en los que pasó a cancelar una suma fija. El testigo, además, no dudó en revelar que puso en conocimiento de la representante legal de Inversiones la insistencia de la Universidad para legalizar su ingreso y estaba en el claustro universitario ante la restricción existente para las personas que no fueran estudiantes, por lo que a mediados del año 2019 firmó directamente contrato con aquella, comportamiento que tildó como una “presión”, acaso que muestra el desinterés de la comodataria en la explotación de esa sede al no realizar ninguna gestión para justificar la permanencia de “su empleado” o de impedir el despojo a que había sido sometida.

Y es que, al otear en retrospectiva la correspondencia cruzada atinente al espacio para fotocopiado y papelería, ubicado en Villavicencio, salta a la vista que la misma iba dirigida directamente a Ortiz García y ninguna de las cartas membretadas de la corporación²⁵ hace alusión a inversiones CEMA, así

²² Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 01 Demanda y Anexos, folios internos 116 y 123.

²³ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2, testimonio de Ruth Edith Muñoz Jiménez.

²⁴ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2.

²⁵ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, ver cartas 19 de enero, 8 de marzo de 2016, 26 de julio, 10 de agosto y 14 de agosto de 2017, folios internos 216, 217, 224, 225 y 226.

como fue el aludido quien se apersonó de la situación respondiendo a tales requerimientos, desconociendo la existencia del contrato de comodato, pues manifestó no saber de él. De esa epistolar no logra extraerse si las reclamaciones dirigidas por la demandante respecto de Villavicencio recaían sobre la cafetería, ya que ninguna de ellas se extrae una especial diferenciación para el área de fotocopiado, papelería e internet que fueron las que ocupó este testigo, persona que en la actualidad detenta las de fotocopiado y papelería.

En conclusión sobre este tema, en el contradictorio hay prueba que indica una desatención por parte de la comodataria al no utilizar directamente las zonas dadas en comodato, interpretación del pacto que puede tildarse de restrictivo pero que, en rigor, obedece a la esencia del comodato por el que se concede el uso de un bien a la contraparte, caracterizado, además, por la inexistencia de un ánimo remuneratorio o de contraprestación que le otorgue al beneficiario libertad para efectuar lo que no esté prohibido de manera expresa –en el que la genérica autorización de realizar cualquier clase de negocio, cláusula octava, se podría aplicar sin ninguna cortapisa diferente a la desposesión del bien para transferirla a un tercero–. No en vano, el negocio acá celebrado obedece a un propósito altruista, producto de la liberalidad del comodante, cuyo beneficiario exclusivo es el comodatario, modalidad de la que la Corte señaló que “no puede entenderse que dentro de las facultades de uso se encuentre incluida la de prestar; de hecho, no usar la cosa, sino facilitarla a otro para que la use, desnaturalizaría la finalidad de este tipo de convenios, razón que ha llevado a la doctrina a señalar que *“un prestatario no tiene derecho a prestar la cosa recibida en préstamo; porque se le ha entregado para su propio uso”*²⁶, contingencia que obliga a que su gestión debe “limitarse al uso convenido -expresa o tácitamente- o aquél que se deriva de la naturaleza de la cosa”²⁷.

²⁶ Mazeud, ob. Cit. Pág. 436.

²⁷ Corte Suprema, sentencia de cuatro de agosto de dos mil ocho

En este orden, al despojarse la demandante de la directa administración de las cafeterías y negocios de fotocopiado abandonó su obligación de utilizar los bienes para la destinación convenida en el negocio de beneficencia, infracción que necesariamente influye en la decisión tomada en primera instancia, porque la actora, por lo menos y de manera parcial, no puede mostrarse como absoluta contratante cumplida, lo que desemboca en que no esté legitimada para la reclamación de los perjuicios exorada respecto de las zonas referenciadas.

6.3. En cuanto al reparo que se centra en los problemas de salubridad en las cafeterías “sedes 23 y 26”, señala la actora que fueron tomadas a la fuerza desde abril de 2019 y que la universidad las cerró e implantó ratas impidiéndole el acceso²⁸, complicaciones que, de su parte, acusa el demandado con soporte en las actas levantadas por la secretaría distrital de salud de Bogotá, entidad que –según sus afirmaciones– clausuró el espacio “23” el 22 de septiembre de 2019. Tales hechos –en su criterio– se corroboran con la inspección ocular anexa a la contestación de la demanda y las declaraciones de Yovanni Orozco y Ruth Muñoz, a las que se les restó valor en la sentencia, siendo importante destacar desde ya que la Sala avala las consideraciones realizadas por la falladora, porque en realidad, vistos y analizados aquellos soportes documentales, no se evidencia, en principio, infracciones a normas de higiene y lo que se desprende de esas constancias levantadas el 24 y 25 de septiembre de 2018, son los pormenores de una visita programada y atendida por la propietaria y administradora de los establecimientos de comidas rápidas denominados “Maxipapa”, sin que de los hallazgos contenidos en los formatos diligenciados se destaquen situaciones de salubridad que involucren la presencia de roedores en esas instalaciones, o factores que amenacen y pusieran en riesgo la salud por algún proceso indebido en cuanto a la manipulación de alimentos.

²⁸ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 01 Demanda y Anexos, folio interno 120.

Por el contrario, aquellos legajos en sus apartes finales emiten un concepto favorable de funcionabilidad tanto para la sede 23 como para la 26, siendo calificadas sobre un cien por ciento, con el 91%²⁹ y 82%³⁰ respectivamente, esta última con algunos requerimientos que no implicaron aplicación de una medida de seguridad como clausura temporal, total o parcial, o una suspensión de los trabajos y servicios prestados, resultando así inconsistente la crítica del opugnante en cuanto a su valoración. Además, de la foto obtenida por la ingeniera que elevó el informe del 30 de enero de 2020 no se puede adoptar esa conclusión, por ser un evento que tuvo lugar mucho tiempo después de los actos que involucraron la presencia de la autoridad de salud en los espacios relacionados, registro que no demuestra el punto específico “clausurado”³¹ desprovisto, entonces, de información certera que lleve a la convicción de cuál fue el lugar afectado con la medida, resultando mandatorio subrayar que el acta de inspección que presuntamente ordena el retraimiento, datada 22 de septiembre de 2019 no fue aducida al expediente, lo que le resta total credibilidad, por lo menos, a esa información dada por la empleada de la Universidad, por no existir firmeza entre lo afirmado y la imagen mecánica, con el acto de la autoridad distrital del que emanó aquel proceder.

Y es que no pasa desapercibido del caudal documental –con el que se pretende denigrar de la conducta de Inversiones en cuanto a la insalubridad en algunos de los espacios en los que se comercializaban alimentos– que las memorias de la visita de oficio efectuada por la subsecretaria de salud pública el 13 de junio de 2018 al bloque 17 o sede posgrados³², relievan un concepto desfavorable por problemas de mantenimiento del local y filtraciones por humedad en los techos, desgaste en la pintura, ausencia de

²⁹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 141-146.

³⁰ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 162-167.

³¹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 12-13 del Informe de funcionamiento de las cafeterías y áreas de fotocopiado rendido por la Ingeniera Industrial Claudia Marcela González Hernández.

³² Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 196-203.

instalación de tapa al tanque de almacenamiento de agua potable, mantenimiento de tuberías, entre otros. Con todo, esos hallazgos no tuvieron suficiencia para clausurar el lugar que para esa época ya lo detentaba la universidad, tal como lo afirmó el coordinador de infraestructura –David Castañeda– quien no sólo atendió esa diligencia sino que también dejó expresa reflexión en el acta aseverando que “*se han realizado varias intervenciones que han minimizado gran número de observaciones de la anterior visita, se sigue trabajando para lograr el concepto favorable en su totalidad*”³³, prosiguiendo con su firma, sin que pueda identificarse a un tercero u otra persona natural o jurídica que disfrutara de la tenencia de la zona para ese momento, hecho sobresaliente por el que no puede atribuirse reproche en el delimitado contexto a CEMA, dada la fragilidad probatoria con la que se pretendió inculparla.

Ahora, en cuanto a las declaraciones de Ruth Muñoz Jiménez –cuya específica información recae exclusivamente en las sedes que la Universidad tiene en la ciudad de Villavicencio–, y las de Yovanni Orozco, ellas son superficiales en punto a los roedores, los que al parecer emergieron en la cafetería del Meta dado el amplio lapso de desuso del local, estado que por obvias razones era susceptible de convertirse en un nicho de plagas. Similar apreciación merece las afirmaciones de Orozco Suárez, quien, pese a que mencionó que en reiteradas ocasiones se hicieron requerimientos a la sede 23 por control de ratones, las actas que se aportaron al libelo, se repite, no revelan esa situación.

6.4. En orden a continuar con el embate de la Universidad –categórica en acusar el abandono de varios de los locales como causa de exculpación de la retoma de los mismos–, es útil puntualizar que respecto de algunos de ellos se tornó imperiosa su recuperación para efectuar obras de infraestructura, particularidad esta última que se configuró para las sedes 8, campus norte, bloque 31 y en uno de los tres espacios de los que ya se hizo

³³ Ibídem ver aparte 12.4 Observaciones de quien atiende la visita folio 203 interno.

referencia en la de Villavicencio, adecuaciones que cuentan con soporte documental dentro de los que se otea una obra civil para la construcción del auditorio en el bloque 8, trabajos a desarrollar en enero de 2019³⁴. De esas contingencias fue enterada Inversiones, desde finales del año 2017³⁵, aspecto corroborado en el interrogatorio de su representante legal³⁶, en el que se acepta la existencia de comunicaciones en cuanto a las intervenciones, pero además reposa acta levantada el 25 de enero de 2019 en la que se hace una relación pormenorizada de los muebles, enseres y menaje instalados en los espacios destinados para cafetería y fotocopiado, instrumento firmado por el señor Máximo Pérez Cardona –hijo de Deyanira– procediéndose al retiro y por tanto a la entrega de los bienes directamente a la convocada³⁷.

Respecto del bloque 31 sede norte, la Universidad le envió una misiva a inversiones CEMA –correspondencia del 21 de enero de 2020³⁸– en la que le informa que requiere el espacio físico para habilitar los consultorios de psicología a ubicar en ese sector, modificaciones de las que también hizo mención Andrés Camilo Tejedor³⁹ dueño del establecimiento de comercio que funcionaba allí –Mesón Yakaré–, comunicación que, para los efectos de este contradictorio denota su extemporaneidad al haberse emitido ya iniciado el mismo, a lo que se adiciona que previo a la formalización de esa noticia, hay prueba de que la Universidad, de manera abrupta, negó el acceso al testigo en la época de finalización del año lectivo 2019. Ese acto fue advertido en la declaración por él emitida, la cual adquiere mayor fuerza demostrativa al confrontarse con el escenario expuesto en el informe rendido por la ingeniera industrial –prueba aportada por la demandada–, coincidentes

³⁴ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 88-89 Acta de inicio de obra e información de contrato.

³⁵ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 238-240 carta del 3 de agosto de 2017 dirigida a la representante legal de inversiones CEMA S.A.S.

³⁶ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 74 VideoAudienciaParte1 audiencia del 23 de marzo de 2021.

³⁷ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 90- 139 Acta entrega muebles y enseres de cafetería bloque 8.

³⁸ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 242.

³⁹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2.

en que la cafetería dejó de funcionar para esas épocas, sin destacar que ello hubiere tenido lugar con ocasión de su abandono, como sí fue afirmado con relación a otros bienes, situación por la que se habilitó el retiro del menaje en febrero de 2020⁴⁰ tal y como lo reporta el inventario rubricado por el ingeniero Yovanni Orozco Suárez, encargado del área de infraestructura de la sede, y el propietario del restaurante.

En lo que toca con la solicitud de restitución del local de la sede Villavicencio ante la necesidad de realizar una mejora en la infraestructura física con el fin de ampliar, remodelar y crear oficinas de servicio de atención más integral (AMI) para la comunidad estudiantil, obran varios escritos dirigidos a Armando Ortiz García⁴¹ con el ánimo de fijar un periodo conveniente y voluntario para la entrega, la que se estableció para el 16 de octubre de 2017 acogiendo el término rogado por este tercero que ocupaba la zona de internet y quien también fuera designado por inversiones para representarla⁴² en lo relacionado con las sedes en las que ostentaba la tenencia en esa latitud⁴³.

6.5. Los anteriores acontecimientos, como se ilustró, encuadran dentro de las viabilidades normativas⁴⁴ para que se dé el finiquito prematuro al comodato por un móvil justificable, al surgir una causa urgente que ameritaba la devolución de las zonas dadas en préstamo, actuar que se respaldó en la necesidad de la recuperación de aquellos bienes con el propósito de garantizar no solo el objeto principal de la Universidad sino además con la finalidad de cumplir estándares de acreditación que involucran el desarrollo social y el bienestar universitario. Estas coyunturas, salvaguardan el

⁴⁰ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 213-214.

⁴¹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 224.

⁴² Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 218-220, carta remitida por inversiones CEMA al Director de la Sede de Villavicencio.

⁴³ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 225-226.

⁴⁴ Numeral 2º del artículo 2205 Código Civil.

proceder de la convocada sin que se generara un desbordamiento de los postulados acordados en la relación comodataria.

A pesar de ello, sin mácula de duda debe sentarse por la Sala que existieron conductas censurables imputables al claustro educativo, las cuales impidieron a la demandante seguir usufructuando varias de las zonas concedidas gratuitamente, revelación comprobada dentro del expediente para muchas de las locaciones, siendo uno de los hilos conductores de esas maniobras, el rechazo y repudio que por parte de las directivas se dio a los contratos, al punto de desconocerlos en un todo. No fueron pocas las situaciones en las que documentalmente impetró a la representante legal de CEMA e incluso a los terceros que los explotaban, increpándolos para legalizar mediante la figura del arrendamiento el uso de los espacios⁴⁵, proceder inicuo dado el negocio que los vinculaba, cuya legalidad, autenticidad y validez los cobija.

Además de la ilustración epistolar evocada, se recopilaron testimonios no solo de los individuos que explotaron los locales, sino también de los propios empleados de la Universidad que dieron cuenta de las retomas que de facto se realizaron, destacándose dentro de aquellos la cafetería de la sede Villavicencio, fotocopiado y papelería de la Sede 28, bloques 23, 26, 17, 19 (sociología) y 24 (sede monjas). Para el primero de los casos, la subdirectora de desarrollo de la sede del Meta, Ruth Edith Muñoz Jiménez⁴⁶ funcionaria con amplia trayectoria dentro de la institución, enfatizó que se tomó posesión del espacio aproximadamente para enero de 2017, retirándose mediante inventario el mobiliario existente que se guardó en un salón, para así proceder mediante contrato a rentar el lugar a otro proveedor y pese a que se argumentó un abandono por parte de Inversiones, esa aparente desidia no se probó.

⁴⁵ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, cartas del 8 de marzo de 2016, 4 de diciembre de 2015, 12 de agosto de 2016, 6 de octubre de 2016, 7 de junio de 2017 visibles a folios internos números 216, 228 a 229, 232, 233 y 236.

⁴⁶ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2.

Lo que allí sucedió fue el “cierre” de la cafetería por parte de la corporación, patente evento que se desprende de lo expuesto por la rectora y representante legal Maritza Rondón Rangel en comunicado del 6 de octubre de 2016⁴⁷, que es concomitante con la misiva anterior y en la que se explica la prohibición de ingreso de algunos muebles, justificándose en *“el derecho de propiedad que tenemos sobre el inmueble, el cual debe ser administrado conforme a las políticas institucionales”* al paso que se insta para *“suscribir los respectivos contratos de arrendamiento, con el fin de formalizar su situación con relación al uso y explotación”*⁴⁸, presión que también recayó sobre Armando Ortiz García a quien se restringió el acceso a las instalaciones hasta que firmó contrato a mediados de 2019 con la Universidad⁴⁹, reserva a la que también hizo alusión el testigo Camilo Tejedor, convirtiéndose en una forma sistemática para obtener la entrega forzada o el abandono de los bienes.

A su turno, en palabras del propio jefe de infraestructura física⁵⁰, la convocada lo autorizó para habilitar los espacios y ponerlos en funcionamiento, fluyendo de su exposición que dentro de esos lugares estuvieron los bloques 23, 26, 17 (sede postgrados), 19 y 28 (sección de papelería), este último devuelto por Carlos Andrés Solarte Mera⁵¹ directamente a aquel funcionario, al ser insistentes sus requerimientos para el desalojo. Respecto de los demás, la intervención efectuada por el arquitecto, tuvo su génesis ante algunos cierres temporales, lapso en el que dejaban de operar los establecimientos a consecuencia de las medidas implantadas por la secretaría de salud; no obstante, y como ya fue sentado a lo largo de esta providencia, las suspensiones para el funcionamiento de ciertos locales no hubo soporte persuasivo.

⁴⁷ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, folio interno 233.

⁴⁸ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 02 AnexosContestacionDemanda, carta fechada 12 de agosto de 2016 folio interno 232.

⁴⁹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2.

⁵⁰ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 98 VideoAudienciaParte#3 audiencia del 9 de agosto de 2021.

⁵¹ Carpeta primera instancia, sub carpeta 01 CuadernoPrincipal, archivo en pdf 97 VideoAudienciaParte#2.

En consecuencia, haciendo abstracción de la causal alegada como pábulo de la recuperación directa de algunos espacios –necesidad imprevista y urgente del comodante– para los demás motivos queda en descubierto que no hay habilitación para su directo rescate, por lo que su actuación respecto de algunos espacios encarna la falta contractual que da lugar a que se sostenga la declaración de incumplimiento. Por consiguiente, sobre los incumplimientos que ambas partes se imputan, estas no satisficieron, con exactitud, la carga de la demostración cabal de esas faltas negociales, pues las pruebas recaudadas no gozan de la solidez necesaria para establecerlas. De todas formas, como se estudiará a continuación, las pretensiones pecuniarias no pueden abrirse paso ante la falencia de la comprobación del perjuicio.

6.6. En cuanto a la imposición de la sanción del 10% a favor del Consejo Superior de la Judicatura, prevista en la Ley 1734, artículo 14, habrá de afirmarse que esa normativa aprueba el "Acuerdo entre la República de Colombia y la Organización del Tratado del Atlántico Norte sobre Cooperación y Seguridad de Información", inaplicable al caso bajo estudio. Pero si se analizare el reproche desde la perspectiva del artículo 206 del CGP, habrá de afirmarse que tales pretensiones no pueden calificarse como fantasiosas o carentes de sustento, en tanto se apoyaron en la productividad de los negocios y la secuela de la abstención de imponer esa condena pecuniaria no se puede imputar a temeridad, como requisito para la procedencia de la sanción.

7. En punto de la alzada interpuesta por la parte actora, ha de memorarse que para que haya lugar a la condena en perjuicios es necesaria la concurrencia de los elementos autónomos que estructuran la responsabilidad, vale decir “la falta contractual, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el

incumplimiento y el daño”⁵². Para su reconocimiento es necesario que se sobre la demostración “de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, y sabido es, por otra parte, que, aunque el incumplimiento es culpa y ésta obliga en principio a indemnizar, bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistentes”⁵³; quedando en claro que además del incumplimiento del contrato y del daño ocasionado, debe comprobarse el nexo de causalidad entre dicha infracción y el agravio sufrido por la víctima, esto es, que lo segundo es consecuencia de lo primero.

Al proceso fueron allegados con este último propósito –pago de perjuicios– un dictamen pericial que los cuantifica, dos contratos de comodato suscritos por las partes en contienda en los que la convocante participó como comodataria de una serie de espacios que le concedió la Universidad con la finalidad de ser explotados económicamente, unos contratos de administración privada, recibos de pagos y algunos documentos financieros. Así mismo, se demostró el incumplimiento parcial del comodante, pero lo que se halló ausente fue la demostración del monto del detrimento ocasionado – no del daño–, el que se pretendió comprobar con el adosamiento a la demanda de un trabajo contable elaborado por el profesional Fernández García, quien los ponderó de manera global –partiendo del rubro individual que cada espacio producía–, datos que extrajo de la revisión de “los libros contables”, el “análisis de mercado y producción de zonas” y la revisión “pagos según contabilidad y extractos”.

Esas conclusiones fueron desechadas por la funcionaria porque: *i)* no hay claridad de que esas sumas hubieran ingresado a la contabilidad de la actora; *ii)* no se aportó el libro diario, las declaraciones de renta, pago del IVA, etc., que acreditaran la certitud de esos ingresos; *iii)* la sustentación verbal del

⁵² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sent. Marzo 14 de 1996.

⁵³ Corte Suprema, sentencia de 13 de octubre de 1949.

trabajo es muy débil y no se determinó el método utilizado, falencia de la que desde ya afirma la Sala no se supera con la sola mención de haber acudido al “comparativo”, porque sobre su efectiva implementación no hay prueba-; iv) los contratos de comodato y de administración privada carecen de aptitud para patentizar el monto cierto del perjuicio, pues estos datan del 2005 y los comodatos comienzan su vigencia en el año 2009 y v) como la demandante no aportó los libros de comercio, pese a la insistencia de la contraparte y de la juzgadora, que dieran cuenta de su real situación financiera –por no tenerlos en su poder– aplicó la restricción probatoria prevista en la ley mercantil, adicionado que esas omisiones hicieron nugatoria la labor del juzgado para establecer el monto de los perjuicios. Ese análisis de inmediato deja en descubierto que se realizó un sistémico estudio del material de prueba recaudado, examinando unos con otros los elementos de persuasión, que deja sin piso la censura que sobre esta forma de evaluación elevó el demandante.

De observar de manera integral los reparos concretos propuestos por el actor al momento de interponer el recurso –artículo 322 CGP– fluye que este atacó la desestimación de las pretensiones reparatorias cuestionando las inexistentes falencias argumentativas de la experticia –extractadas en el párrafo que precede. También reprochó que no se haya estimado que el perito, en la explicación oral, manifestó que valoró los contratos de administración privada para tasar los perjuicios, de donde los extrajo, adicionando que también escrutó la información financiera y declaraciones de renta de Inversiones, reproche que en la sustentación del recurso ante esta Corporación, *in extenso*, exployó en cada uno de los aspectos destacados por la oficina falladora, arremetida que procede a resolver la Sala en consonancia con las siguientes anotaciones:

7.1. De entrada debe puntualizarse que en la peritación arrimada al proceso en la demanda, el experto explicó que la información la tomó de los libros contables mayor y balances y libro diario, análisis de mercado y

producción de zonas, revisando los pagos según contabilidad, sin realizar siquiera una ligera alusión a los contratos de administración privada que en el mes de enero de 2021 aportó al proceso –16 meses después de la fecha de elaboración del dictamen, cuyo origen, por demás, fue cuestionado por la demandada–. Dicho concepto profesional, en esos mismos términos, le sirvió de soporte a Inversiones para sustentar ese rubro en la demanda, sin hacer mención o evocación alguna de la presencia de tales documentos, o de esa específica modalidad de administración, los cuales eran de cardinal y determinante importancia causal para explicar y cuantificar el daño, información que en la audiencia de sustentación de la experticia lleva al perito a manifestar que se basó en esos negocios, perplejidad que introduce un incuestionable elemento de duda, suficiente para minar la fuerza demostrativa de las conclusiones expuestas en ese laborío.

7.1.1. Por demás, a pesar de que el experto aludió que había utilizado el método comparativo, no explicó el cotejo realizado, los hitos y condiciones de similitud para extractar sus conclusiones, no bastando al efecto afirmar que esa técnica fue la implementada, porque para que ello tenga poder persuasivo se exige la descripción del ejercicio efectuado, la presencia de exámenes y experimentos, los objetos de parangón, etc., que le dieran certeza al epílogo apoyado en esas comparaciones, las cuales brillan por su ausencia.

7.1.2. En el fracaso de la condena al pago de los perjuicios también tuvo capital importancia la no aportación del libro diario –pese a la insistencia de la señora Jueza– ya que su trascendencia para establecer la real entidad del perjuicio es irrefutable, en tanto que en este se registran, de manera cronológica, todas las operaciones económicas y financieras que una empresa realiza en su día a día, comprobando su rentabilidad y la realidad de los negocios, omisión que, entonces, conspira contra cualquier intento de cuantificar el perjuicio.

7.2. Por igual, los contratos de “administración privada” no tienen aptitud para demostrar la celebración de esos negocios jurídicos en las calendas que registran tales pliegos, pues, en consonancia con lo reglado en el artículo 253 del Código General del Proceso, su fecha cierta respecto de terceros surge de un hecho que permita tener certeza de su existencia, como a título ejemplificativo lo desarrolla el precepto citado, esto es, su inscripción o presentación en un registro o ante funcionario público, el fallecimiento de algunos de los firmantes o su aportación al proceso, previsión que tolera como efecto que al no haberse actualizado otro hito que admita conclusión distinta sobre el punto, la fecha cierta sería el 28 de enero de 2021, cuando el apoderado actor los allegó al contradictorio, estimulando como secuela jurídica su ineptitud o inutilidad para demostrar la existencia de ese negocio como hecho ocurrido en el pasado y, por ende, afectando la prueba del perjuicio. Sobre estos efectos, la Corte explicó que “la fecha del documento privado no tiene esta garantía de veracidad. Nada tan fácil como simular por sus otorgantes la antedata de un documento privado; en cambio, nada tan difícil para los terceros como probar esa simulación. Por esta razón la ley quiere proteger a los terceros contra los peligros de una antedatación efectuada en un documento privado que se les oponga. Y con este propósito, la ley, para amparar los intereses de las personas extrañas al otorgamiento del documento privado, señala como fecha cierta, respecto de terceros, aquella sobre la cual ya no se hace posible una alteración, por haber ocurrido cualquiera de los hechos previstos en el art. 1762 del C. C.”⁵⁴, en la actualidad artículo 253 del CGP.

7.3. De otra parte, conviene recordar que dentro de los deberes del comerciante obra el de asumir la contabilidad regular de sus negocios, la cual ha de reflejar la historia contable de manera fidedigna, con sus respectivos soportes, fundamentalmente porque con ellos se cumple “la obligación legal de llevar en forma ordenada, plena y uniforme la contabilidad, tener los libros necesarios para tal fin, haciendo los registros pertinentes, toda vez que sólo

⁵⁴ Corte Suprema, sentencia 029 de 1954.

así esos documentos vienen a constituir garantía de autenticidad y veracidad”⁵⁵. Esos instrumentos no fueron agregados a cabalidad al plenario, desatención que, en el caso concreto, genera un profundo manto de duda sobre la realidad de los perjuicios que se reclaman, tanto más si se repara en que la contraparte denunció el abandono de algunas zonas por parte de la actora, objetó el juramento estimatorio y cuestionó la veracidad del menoscabo, polémica que al haberse formulado desde la contestación de la demanda motivaba la aducción de contundentes medios suasorios, entre ellos los libros contables, dada su especial ascendencia para acreditar el detrimento patrimonial causado a su hacienda.

En síntesis, a pesar de que la prueba pericial tiene un indiscutido mérito para verificar los supuestos factuales de los que se requiere un conocimiento científico, técnico o artístico especializado, siendo pacífico “sostener que no todos los hechos que se someten al conocimiento del juez pertenecen al ámbito exclusivo de su dominio, pues es evidente que existen enunciados fácticos cuyas particularidades obedecen a las reglas y parámetros establecidos por la ciencia, el arte o algunas técnicas específicas”⁵⁶, estas especificidades no conducen a que por el solo hecho de su presencia en el proceso sea dable el patrocinio de sus conclusiones. Por el contrario, ese medio demostrativo debe valorarse de forma conjunta con los restantes elementos probatorios existentes, con apego a las normas de la sana crítica –en especial “teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia”⁵⁷–, y en armonía con los restantes elementos de convicción, directrices que, en su orden, prevén los artículos 226 y 176 del Código General del Proceso.

De igual manera, se recuerda que el juez no está irremediabilmente atado a ese trabajo, en la medida que el llamado a solventar el conflicto es el

⁵⁵ CSJ. Sentencia S-031 de 2003

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. STC7722-2021

⁵⁷ Ib.

funcionario judicial, con aplicación del modelo normativo esbozado, cuadro que “descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo, tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente facultad discrecional”⁵⁸, la cual fue ejercida por la jueza de conocimiento, valorándolo en conjunto con las demás piezas demostrativas, para lo que apreció las condiciones de idoneidad, competencia, conocimiento y dominio de la ciencia, arte o técnica del perito en relación con el objeto de prueba, la justificación teórica y técnica de las conclusiones que se sugirieron, su claridad y razonabilidad. Y como no los halló presentes con la contundencia necesaria explicando las razones de su disidencia con ese trabajo, esas cavilaciones dejan al descubierto que no hay reproche que formular sobre el tópico.

La anterior conclusión se adopta con independencia de la solidez del trabajo pericial aportado por la demandada, el cual, como se advierte de la indagación realizada por la Sala, no tiene ninguna influencia en la desaprobación del trabajo de la contraparte, que decae en su poder demostrativo por los defectos intrínsecos que posee, afirmación que se efectúa en respuesta a la amonestación realizada por el actor.

8. Requiere este impugnante que se decrete de oficio un dictamen para cuantificar el perjuicio, probanza que el magistrado Sustanciador desestimó dada su extemporaneidad, negativa que persiste ante la carencia de elementos de persuasión –que a pesar de haber sido exorados por la juzgadora de instancia para establecer el monto indemnizatorio, se frustró por la falta de aporte de los escritos solicitados dentro de la actuación– que permitan que, con una tercera peritación, se instituya “*el quantum debetur según los elementos de convicción del proceso*”⁵⁹, los cuales no obran en el contradictorio, en particular la prueba de los movimientos e ingresos que producía cada espacio. A lo expresado se adiciona que el juzgador no puede,

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 083 de 2000.

⁵⁹ Sentencia S-033-99 de 9 de agosto de 1999.

motu proprio, sentar esas bases liquidatorias, pues esos supuestos fácticos son del resorte exclusivo de las partes y consecuentes con el objeto juzgado, oponiéndose, así mismo, el principio dispositivo que en esta materia reina, aspecto relevado por la Corte Suprema al expresar que “a falta de bases concretas, se columbra cómo podría lograrse a través de otros medios probatorios -una pericia, por ejemplo-, lo que, desde luego, frustra las facultades oficiosas para tratar de sortear esa laguna probatoria”⁶⁰.

De igual manera, cobra relevancia la ausencia de poder demostrativo del dictamen practicado, debido a la falta de respaldo probativo y la inexactitud advertida en la contabilidad del demandante, defecto que responde a la propia incuria del actor quien, antes de adosarlo al proceso, debió sopesar su utilidad y no confinarse a ese genérico resumen carente de fortaleza para acreditar la veracidad de las conclusiones. En sentido contrario, era de su carga aportar en el momento procesal oportuno el material idóneo para acreditar la realidad del perjuicio –cuya solidez argumentativa fue debatida desde el mismo umbral de la contradicción–, cometido que no logró, razón por la cual debe someterse a los resultados obtenidos, muy a pesar de que no se satisfagan sus aspiraciones, consecuencia propia de la carga demostrativa que le impone la Ley a la sociedad actora, a quien, en estas lides indemnizatorias le corresponde “darse a la tarea, exigente por antonomasia, de procurar establecer, por su propia iniciativa y con la mayor aproximación que sea factible según las circunstancias del caso, tanto los elementos de hecho que producen el menoscabo patrimonial del cual se queja como su magnitud, siendo entendido que las deficiencias probatorias en estos aspectos de ordinario terminarán gravitando en contra de aquél con arreglo al Art. 177 del C. de P.C,....”⁶¹ -actual artículo 167 del CGP-.

Esta previsión deja al descubierto que el quebranto patrimonial alegado debe acreditarse en debida forma, en la medida que ese ataque a los bienes del

⁶⁰ CSJ. Sentencia 074 de 2000.

⁶¹ CSJ. Sentencia del 4 de marzo de 1998, expediente 4921.

demandante no habilita la presunción de su causación⁶², lo que obliga a que sus manifestaciones relativas a la generación del perjuicio se acompañen de los medios a los que la ley les reconoce aptitud probatoria. Ciertamente, solo “procede la reparación de esta clase de daños en la medida en que obre en los autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa..., pues de lo contrario “afloraría o se evidenciaría su incertidumbre, en tanto y en cuanto en ambos casos –daño eventual o hipotético y daño no acreditado o demostrado- el juez carecería de elementos fidedignos para comprobar su certeza y proceder a su valuación. Así lo tiene sentado esta Corporación cuando precisó, entre otros fallos, que “Es verdad averiguada que para el reconocimiento de un perjuicio se requiere, además de ser cierto y, en línea de principio, directo, que esté plenamente comprobado, existiendo para ello libertad de medios probatorios”.⁶³

9. Pero si se analizaran los tardos reparos que se vienen a nombrar y desarrollar en la sustentación del recurso –que superan con creces los adosados en la formulación del recurso, en la que se desaprovechó la oportunidad legal de su enunciación dentro de los tres días siguientes a la audiencia–, en lo colacionado con la prueba de la pérdida de los muebles y enseres, los documentos de adquisición solo demuestran esas compras, algunas datadas en el año 1991, otras en 1995 y una realizada en el año 2005, mucho antes de la celebración de los contratos y después de haber transcurrido un lapso bastante amplio que hace dudar de que esos elementos fueron los que se utilizaban en la década pasada. Esas circunstancias no se otean en los testimonios de los que se dice no fueron valorados, más allá de que hubieran atestado que se los “raparon”, que “sacaron esas cosas”, a lo que se adiciona que en el proceso también militan probanzas que señalan

⁶² el perjuicio no es un efecto forzoso Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron...” (Cas. Civ., sentencia No. 478 del 12 de diciembre de 1989)”... y ... bien puede suceder que no haya dado lugar a perjuicios, que no se los haya causado a la otra parte, y no sería lógico condenar a la indemnización de perjuicios inexistente’... Por eso, ... al actor le corresponde demostrar, salvo los casos de presunción de daño, como ocurre con la cláusula penal y el caso del numeral 2º del artículo 1617 del Código Civil, la lesión o menoscabo en su patrimonio, bien por una pérdida real y efectiva, ora de una ventaja o ganancia, ...CSJ. Sentencia de 30 de noviembre de 2010.

⁶³ Sentencia del 28 de junio de 2000, exp. 5348.

que hay bienes de las cafeterías que se encuentran en custodia de la Universidad.

9.1. Tampoco medra el alegato según el cual de los testimonios practicados se desgaja la certitud del monto del perjuicio causado, en particular de la versión de Armando Ortiz García quien afirmó que realizaba pagos mensuales a la demandante por distintas cifras, así como del relato de Carlos Andres Solarte Mera quien aceptó que le cancelaba \$800.000., mensuales, porque de estos negocios se comprobó –como ya se explicó en líneas precedentes– que son fruto del incumplimiento al haberse despojado de la directa administración de esos puntos en favor de tales declarantes, falta que obsta para que se acepte, respecto de esas sedes, la condigna reparación, pues para ellas se carece de legitimación.

9.2. Igualmente, las ponencias de Araminta González Rodríguez, Luz Marina Zamora y Maria Teresa Ríos Gómez quienes en varias oportunidades vieron que a doña Deyanira o a algunas de las personas que ella encargaba les entregaban dinero en esas cafeterías –con independencia de si el señor Manotas recibía a título personal o por cuenta de aquella–, no tienen el suficiente poder persuasivo para establecer el perjuicio causado por la retoma de facto de cada espacio. Ellas no sabían a cuánto ascendían esos pagos, ni por qué concepto se realizaban y mucho menos que esas erogaciones fueran constantes y uniformes para todas las sedes, siendo de importancia destacar una vez más que no se ha puesto en tela de juicio la productividad de esos negocios, ni su funcionamiento, pues de estos supuestos partió la funcionaria de primer grado para decretar pruebas en aras de cuantificar ese detrimento, debiéndose puntualizar que la falencia que motivó el fracaso de esta pretensión obedece a la insuficiencia de elementos de juicio que de manera concreta determinaran las ganancias o el producido de cada unidad, materia que desde la misma contestación de la demanda se cuestionó, de donde refulge que su desconocimiento no es imputable al administrador de justicia.

9.3. Reclama el demandante que se modifique la condena en costas, para que se incluyan los honorarios del perito y los del abogado, exótica petición pues esos rubros tienen la categoría de gestión procesal estando inmersos en esa genérica condena, para la que el estatuto adjetivo establece su específico mecanismo de liquidación, contradicción y fijación, el cual debe agotarse en el momento procesal oportuno. Empero, si la protesta deviene del porcentaje reconocido, sobre este no se advierte crítica concreta ni desmesura dadas las resultas del contradictorio.

Solucionados los reparos expuestos por las partes, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: NEGAR la imposición de la sanción solicitada por el demandado.

TERCERO: Sin costas en esta instancia ante el fracaso parcial de los recursos.

Notifíquese,

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Magistrado

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

Firmado Por:

**Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**Jaime Chavarro Mahecha
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **603318e3d6eed6b8fd9878037312917ba3f9dd461f1708e5f48bc8219ae396e4**

Documento generado en 19/10/2022 02:39:04 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

[16014 - 044 2020 00463 01 \(t\)](#)

R.I. 16014

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN

RAD. 110013103044202000463 01

Bogotá D.C., Diecinueve (19) de Octubre del año Dos Mil Veintidós (2022).

REF. PROCESO DE EXPROPIACIÓN DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA CONTRA LUIS ALBERTO MOGOLLÓN GELVEZ.

Magistrado Ponente. **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ**

Discutido y aprobado en Sala del 19 de octubre de 2022.

Acta No. 39.

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandante, contra la sentencia proferida el 12 de mayo de 2021, por el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

II. ANTECEDENTES

1) *PETITUM*:

La Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), por medio de apoderado judicial, solicitó que:

- Se decrete en su favor, la expropiación del bien identificado con la ficha predial No. PC-01-0022 de fecha 05 de julio de 2018, elaborada por Sacyr Construcción Colombia S.A.S., con un área requerida de terreno de 532,05 m², la cual hace parte del inmueble de mayor extensión denominado predio rural # uno montallantas, ubicado en la vereda Alcaparral del municipio de Pamplona, departamento Norte de Santander, identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 271-48033 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pamplona.
- Se ordene el registro de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 10° del artículo 399 del Código General del Proceso.
- Se disponga la apertura y asignación de un nuevo folio de matrícula inmobiliaria de acuerdo con el numeral 7° *ibidem*.
- Se cancele la oferta formal de compra inscrita en la anotación No. 3 del folio de matrícula inmobiliaria del bien objeto de litigio.¹

2) *CAUSA*:

Los fundamentos fácticos en que se soportaron las pretensiones admiten el siguiente compendio:

¹ Archivo: 06EscritoSubsanación.pdf

1.- La ANI requiere la adquisición de la zona de terreno determinada en las pretensiones, para la ejecución del proyecto vial doble calzada Pamplona – Cúcuta.

2.- Los linderos del inmueble se encuentran delimitados en la Escritura Pública No. 951 del 2013, en la que figura como propietario el señor Luis Alberto Mogollón Gelvez.

3.- Una vez identificado el bien y su necesidad para el desarrollo del proyecto vial mencionado, el Concesionario Unión Vial Río Pamplonita S.A.S., solicitó el avalúo comercial corporativo No. 077 de 2018, elaborado por la Lonja de Propiedad Raíz de Norte de Santander y Arauca, fijando como precio del área de terreo requerida la suma de \$97.961.326.50.

4.- La demandante formuló oferta formal de compra al demandado, a través del oficio No. UVRP-GP-2019-013.

5.- Han transcurrido más de 15 días hábiles contados desde la notificación personal de la oferta formal de compra sin que el señor Luis Alberto Mogollón Gelvez haya realizado manifestación alguna, por lo tanto, se entiende que renunció a la negociación directa.

6.- A través de la Resolución No. 1450 de 2019, la ANI ordenó iniciar los trámites correspondientes para llevar a cabo la expropiación judicial del bien.

3). ACTUACIÓN PROCESAL:

El litigio así planteado se admitió el 10 de julio de 2020, se ordenó el enteramiento del demandado, quien se notificó por conducta concluyente el 20 de agosto de 2020, y dentro del traslado, se opuso a las pretensiones, objetó el dictamen pericial presentado por la actora

y allegó una experticia según lo dispuesto en el artículo 399 del Código General del Proceso.

III. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

A través de providencia del 12 de mayo de 2021, el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO.-DECRETAR por causa de utilidad pública e interés social a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- y en contra de Luis Alberto Mogollón Gelvez, la expropiación de una zona de terreno (532,05m²) del predio rural # uno montallantas, ubicado en la vereda Alcaparral de la jurisdicción del municipio de Pamplona (Norte de Santander), con matrícula inmobiliaria N° 272-48033 y cédula catastral 545189003000000010192000000000; con ocasión de la resolución No. 1450 del 30 de septiembre de 2019 proferida por la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-.

SEGUNDO. - DETERMINAR cómo valor de la indemnización del bien materia de expropiación la suma de \$188.943.273.00 de los cuales ya se encuentran consignados \$97.961.326.50, los que se ordenan entregar al demandado.

TERCERO. ORDENAR a la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- que, dentro del término de los 20 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, ponga a disposición de este estrado judicial el saldo, por concepto de la indemnización.

CUARTO. - DECRETAR la cancelación de los gravámenes, embargos e inscripciones que recaigan sobre el bien materia de expropiación, OFICIANDO en tal sentido al Registrador respectivo para lo de su cargo.

QUINTO. - En firme la sentencia, realícese la entrega del bien objeto de la acción, en caso de que ello no hubiere ocurrido. Una vez se haya efectuado ésta, la demandante deberá informar a

este estrado judicial con el fin de materializar lo consignado en el numeral 10° del precepto 399 del Código General del Proceso.”²

Para llegar a la anterior determinación, la juzgadora de instancia desechó la experticia allegada con la demanda, tras considerar que, se tuvo en cuenta únicamente la fracción de terreno requerida por la ANI y no la totalidad del mismo, ignorando si se encontraba destinado a actividades productivas.

Agregó que el mentado trabajo, “no se ajustó a los requerimientos legales respecto a los procedimientos valuatorios, ya que el perito usó el método de comparación o de mercado, con fundamento en viviendas comerciales del sector y no con terrenos semejantes o comparables, o por lo menos con la misma vocación económica “área silvopastoril” o en su defecto suelos aprovechables para la siembra de cultivos.”

Así mismo, tuvo en cuenta la experticia arrimada por la Corporación Lonja Inmobiliaria de Norte de Santander y Arauca, al encontrarla ajustada, pues se analizó la totalidad del inmueble y se aclaró que por tratarse de un terreno no desarrollable *“fraccionar una porción de terreno, afecta su homogeneidad y desvaloriza su precio.”*

Advirtió que el dictamen pericial aportado con la contestación de la demanda logró demostrar las falencias que tenía el avalúo presentado por la actora.

En consecuencia, determinó que el valor del área requerida ascendía a la fecha de la decisión a la suma de \$185.000.273, por

² Archivo: 59SentenciaPrimeraInstancia_2021-05-12_20-13.pdf, pág. 8.

lo que condenó a la actora a pagar el saldo de dicho valor, junto con los gastos notariales respectivos.³

V. LA APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el señor Luis Alberto Mogollón Gelvez interpuso recurso de apelación, sin embargo, en esta instancia desistió de la alzada.

Por su parte, la Agencia Nacional de Infraestructura la recurrió, por las siguientes razones:

- En el dictamen pericial allegado por el demandado, se desconoció lo dispuesto en el parágrafo 1 del artículo 61 de la Ley 388 de 1997 según el cual *“al valor comercial al que se refiere el presente artículo, se le descontará el monto correspondiente a la plusvalía o mayor valor generado por el anuncio del proyecto u obra (...)”* y *“otorgarle al demandado un mayor valor que constituye un enriquecimiento sin justa causa.”*
- Se equivoca la juzgadora de instancia al no tener en cuenta la oferta formal de compra que es un acto administrativo de carácter complejo, dotado de firmeza y validez, pues no ha sido declarada nula y se realizó con fundamento en el avalúo aportado con la demanda.
- El perito utilizó muestras que arrojan valores que no son concordantes con la realidad inmobiliaria del sector, pues *“no realizó un análisis de mercado para el valor de ventas, sino que únicamente se emplea una referencia de supuestas ventas de predios con características distintas al predio*

³ Archivo: 59SentenciaPrimeraInstancia_2021-05-12_20-13.pdf, pág. 4 – 6.

objeto de la litis, con estructuras diferentes, es decir basó su estudio de mercado en transacciones que no son objetivamente comparables.”

Al respecto, la recurrente señaló que: (i) No se acreditó que los predios relacionados estuvieran realmente en venta, porque *“al momento de verificar la información y realizar las llamadas a los números de teléfonos referenciados, las personas que se entrevistaron no son los propietarios y no tiene conocimiento alguno de los inmuebles;”* (ii) Las ofertas referenciadas corresponden a bienes de propiedad de la familia del demandado y *“este sería un factor determinante en el aumento del valor adoptado por el terreno;”* (iii) En el ítem 3 se especificó un terreno correspondiente al restaurante BRASA LOS ADIOSES sin construcción, sin embargo, de las fotografías aportadas se desprende que había edificaciones en el lugar.

Así, *“la información allí descrita no es congruente con la realidad del inmueble, siendo esta una construcción donde actualmente se desarrolla una actividad comercial, y por ende, este infiere en que la misma se debe contemplar la edificación referida en la muestra, situación que conllevaría a un descuento en la depuración de la investigación del mercado, lo cual, claramente reflejaría una inconsistencia ostensible en el valor promedio del metro cuadrado.”*

- El juzgado de primera instancia pasó por alto transacciones comparables con el predio objeto de litigio y que según los artículos 1 y 10 de la Resolución 620 de 2008, el método de comparación o de mercado *“Es la técnica valuatoria que busca establecer el valor comercial del bien, a partir del estudio de las ofertas o transacciones*

recientes, de bienes semejantes y comparables al objeto de avalúo” y “se debe verificar que los datos de áreas de terreno y construcción sean coherentes.”

Así mismo, omitió lo dispuesto en el artículo 1 del Decreto 422 de 2000, el cual dispone que los avalúos *“se basarán en criterios objetivos y datos comprobables, cuyas fuentes sean verificables y comprobables,”*

- La determinación de la indemnización se cimentó en comparaciones injustas e invalidas pues se tomaron predios que no son equiparables con el bien objeto de litigio.

- En relación con los gastos notariales, dijo que dicho rubro procede únicamente en los casos de enajenación voluntaria, pero en los casos de expropiaciones judiciales la transferencia se produce a través de sentencia que se inscribe en la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos. En consecuencia, *“no luce justificada debidamente la imposición que en primera instancia se decretara con cargo a la Agencia Nacional de Infraestructura, y en favor del señor Luis Mogollón Gelvez, sobre todo si al hacer alguna erogación, la misma correría por cuenta de la primera ante las entidades correspondientes, y no por cuenta del segundo, dada la condición de adquirente de la entidad accionante, por lo que se hace ineludible la revocatoria de dicho monto.”*

V. CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir, la presencia de los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico- procesal. En efecto, le asiste competencia al Juez de primer

grado para conocer del proceso y al Tribunal para resolver la alzada; las personas enfrentadas en la *litis*, ostentan capacidad para ser parte y procesal, dada su condición de personas jurídicas y naturales en ejercicio de sus derechos; por último, la demanda reúne los requisitos mínimos de ley. Por lo demás, no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

Lo anterior es así, pues si bien, el presente asunto, inicialmente se ventiló ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pamplona, mediante proveído del 21 de octubre de 2020, esta autoridad lo remitió a los Juzgados Civiles del Circuito de Bogotá, tras considerar que *“la colisión presentada en los dos fueros privativos de competencia consagrados en los numerales 7° (real) y 10° (subjetivo) del artículo 28 del Código General del Proceso, debe solucionarse a partir de la regla establecida en el canon 29 ibidem, razón por la que prima el último de los citados,”*⁴ por lo que, el 16 de diciembre de 2020 el Juzgado 44 Civil del Circuito de esta ciudad avocó su conocimiento.⁵

Adicionalmente, como el único punto discutido es el relativo a la indemnización, la competencia de la Sala se limita a ese pronunciamiento, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, según el cual *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”*

En relación con el fenómeno jurídico de la expropiación, dispone el artículo 58 inciso final de la Constitución Política (Modificado por el artículo 1o del Acto Legislativo 1 de 1.999), que: *“Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa.*

⁴ Fls. 347 a 352 Archivo: 20ExpedienteCompleto.pdf

⁵ Archivo: 26Avocaconocimiento_2020-12-16_21-45.pdf

Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa - administrativa, incluso respecto del precio.”

A su turno, el artículo 58 de la ley 388 de 1997 consagra los motivos por los cuales se puede decretar la expropiación de bienes inmuebles: a) Ejecución de proyectos de construcción de infraestructura social en los sectores de la salud, educación, recreación, centrales de abasto y seguridad ciudadana; b) Desarrollo de proyectos de vivienda de interés social; c) Ejecución de programas y proyectos de renovación urbana y provisión de espacios públicos urbanos; d) Ejecución de proyectos de producción, ampliación, abastecimiento y distribución de servicios públicos domiciliarios; e) Ejecución de programas y proyectos de infraestructura vial y de sistemas de transporte masivo; f) Ejecución de proyectos de ornato, turismo y deportes; g) Funcionamiento de las sedes administrativas de las entidades públicas; h) Preservación del patrimonio cultural y natural de interés nacional, regional y local, incluidos el paisajístico, ambiental, histórico y arquitectónico; i) Constitución de zonas de reserva para la expansión futura de las ciudades; j) Constitución de zonas de reserva para la protección del medio ambiente y los recursos hídricos; k) Ejecución de proyectos de urbanización y de construcción prioritarios en los términos previstos en los planes de ordenamiento, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley; l) Ejecución de proyectos de urbanización, redesarrollo y renovación urbana a través de la modalidad de unidades de actuación, mediante los instrumentos de reajuste de tierras, integración inmobiliaria, cooperación o los demás sistemas previstos en esta ley; m) El traslado de poblaciones por riesgos físicos inminentes.

Así mismo, la Ley le otorga legitimación por activa para solicitar la expropiación de inmuebles a fin de desarrollar las actividades antes

previstas, entre otras a la Nación, las entidades territoriales, las áreas metropolitanas y asociaciones de municipios, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta asimiladas a las anteriores, de los órdenes nacional, departamental y municipal, que estén expresamente facultadas por sus propios estatutos para desarrollar las aludidas labores.

La legitimación por pasiva, según el numeral 1° del artículo 399 del Código General del Proceso la ostentan *“los titulares de derechos reales principales sobre los bienes y, si estos se encuentran en litigio, también contra todas las partes del respectivo proceso. Igualmente se dirigirá contra los tenedores cuyos contratos consten por escritura pública inscrita y contra los acreedores hipotecarios y prendarios que aparezcan en el certificado de registro.”*

La presente acción se dirige a obtener la expropiación de una porción del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 272-48033 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Pamplona, de propiedad de Luis Alberto Mogollón Gelvez, requerido por la Agencia Nacional de Infraestructura para el desarrollo del proyecto de doble calzada Pamplona- Cúcuta.

Ahora bien, como quiera que el reparo del extremo actor a la sentencia recurrida se limita al monto de la indemnización y a la decisión de la juzgadora de instancia de tener en cuenta el dictamen pericial aportado por el extremo demandado y no así el allegado con la demanda, corresponde a la Sala valorar estos trabajos, según lo dispuesto en el artículo 232 del Código General del Proceso, según el cual: *“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso.”*

Así las cosas, se advierte que el avalúo presentado con la demanda y el aportado por el demandado tienen gran similitud, pues coinciden en los siguientes ítems: (i) identificación del inmueble: folio de matrícula inmobiliaria 272-48033 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Pamplona; (ii) ubicación: vereda Alcaparral del municipio de Pamplona; (iii) área requerida por la ANI: 532 m²; (iv) tipo de bien: rural; (v) métodos de avalúo empleados: de comparación o de mercado y de costo por reposición, y (vi) uso: corredor vial, silvopastoril, áreas potenciales de remoción y erosión en masa.

La discrepancia entre uno y otro concepto recae en el valor por metro cuadrado. Así en la experticia allegada con la demanda, se fijó un precio por metro cuadrado de \$298.000, mientras que en el trabajo aportado por el demandado se determinó la suma de \$340.000:

TERRENO	UNID	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR TOTAL
Area Requerida	m ²	532,05	\$ 183.510,00	\$ 97.636.495,50
				\$ 97.636.495,50
CONSTRUCCIONES Y MEJORAS	UNID	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR TOTAL
Corral en madera - CA1	m ²	5,56	\$ 34.300,00	\$ 190.708,00
Cerca alambre púas- CA7	m	15,43	\$ 6.100,00	\$ 94.123,00
				\$ 284.831,00
ESPECIES Y CULTIVOS	UNID	CANTIDAD	VR. UNITARIO	VR TOTAL
Pino (0 ≤ Ø ≤ 20 cm)	Und.	8	\$ 5.000,00	\$ 40.000,00
				\$ 40.000,00
SUB-TOTAL				\$ 40.000,00
TOTAL				\$ 97.961.326,50

SON: NOVENTA Y SIETE MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y UN MIL TRESCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON CINCUENTA CENTAVOS M/CTE

TOTALES	VALOR TOTAL	
	SUB TOTAL TERRENO	\$ 1.098.200.000,00
	SUB TOTAL CONSTRUCCIONES	\$ 44.937.400,00
	TOTAL AVALUO COMERCIAL	\$ 1.143.137.400,00

SON: MIL CIENTO CUARENTA Y TRES MILLONES CIENTO CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS PESOS M/CTE.

En ese mismo sentido, se diferencian en que en este último se tomó en consideración, además de las ofertas presentadas en el mercado, así como la totalidad del bien, mientras que en aquel, únicamente se valoró la fracción de terreno requerida por la ANI.

Así, el trabajo realizado por Jairo Contreras Márquez, a cargo del extremo actor, no tuvo en cuenta el concepto emitido por la Secretaría de Planeación Distrital en el que precisa que el área de terreno es no desarrollable.

Asunto: Respuesta solicitud radicado 0745 de 2020

Cordial saludo.

En atención a la solicitud con radicado 0745 del 30 de abril de 2020, La Secretaría de Planeación se permite informar que el área definida con entorno amarillo del plano de misiva y que corresponde al PREDIO # UNO MONTALLANTAS identificado con matrícula inmobiliaria 272-48033, número predial 545180003000000010192000000000 se precisa como área remanente no desarrollable dentro del contexto del uso de suelo silvopastoril, corredor vial, zona de remoción en masa (mapa de zonificación ambiental) del PBOT rural Acuerdo 025 de 2002; así como por su colindancia oriental con la vía nacional ruta 5505 Cúcuta – Pamplona y según lo enmarcado en la Ley 1228 de 2008, art 2, el cual determina las fajas de retiro obligatorio o área de reserva o de exclusión para las carreteras de la red vial nacional.

Aunado en lo anterior, el área del predio podrá entrar en el proceso de compra para la construcción de la segunda Calzada Pamplona – Cúcuta.

Ello es así, por cuanto al cuestionársele si consultó ante dicha autoridad “¿si al quitarle una franja al predio de mayor extensión podría considerarse un área un remanente no desarrollable?” respondió “no se hizo la consulta,” aspecto determinante en el caso que ocupa ahora la atención de la Sala, pues, no se pierda de vista que no es un asunto de poca monta a fin de fijar el valor del bien, pues de conformidad con el artículo 33 de la Ley 1682 de 2013 “En los procesos de adquisición predial para proyectos de infraestructura de transporte, las Entidades Estatales podrán adquirir de los titulares de derechos reales sobre los predios requeridos para la ejecución de proyectos de infraestructura, áreas superiores a las necesarias para dicha ejecución, en aquellos casos en que se establezca que tales áreas no son desarrollables para

ningún tipo de actividad por no cumplir con los parámetros legales, esquemas o planes básicos de ordenamiento territorial o por tratarse de zonas críticas o de riesgo ambiental o social.”

Estima la Sala que, tal como lo consideró la juzgadora de instancia, merece la aceptación el dictamen rendido por los ingenieros José Luis Báez Fuentes, Luis Fernando Barreto y Nareya Espitia, aportado por el demandado, quienes allegaron certificación expedida por el Registro Abierto de Avaluadores, y para la presentación de su trabajo atendieron las exigencias del artículo 226 del Código General del Proceso.

En dicha pericia se precisó la metodología utilizada, documentación de soporte, información específica acerca de cada sector del predio, dejando claro que *“luego de analizar las ofertas estudiadas para el sector los Adioses del Municipio de Pamplona, se determina que el valor actual por metro cuadrado es de \$340.000.00. Se toma toda el área del predio con el mismo valor, dado que tanto los predios incluidos en la comparación de mercado como el predio avaluado, hacen parte de la misma zona homogénea. Es decir que, todos presentan características y /o cualidades similares en cuanto a las condiciones del clima, relieve, material litológico o depósitos superficiales y de suelos. A lo que se suma, que todos son explotados comercialmente,”* lo que, aunado a las condiciones profesionales de los peritos, arrojan firmeza a sus conclusiones.

No puede olvidarse que la prueba pericial está concebida para ilustrar al juez en el análisis y definición de puntos para los cuales se imponen aspectos técnicos o científicos que no le son exigibles al funcionario, por lo que resulta perentorio que el dictamen sea claro, preciso y detallado, de suerte que facilite esa labor de apreciación del punto objeto de valoración.

Frente a la apreciación de esta tipología demostrativa, ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que: *«(...) si la firmeza y calidad del dictamen, la otorgan la fuerza expositiva de los razonamientos, la ilación lógica de las explicaciones y conclusiones, así como la calidad de las comprobaciones y métodos utilizados por el experto, quedaría en una mera opinión personal de éste (...) en conclusiones subjetivas que no tienen apoyo en basamento alguno, que resulte comprobable respecto de las conclusiones o resultados que plantea –a partir de la información y la metodología que detalla– de cara al estado del arte o ciencia de que se trate, y suficientemente consistente en sus conclusiones desde la perspectiva de la lógica formal; soporte que, se repite, siempre debe explicitarse en el dictamen, a efectos de que, sin dejar de ser –a fin de cuentas– una opinión del perito, se sostenga ella en reglas, métodos, procedimientos técnicos, científicos o artísticos que la tornen lo más objetiva posible, y, por ese camino, que le brinden al trabajo realizado por el experto, la fuerza persuasiva necesaria para su acogimiento, en tanto es un juicio racional emitido con base en el conocimiento especializado acerca de un hecho cuya valoración es necesaria en el proceso y no pertenece a la órbita del derecho ni cae en el ámbito de la información media o común».* (CSJ SC7720-2014, 16 jun, reiterado SC010-2021 de 21 de enero).

Ahora bien, es del caso ocuparse de los reproches que hace la recurrente al dictamen pericial aportado por el convocado, así:

- (i) Según su dicho, no se descontó del avalúo el monto correspondiente al mayor valor generado por el anuncio del proyecto y que ello podría constituir un enriquecimiento sin causa del convocado, empero, no le asiste razón a la recurrente porque es lo cierto que en ninguna de las experticias allegadas al plenario se especificó la cuantía a la que ascendía dicho rubro y mucho menos que estuviere incluido en el precio total, por lo que no podría afirmarse sin

duda alguna que no se rebajó y tampoco que el señor Luis Alberto Mogollón Gelvez vaya a lucrarse por dicho ítem.

- (ii) Adujo que la juzgadora de instancia se equivocó al no tener en cuenta que, la oferta constituye un acto administrativo válido, el cual se realizó con fundamento en el avalúo presentado con la demanda, ante lo cual es necesario precisar que, si bien para el trámite del proceso de expropiación se requiere la resolución que la decreta, ello no significa que la experticia no pueda ser debatida al interior del juicio, pues así lo dispone el canon 399 Numeral 6° del Código General del Proceso; pues, más aún, la misma Constitución Política en su artículo 58 Inciso final (Modificado por el artículo 1° del Acto Legislativo número 1 de 1.999), enfatiza: “...- En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contenciosa administrativa, **INCLUSO RESPECTO DEL PRECIO**” (Mayúsculas, subrayas y negrillas fuera de texto).
- (iii) No se demostró que los predios incluidos en el estudio de mercado estuvieran realmente en venta y la mayoría de ellos son de propiedad de familiares del demandado, sin embargo, estas alegaciones no cuentan con sustento probatorio alguno.
- (iv) En el concepto se incluyó el terreno correspondiente al restaurante BRASA LOS ADIOSES y se dijo que no contaba con construcciones, pero en las fotografías aportadas se evidencian edificaciones, y luego de auscultar con detenimiento la experticia, se advierte que le asiste razón a la recurrente, con todo, esa sola circunstancia no descalifica de un tajo todas las conclusiones a las que llegó el experto.

Se sigue de lo expuesto que, la Sala no advierte la configuración de las falencias por las que la actora fustiga el avalúo presentado por el señor Luis Alberto Mogollón Gelvez.

Ahora bien, no puede perderse de vista que, si bien la experticia allegada por el convocado tuvo en cuenta la totalidad del bien y no únicamente la franja de terreno requerida por la ANI, así como el concepto emitido por la Secretaría de Planeación Distrital, es lo cierto que los usos del inmueble, son: (i) suelo silvopastoril; (ii) corredor vial; y (iii) zona de remoción en masa, por lo que de ellos únicamente 2 serían susceptibles de explotación económica, pues esta última, en términos del Instituto Distrital de Gestión de Riesgos y Cambio climático *“un movimiento en masa es el proceso por el cual un volumen de material constituido por roca, suelo, tierras, detritos o escombros, se desplaza ladera abajo por acción de la gravedad. Son conocidos popularmente como deslizamientos, derrumbes, procesos de remoción en masa, fenómenos de remoción en masa, fallas de taludes y laderas.”*⁶

Así las cosas, habrá de tenerse en cuenta el dictamen pericial rendido por el demandado con “Beneficio de Inventario” en esa proporción, esto es 66,66%, que es el porcentaje digamos útil del terreno en toda su globalidad que tiene influencia en la franja objeto de expropiación y en consecuencia, del 100% del valor del avalúo, \$185.000.723, se condenará al pago de \$123.321.483, que es el resultado de sacar de la suma indicada por el dictamen pericial aportado por la parte demandada el primero de los porcentajes acá señalados, lo cual comulga con lo preceptuado en el artículo 230 inciso 2o de la Constitución política en lo referente a que la EQUIDAD es uno de los criterios auxiliares de la actividad judicial.

Por último, en lo que hace al reparo atinente a la condena al pago de los gastos notariales, en la medida que en la decisión recurrida se

⁶ <https://www.idiger.gov.co/rmovmasa>

reconocieron los mismos dentro del valor de la indemnización, esto es, ésta ascendía a la suma de \$185.000.723 y aquellos a \$3.943.000, para un total de \$188.943.273.

Sin embargo, baste señalar que, según el artículo 17 de la Resolución 898 de 2014, usualmente pueden generarse en el proceso de adquisición predial los gastos de notariado y registro, esto es, “*Escritura pública de compraventa a favor de la entidad adquirente y su registro en el folio de matrícula inmobiliaria,*” y como en el presente asunto, es la sentencia de expropiación la que sirve de título de dominio a la demandante, en los términos de los numerales 10 y 12 del artículo 399 del Código General del Proceso, tal como afirmó la recurrente, no hay lugar a reconocer dicho rubro en favor del demandado, por lo que se revocará dicha condena y se reconocerá únicamente el valor de la indemnización sin incluir los gastos notariales.

En resumen, de los argumentos antes expuestos, se impone modificación de la sentencia objeto de alzada, en punto de disminuir la indemnización y excluir de la misma los gastos notariales del monto de aquella.

Por último, no se condenará en costas, de conformidad con el numeral 5° del artículo 365 del Código General del Proceso.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia del 12 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá D.C. En su lugar, se determina como valor de la indemnización del bien materia de expropiación la suma de \$123.321.483 - Excluyendo de la indemnización dada en primera instancia lo pertinente a gastos Notariales que ascendían a la cantidad de \$3.943.000-, de los cuales ya se encuentran consignados \$97.961.326,50, los que se ordenan entregar al demandado.

SEGUNDO. En lo demás se confirma.

TERCERO. Sin condena en COSTAS.

CUARTO. Remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LOS MAGISTRADOS,

(firma electrónica)

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

Magistrado

(En uso de licencia justificada)

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Magistrado

(firma electrónica)

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Carlos Augusto Zuluaga Ramirez

Magistrado

Sala 014 Despacho Civil

Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

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

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

Código de verificación: **56ed80402bff763ed43055f5904e8a6931b2dd426d3fed96482e5697c39125d1**

Documento generado en 19/10/2022 11:27:14 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintiuno (2022)

DEMANDANTE	:	GATOSANTO STUDIOS S.A.S.
DEMANDADO	:	NUEVO MULTIMEDIA LTDA.
CLASE DE PROCESO	:	DECLARATIVO- responsabilidad civil
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

Se ocupa la Sala de resolver el recurso de apelación formulado por la sociedad demandante contra la sentencia proferida el 4 de abril de 2022, por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Con demanda radicada el 31 de agosto de 2018¹ Gatosanto Studio S.A.S., en adelante Gatosanto, pidió que se declare que Nuevo Multimedia Ltda., en adelante Multimedia, incumplió con el contrato de franquicia AFT-F002, suscrito entre esas sociedades el 17 de agosto de 2017, porque *"no dirigió la etapa pre operativa y operativa del negocio"*, *"no diligenció un cronograma de entrenamiento y consolidación del negocio"*, *"incumplió con fechas y horarios contenidos en un cronograma"*, *"no capacitó al personal del franquiciado en la elaboración de productos, presentaciones y atención al público en punto de pago y mesa"*, ni respondía *"las consultas presentadas"* por la demandante. Que *"como consecuencia de uno, varios o todos los*

¹ Págs. 1 a la 185, Archivo 003FoliosFísicosParte1.



incumplimientos" Gatosanto *"terminó válidamente"* el mencionado convenio, *"mediante comunicación del día 23 de marzo de 2018... con fundamento en la cláusula décimo séptima"*, por lo que Multimedia *"está en la obligación de pagar[le] los perjuicios"* por los siguientes valores: daño emergente \$163 780 450 y lucro cesante \$37 580 536. Igualmente condenarla por costas y agencias en derecho.

2. Para sustentar su reclamación informó que, Multimedia, a través de sus canales comerciales, invitó a participar en la compra de la franquicia "AFTERNOON TEA", para lo cual remitió una *"presentación"* indicando lo que la compañía suministraría y la *"distribución de la inversión"* así: costo inicial de la franquicia por US\$20 000, compra de equipos de bebidas por US\$16 000 y otros por US\$24 100. La convocante pagó \$1 000 000 de pesos el 27 de julio de 2017 para separar la oferta.

El 15 de agosto siguiente suscribió el contrato de franquicia comercial, que tuvo como objeto *"el derecho de explotar y comercializar los bienes y servicios protegidos bajo la marca AFTERNOON TEA"*, con un término de 12 años, iniciados el 2 de agosto de 2017 hasta el 1º agosto de 2029. El precio se estableció por un valor inicial de \$15 000 dólares americanos, para *"iniciar el negocio con la marca, el KNOW HOW, las insignias, los signos distintivos, los logos, los colores, el diseño, el secreto comercial"*, las regalías y el fondo de publicidad equivalentes al 5% y 2% de las ventas en su valor neto, respectivamente, estos dos últimos pagaderos mensualmente. La demandante *"hizo un primer pago que fue de cuatro mil dólares (USD\$ 4.000) y posteriormente el día 15 de noviembre de 2017 se realizó un segundo pago por valor de mil dólares (USD\$1.000)"*. Como consecuencia del negocio Gatosanto se obligó con el Centro Comercial Santa Fe, en calidad de beneficiario de uso de zonas comunes, a pagarle



anticipadamente \$12 000 000 mensuales, por un año, y en diciembre del 2017 \$18 000 000.

Desde el mes de diciembre del 2017, tan solo 4 meses después de la suscripción del contrato de franquicia, se evidencia el incumplimiento por parte del franquiciador por la falta de capacitación y apoyo respecto de *"imágenes para promocionar los productos"*, soporte *"para incentivar la compra de insumos y mejorar las malas ventas"*, *"respuesta tardía frente de inquietudes"* de la marca y promociones y corrección de facturación por productos omitidos e insumos devueltos, desventaja en el mercado *"por la instalación de nuevas competencias"* y *"altos costos operativos"*. El 23 de marzo de 2018 las partes asistieron a una *"reunión de arreglo directo"*, según la cláusula octava del contrato, en donde la accionante informó no querer continuar con el modelo de negocio de franquicia y presentó alternativas de negociación que fueron negadas en su totalidad, razón por la cual, *"se entregó una carta al representante legal"* de Multimedia manifestando que Gatosanto *"daba por terminado el contrato"* y el mismo día la remite por correo electrónico *"con la firma de recibido"*. El día 26 del mismo mes, en cumplimiento de la cláusula décimo séptima, remitió *"el inventario de insumos"* para hacer su *"entrega en la dirección que ellos indicaran"*, pero el 27 recibió una comunicación de la sociedad finalizando, también, el negocio *"aduciendo un supuesto incumplimiento por parte del franquiciado"*. Atendiendo lo señalado, la demandante *"decide realizar la entrega de las herramientas e insumos de propiedad de la aquí demandada"*, pero en correos consta *"la dilación injustificada de la demandada de recibir dichos productos e implementos de trabajo"*.

Además de lo ya mencionado, en varias oportunidades se allegaron *"en mal estado los insumos para consumo"* y *"cantidades*



distintas a las pedidas o ya vencidas"; esto puso a la convocante en *"grave limitación... al no tener productos en venta"*. Intentó el pago del valor faltante de la franquicia *"afuera del país"*, pero *"el banco no permitió realizar"* la transacción y *"al saber que esto no parecía legal y en vista de incumplimientos"* de Multimedia, *"desistió de esta opción y no pagó el saldo del valor inicial pactado aplicando la excepción de incumplimiento contractual o exceptio non adimpleti contractus"*.

En resumen, desde el 10 de diciembre de 2017, la demandante *"solicitaba el cumplimiento del contrato"* sin obtener respuesta, las ventas en el centro comercial Santa Fe no alcanzaron las metas que le ofreció su contraparte, por lo que tuvo que *"incurrir en gastos adicionales y obtuvo pérdidas inesperadas"*.

3. La demanda se admitió el 5 de septiembre de 2018; Multimedia alegó contrato no cumplido por su contraparte, ausencia de causa para demandar, falta de requisitos formales- ineptitud de la demanda- ausencia de juramento estimatorio y la genérica².

4. También formuló demanda de reconvenición³ pidiendo que se declare que Gatosanto *"incumplió el contrato de franquicia comercial celebrado... el 15 de agosto de 2017"*; en consecuencia, debe pagarle por daño emergente \$32 653 375. Para sustentar su pedimento informó que terminó el convenio aplicando la cláusula décimo sexta del contrato y para ese momento la reconvenida debía el saldo de la franquicia.

Admitida el 16 de octubre de 2019 Gatosanto la contestó con las excepciones de *"contrato no cumplido- sinalagmático"*,

² Págs. 124 a la 132, Archivo 004FoliosFísicosParte2.

³ Págs. 325 a la 330, Archivo 02Folios físicos.



"inobservancia de la obligación de hacer", "cobro de lo no debido", a su vez, objetó el juramento estimatorio⁴.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo* se refirió a las obligaciones asumidas en el contrato de franquicia celebrado por los contratantes. La demandante aceptó que no pagó el precio completo allí pactado, quedando pendiente el saldo del valor inicial, lo que de entrada hizo inviables sus pretensiones y, aunque alegó que trató de hacer la transacción pero por un error en el número de cuenta fue rechazada, no acreditó su afirmación; amén que no tiene explicación que sí fuera efectivo un pago por \$5 000 dólares, pero no el de los \$10 000 restantes, mora que su contraparte le reclamó constantemente vía correo electrónico. Aunque Multimedia inasistió a la audiencia inicial, por lo cual, en aplicación del artículo 372 del C.G.P., se le impuso una multa y tuvo por ciertos los hechos de la demanda y la contestación de la reconvención que admitían confesión, la convocante no puede alegar el incumplimiento de unas obligaciones, cuando no ha satisfecho las que se encontraban a su cargo, como el pago de la franquicia y las regalías, conforme ella lo aceptó.

Negó, también, la reconvención porque, a partir de las pruebas testimoniales y documentales, se evidenciaron graves incumplimientos de Multimedia; por ejemplo, que la sociedad inició un negocio de venta de franquicias sin tener comprobado el éxito de la operación, sino que, sobre la marcha fue implementando un esquema, explicando cómo se hacían las cosas y en qué consistía el know how.

EL RECURSO DE APELACIÓN

⁴ Págs. 360 a la 378, A Archivo 02Folios físicos.



La demandante principal, Gatosanto, sustentó los siguientes reparos **(i)** se deben aplicar las consecuencias del artículo 372 del C.G.P., ante la inasistencia de la demandante a la audiencia. Se configuró la confesión ficta de que trata el artículo 205 ib.; **(ii)** el juez *a quo* no aplicó estas normas, sino que fundamentó su decisión en el incumplimiento recíproco; **(iii)** no se tuvieron en cuenta las pruebas testimoniales, ni la declaración del representante legal de la accionante, donde se daba cuenta de los incumplimientos de la convocada relacionadas con la falta de cronograma de consolidación del punto de venta, cambios abruptos de precios, productos incompletos o de mala calidad, entre otras cosas; **(iv)** el juez “malinterpretó” los hechos de la demanda y **(v)** el pago pendiente no se pudo realizar porque el banco indicado por Multimedia lo rechazó y, con posteridad, la censora utilizó el dinero para costear las pérdidas causadas por todos los incumplimientos.

CONSIDERACIONES

Reunidos todos los presupuestos procesales y sin advertir causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a emitir un pronunciamiento de fondo, abordando el estudio de los reparos propuestos por la demandante principal; luego, nada se estudiará sobre lo resuelto frente a la demanda de reconvención al no haber sido objeto de alzada. Con tal cometido, se analizarán: primero, los efectos de la inasistencia de la convocada a la audiencia inicial; y, segundo, lo atinente al contrato de franquicia comercial suscrito entre las partes, las obligaciones que adquirieron y los incumplimientos que se presentaron.

1. Conforme lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia, *“Las versiones de las partes son esenciales para los procesos*



contenciosos, pues a partir de ellas el sentenciador construye la decisión que finiquita la controversia que lo suscitó. En ocasiones, las rinden indirectamente, como en la demanda y en la contestación, cuando actúan por apoderado judicial, y en otras, directamente, en el evento de que sean convocados por el juzgador. Las segundas tienen particular relevancia, ya que por medio de ellas el fallador puede conocer de primera mano los hechos que generaron el conflicto. Nadie más que las partes, como protagonistas del debate, pueden dar cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo suscitaron”⁵.

En razón a la relevancia de la declaración de parte, la codificación procesal prevé consecuencias económicas y de orden probatorio para aquella que no atienda la convocatoria realizada por la autoridad judicial, como las establecidas en los artículos 205 y 372 del C.G.P. El primero, consagra los eventos en que se aplica la confesión presunta: “inasistencia del citado a la audiencia, la renuncia a responder y las respuestas evasivas”. El segundo, regula, específicamente, la audiencia inicial, en la que han de llevarse a cabo, entre otras etapas, el interrogatorio de las partes; en su numeral 4º establece que la inasistencia “del demandado hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde la demanda”.

En cuanto a la aplicación de las mencionadas normas procesales en la sentencia atacada, prontamente se advierte el desacierto del primer reparo de la apelante porque sí hubo un pronunciamiento sobre estas disposiciones y el efecto de la ausencia injustificada de la parte demandada a la audiencia inicial. En su decisión, el juez, precisó: “*se impuso la multa y se tuvieron por ciertos los hechos de la demanda que admiten prueba de confesión..., se ha tenido por acreditado, ni siquiera con base en la confesión, sino con*

⁵STC 13366-2021 del 7 de octubre del 2021.



otras pruebas, testimonios y la prueba documental, los incumplimientos por parte de Nuevo Multimedia en cuanto al asesoramiento y la capacitación y el fondo de publicidad, que efectivamente debió haber creado con las sumas pagadas y que además de eso, no se evidenciaron dentro del proceso... el Despacho tiene en cuenta esa situación (refiriéndose a la confesión). De igual manera ha tenido en cuenta que en el momento de excepcionar en la demanda de reconvención, Gatosanto hace una afirmación, como lo fue el hecho de que la parte demandante incumplió gravemente con sus obligaciones” (min. 59:44 al 1:01:31, archivo 021VideoAudiencia).

Así las cosas, para el *a quo* fue claro que, aplicando las normas invocadas por el recurrente, el incumplimiento de la demandada se probó por diferentes medios, uno de ellos la confesión presunta, luego, ese no fue el punto toral que tuvo para denegar las pretensiones de la demanda principal, sino el hecho de estar, también, acreditada la desatención de las obligaciones asumidas por Gatosanto, lo cual la deslegitimaba para iniciar la acción en contra de Multimedia. Si acertó o no el *a quo*, será un aspecto que se estudiará a continuación.

3. Cuando el debate está relacionado con el incumplimiento del contrato porque las partes se imputan entre sí su desatención, como en el presente caso, y se trata de relaciones jurídicas sinalagmáticas, en las que cada una de ellas esperaba algo a cambio de la prestación que asumió el otro contratante, por reciprocidad, se hace necesario identificar el orden cronológico en que cada una de ellas debía ejecutar las obligaciones asumidas; es decir, si de forma sucesiva, (primero las de una parte y luego las de la otra) o simultánea (las de las dos al tiempo), con el propósito de determinar cuál fue el contratante cumplido o si fueron los dos quienes, de forma concomitante, y cuál de



los dos fue quien, verdaderamente, truncó su cumplimiento o ejecución.

Lo anterior es importante porque, cuando el incumplimiento proviene de una sola de las partes la norma aplicable es el artículo 1546 del Código Civil, *“caso en el cual el contratante que satisfizo sus obligaciones o que procuró la realización de las mismas, puede ejercer, en contra del otro, las acciones alternativas de resolución o cumplimiento forzado que la norma prevé, en ambos supuestos con indemnización de perjuicios, acciones en frente de las que cabe plantearse, para contrarrestarlas, la excepción de contrato no cumplido”*⁶.

Tratándose de obligaciones que son de ejecución simultánea y han sido desatendidas por ambos contratantes existe un vacío que, anteriormente, obligaba a las partes a permanecer, según la Corte Suprema de Justicia, en un “limbo jurídico”; sin embargo, a partir de un cambio jurisprudencial de la Corporación, elevado a doctrina probable en la actualidad⁷, se estableció que, en tales casos, por analogía, debe aplicarse el artículo 1546 del C.C. Así, *“está al alcance de cualquiera de los contratantes, solicitar la resolución o el cumplimiento forzado del respectivo acuerdo de voluntades, pero sin que haya lugar a reclamar y, mucho menos, a reconocer, indemnización de perjuicios, quedando comprendida dentro de esta limitación el cobro de la cláusula penal, puesto que en tal supuesto, de conformidad con el mandato del artículo 1609 del Código Civil, ninguna de las partes del negocio jurídico se encuentra en mora y, por ende, ninguna es deudora de perjuicios, según las voces del artículo 1615 ibídem”*⁸.

⁶ SC1662 del 5 de julio del 2019.

⁷ SC1662 del 2019, SC4801 del 2020 y SC3666 del 2021.

⁸ Ib.



Esta precisión es importante *“porque si las obligaciones recíprocas debían ser satisfechas de forma sucesiva, solo podrá reclamar perjuicios aquella parte a quien le incumplieron delantadamente, en rigor, porque tal desatención la liberó de atender sus débitos; en cambio, si tenían que ser realizadas de manera simultánea o coetánea, la facultad de reclamar resarcimiento la tendrá únicamente quien fue cumplidora o se allanó a atender lo suyo, según lo convenido, toda vez que el infractor no tiene acción indemnizatoria”*⁹. Y como el acreedor es, en línea de principio, libre de escoger la sanción que desee en caso de incumplimiento de la otra parte, comoquiera que no existe jerarquía entre las opciones del artículo 1546 del Código Civil y 870 del de Comercio, por eso precisó: *“Serán entonces las circunstancias del caso, y la intención que persiga el agraviado, lo que determine la forma en que plantee la acción resarcitoria, si como pretensión secuencial y subordinada a la de resolución o de cumplimiento; o de manera principal y directa, pues ninguna norma impone lo primero al tratarse de acciones que, aunque pueden ser acumuladas, son totalmente disímiles, toda vez que tienen diversa naturaleza y, por consiguiente, están diseñadas para ser formuladas de manera independiente, es decir, cada una por separado”*¹⁰.

En conclusión, para determinar si atinó el juez de primer grado al resolver favorablemente la excepción de contrato no cumplido propuesta por la sociedad demandada, se deben analizar las obligaciones asumidas por las partes para determinar si fueron simultáneas o sucesivas.

⁹ SC 1962 del 28 de junio de 2022.

¹⁰ Ib.



4. En el contrato de franquicia comercial -Afternoon Tea Bakery & Tea- que las partes suscribieron el 15 de agosto de 2017, pactaron, en lo que atañe al caso en particular, lo siguiente:

CLÁUSULA SEXTA: VALOR DEL CONTRATO DE FRANQUICIA. El **FRANQUICIADO** pagará al **FRANQUICIADOR** las siguientes sumas de dinero a fin de llevar a cabo el objeto del **CONTRATO DE FRANQUICIA:**

- a) **VALOR INICIAL Y UNICO DE INGRESO:** La suma de **US QUINCE MIL (US\$15,000)** la cual será pagada por una única vez **durante la vigencia** del contrato entendido como el derecho para iniciar el negocio con la marca, Know How, Insignias, signos distintivos, logos, colores y diseño así como su secreto comercial. Los detalles sobre la forma de pago **están realizados mediante documento OTROSÍ.**

El cual será pagado así:

- La suma de **QUINCE MIL DOLARES ESTADOUNIDENCES (US \$ 15,000)** que **será pagada a la firma del presente contrato.**

PARÁGRAFO PRIMERO: Si el **FRANQUICIADO**, posterior a la firma del contrato y pagos que haya realizado decide retirarse o no continuar con la ejecución del contrato, no se hará devolución del dinero en ningún monto ni porcentaje.

Cosa distinta ocurriría con las "REGALÍAS", del 5% de las ventas en su valor neto, y con el "FONDO DE PUBLICIDAD", del 2% calculado de la misma forma, porque se pagaban de manera mensual después de la firma del contrato (pág. 53, archivo 003FoliosFísicosParte1)

Mientras que, en la cláusula novena, se convino (pág.54, ib):



CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DEL FRANQUICIADOR. El **FRANQUICIADOR** deberá cumplir con las siguientes obligaciones:

1. Dirigir la etapa pre-operativa y operativa del negocio.
2. Apoyar al **FRANQUICIADO** en la selección de la ubicación del establecimiento de comercio donde se desarrollará el objeto del **CONTRATO DE FRANQUICIA**.
3. Una vez firmado el contrato, diligenciar el cronograma de entrenamiento y consolidación del negocio.
4. Cumplir con las fechas, horarios y contenidos del cronograma.
5. Capacitar al personal del **FRANQUICIADO** en la producción, explotación, comercialización y distribución de los bienes y servicios a fin de transferir los conocimientos y desarrollos del Know-how del negocio.
6. Capacitar al personal en la elaboración de los productos, su materia prima, dosificaciones, preparaciones, presentaciones y atención al público en punto de pago y mesa.
7. Respetar la exclusividad del **FRANQUICIADO** en la ubicación del punto de venta.
8. Conceder licencia para el uso de la marca "Afternoon Tea" a **EL FRANQUICIADO** a efectos que éste pueda realizar la explotación de la misma, conforme a las prescripciones legales. El Contrato de Licencia de Uso que se conferirá a **EL FRANQUICIADO** será un anexo del presente **CONTRATO DE FRANQUICIA** y hará parte integral del mismo. Dicho documento se encontraba en documento **ANEXO**.
9. Atender las consultas que sean presentadas por **EL FRANQUICIADO**, a través de llamada telefónica o email respecto a la operación de la franquicia.



Expuestos así los compromisos de las partes, es claro que estos no eran simultáneos sino sucesivos, es decir, que la acción se regulaba por el artículo 1546 del C.C. y Multimedia sí podía enfrentarle la excepción de contrato no cumplido a su convocante, porque *"en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del referido canon 1609, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque esta carecería de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada"*¹¹.

Entonces, al pretender la declaración de incumplimiento contractual, para abrir paso a la resolución o terminación, con indemnización de los perjuicios que se irrogaron a la demandante, aquí la primera llamada a cumplir era Gatosanto, porque se obligó a realizar un pago de \$15 000 dólares americanos al "firmar el contrato", el 15 de agosto de 2017, no en otro momento o agotado otro plazo (clausula 6), mientras que la contraparte debía iniciar el cumplimiento de sus

¹¹ SC4801-2020 del 7 de diciembre de 2020.



prestaciones con posterioridad, durante la ejecución del contrato, ya fuera en la etapa preoperativa, antes de la apertura del punto de ventas en el centro comercial Santafé, que sucedió en el mes de diciembre de ese mismo año, según se desprende de lo afirmado en el hecho 7 de la demanda y el anexo 5 que contiene el acuerdo celebrado con el centro comercial Santa Fé -con fecha de inicio del 25 de noviembre de 2017- y la póliza de cumplimiento, o en la operativa, con posterioridad a esa fecha, incluyendo el acompañamiento, las capacitaciones, la publicidad; pero, todas después de que se hiciera el pago del precio acordado por la compraventa de la franquicia (clausula 9).

En conclusión, quien debía honrar su compromiso primero era la demandante, y aunque lo agotó parcialmente cuando hizo un pago de \$5 000 dólares, del total de los \$15 000 debidos a cambio de la franquicia, se puso en condiciones que le imposibilitan reclamar tal resarcimiento, pues *"(...) si el acreedor no ha cumplido por su parte la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado, y no estando en mora, su prestación no es exigible. Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación, sin exigibilidad"*¹²

Y que el contrato fue deshonorado por Gatosanto en primer lugar está probado con suficiencia; así lo manifestó la representante legal de esa sociedad, Ángela María Dueñas Penagos, diciendo: "intentamos hacer un último pago, nos dijeron que lo hiciéramos a una empresa que está fuera del país... en un paraíso fiscal, se llama Islas Marshall, hicimos el intento de hacer el pago ahí, nuestro banco, del que hacíamos la transferencia, nos [la] rechazó... por eso no se pudo hacer ese pago" (min. 19:04 al 19:20, Archivo 019VideoAudiencia). En el mismo sentido lo declaró Jorge Eduardo Velasco, socio de la

¹² CSJ Sentencia del 23 marzo de 1943, G.J. Tomo LV, pág. 67-72.



demandante: "no habíamos pagado, aunque intentamos hacerlo, afortunadamente la transacción no pasó; pedimos un documento de su empresa, al ser una transferencia de tal monto el banco nos lo pedía. No sé si fue una alerta roja para el banco... debido a eso y a las pérdidas... nos llevó a tener que ir sacando para pagarle a los empleados, pagar la nómina, las ventas no alcanzaban..." (min. 2:11:32 al 2:13:38, Archivo 019VideoAudiencia).

Así, con sus declaraciones Gatosanto, mediante su representante legal y uno de sus socios, aceptó o confesó, para decirlo mejor, que el dinero no se entregó a la sociedad franquiciante, sino que se utilizó para cubrir otros compromisos desatendidos por las pérdidas del negocio.

Además, están los correos electrónicos. El 20 de enero de 2018, en el que Multimedia requirió a Gatosanto por el pago del saldo valor de franquicia así: *"de acuerdo a lo prometido por uds. en la negociación de la franquicia, estamos recordándoles la cancelación de \$USA 10 000, correspondientes al saldo del valor total de la franquicia adquirida el 14 de agosto de 2017, el cual debe cancelarse antes del 31 de enero de 2018. Esto con el fin de no afectar su derecho como franquiciado y según lo estipulado en la cláusula sexta del contrato"* (Pág. 390, archivo 003FoliosFísicosParte1). El 16 de marzo de 2018, en el que la demandante dijo: *"por políticas internas del banco, y por consiguientes razones ajenas a nuestra voluntad decidieron cancelar la transacción al parecer por restricciones que tienen con ciertos países. Estamos evaluando otras opciones para realizar el pago y darles respuesta"* (Pág. 43, archivo 02Folios físicos). La comunicación enviada el 28 de febrero de 2018, donde dicen: *"tanta ha sido la intención de saldar nuestra deuda lo más pronto posible que, ante la falta de fondos para pagarla, propusimos otras alternativas.... Requerimos la paciencia*



de su cliente, ya que por restricciones bancarias no fue posible transferir los 10.000 dólares completos que se debían en una sola transacción, así debemos esperar 20 días para hacerles otra transferencia por igual valor para dar por saldada la deuda de la franquicia (Pág. 44, archivo 02Folios físicos). Y otra enviada por Multimedia a la demandante, el 2 de febrero, para “recordarle” que hasta esa fecha “nuestro proveedor no ha recibido el saldo de los diez mil dólares de la franquicia” (Pág. 173, archivo 02Folios físicos).

Estas afirmaciones de Gatosanto, las que reiteró en su apelación, alegando que sí tuvo la intención de pagar la totalidad del importe de la franquicia, pero su entidad bancaria fue la que truncó la transacción, quedaron huérfanas de prueba porque la interesada no aportó elemento alguno que acreditara la transacción fallida con el banco por “restricciones” con el país de destino de la operación; solo trajo los soportes y pantallazos relacionadas con el pago que realizó por \$5 000 dólares.

Así las cosas, como la demandante era la llamada a honrar su obligación dineraria primero, le era indispensable demostrar que cumplió, o estuvo dispuesta a hacerlo en la forma y tiempos acordados, pero como esto no sucedió debía resultar avante la excepción de contrato no cumplido que le invocó su contraparte, razón suficiente para confirmar la decisión de primer grado.

En la demanda la actora trató de justificar su conducta diciendo que “como consecuencia del incumplimiento por parte del franquiciador,... tenía la opción de pagar el saldo afuera del país” pero que “desistió de esta opción y no pagó el saldo inicial, aplicando la excepción de incumplimiento contractual” (hecho 18); sin embargo, se repite, ella era quien debía cumplir su obligación primeramente, según



lo establecieron en el contrato y, sin que se probara otra cosa, la explicación lo que revela es que prefirió dejar de honrar su compromiso, por lo que no estaba legitimada a invocar el “incumplimiento contractual” a su favor, pese a que la demandada toleró la mora poniendo un plazo límite “antes del 31 de enero de 2018”, pues ese pago no se realizó.

5. Gatosanto ha sido insistente en afirmar que la franquiciante no atendió las obligaciones mencionadas en los numerales 1, 3, 4, 5, 6 y 9, reclamando aplicar las consecuencias procesales mencionadas en los artículos 205 y 372, pues el juez tuvo por probados “presuntamente” los incumplimientos. Sin embargo, que ello sea así, pues efectivamente la sentencia se refirió a ese tema, no lleva a concluir que las pretensiones pudieran salir avante. Como expresó el funcionario, pese a tener por ciertos esos hechos, la razón que malogró la reclamación de la demanda fue otra, pues “el punto neurálgico” estaba en esas obligaciones y la actora “delanteramente señaló que efectivamente no pagó el precio completo por la franquicia... de por sí eso hace inviable cualquier posibilidad de éxito” (min. 47:00). “La parte demandante no puede reclamar el cumplimiento de unas obligaciones cuando no ha cumplido con las que tiene a su cargo” (min. 48:45).

Así queda resuelta de forma desfavorable la apelación de la demandante.

DECISIÓN

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



Confirmar la sentencia proferida el 4 de abril de 2022, por el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

Condenar en costas de segunda instancia a la parte apelante, las cuales se reducen a las agencias en derecho

En firme esta decisión, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

Firmado Por:

Ricardo Acosta Buitrago
Magistrado
Sala Civil Despacho 015 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **d1a0938c2f7431a96d9371f2c91a4d354bcf6bff1dd414097a507c31fafa9be1**

Documento generado en 19/10/2022 04:54:34 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia



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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de octubre de dos mil veintidós
(2022).

En virtud de la condena en costas a la parte demandante a favor del extremo demandado, se fijan como agencias en derecho la suma 1 salario mínimo legal mensual vigente, conforme con el numeral 1 del artículo 5º del Acuerdo 10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUMPLASE,

RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado