

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
CUNDINAMARCA SALA CIVIL-FAMILIA**



Proyecto discutido y aprobado Sala de decisión
Acta virtual No. 22 de 10 de agosto de 2023.

Asunto:

Resolución de contrato de Francisco Nieto Cajamarca contra Olga Lucía Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Chávez y Rosa María Venegas de Zabala.

Exp. 2018-00404-03

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil veintitrés (2023).

1. ASUNTO A TRATAR

Conforme a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, se emite la sentencia que resuelve los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra el fallo de 12 de octubre de 2022, proferido por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá.

2. ANTECEDENTES

2.1. HECHOS Y PRETENSIONES:

El señor Francisco Nieto Cajamarca a través de procurador judicial, promovió demanda verbal de resolución de contrato contra Olga Lucía Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Chávez y Rosa María Venegas de Zabala, donde se adujo lo siguiente:

- Entre las partes, suscribieron un contrato de arrendamiento sobre el inmueble ubicado en la carrera 6 No. 3-50 del Municipio de Cajicá, donde el señor Francisco Nieto Cajamarca actúa en calidad de arrendatario y Olga Lucía Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Chávez y Rosa María Venegas de Zabala figuran como arrendadores.

- En el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cajicá cursó proceso de restitución del inmueble respecto del bien arrendado bajo el radicado No. 2007-00178, resultando el fallo adverso a los demandantes, sin embargo, previo a resolverse la apelación, las partes celebraron un contrato de transacción el 14 de julio de 2011, en donde se dio por terminado el contrato de arrendamiento firmado el 1° de diciembre de 1985, "*surtiendo efectos a partir del 28 de febrero de 2012*", estipulando como causal de restitución, la necesidad que tenían los arrendadores como propietarios del inmueble, de demoler o reconstruir con obras que para ejecutarse requiere la entrega.

- En el contrato de transacción, se estipuló que, el señor Francisco Nieto Cajamarca tendrá derecho de preferencia en la selección y escogencia del o los nuevos locales que resulten de la nueva construcción, y en todo caso, el valor del canon será similar al de esa actualidad; en caso de incumplimiento, el arrendatario tendrá derecho de acción para exigir el cumplimiento del derecho de preferencia y a reclamar la respectiva indemnización a que hubiese lugar.

- Los arrendadores no hicieron prevalecer el derecho de preferencia al señor Francisco Nieto Cajamarca, frente a la selección o escogencia de los nuevos locales, teniendo en cuenta que la obra terminó a mediados del mes de diciembre de 2012, incumpliendo con la obligación contractual pactada, teniendo en cuenta que el 19 de septiembre de 2012 le ofrecieron a título de

arrendamiento por el valor de \$10.000.000, con término de un año; así que el demandante, mediante documento les informó, que se encontraba interesado en tomar el local, pero bajo las condiciones y en la forma pactada en el contrato de transacción y, en caso de desacuerdo, sería por medio de perito experto restablecer el valor del canon; sin embargo, el local fue arrendado a una persona diferente donde funciona un establecimiento de propiedad del señor Néstor Eduardo Cufiño Varila.

- A causa del incumplimiento del contrato de transacción, ha sufrido daños y perjuicios de carácter material y moral con ocasión a la reducción de las ventas, bajos ingresos, estancamiento de mercancía y no ha podido desarrollar su actividad comercial en el lugar reconocido y acreditado en el que estaba, motivo por el que contrató los servicios de un perito contable que determinó el valor de los daños y perjuicios causados, teniendo en cuenta que los ingresos anuales eran superiores a los \$100.000.000, con ganancias superiores al 50% en ventas.

Con base en tal situación fáctica, la parte actora pretendió se:

- Declare la existencia de un contrato de arrendamiento suscrito entre los señores Francisco Nieto Cajamarca, Pedro Eliecer Venegas Chávez, Rosa María Venegas de Zabala, Pedro Eliecer Venegas Macías y Olga Lucía Venegas Macías, frente al inmueble ubicado en la carrera 6 No. 3-50 del municipio de Cajicá.

- Declare la existencia de un contrato de transacción suscrito entre las partes, con fecha de 14 de julio de 2011 en el que se pactó el derecho de preferencia del señor Francisco Nieto Cajamarca.

- Declare que el señor Francisco Nieto Cajamarca en su condición de arrendatario, tiene derecho a escoger local nuevo y a la renovación del contrato de arrendamiento.

- Declare que los señores Pedro Eliecer Venegas Chávez, Rosa María Venegas de Zabala, Pedro Eliecer Venegas Macías y Olga Lucía Venegas Macías, incumplieron el contrato de transacción y causaron daños y perjuicios al señor Francisco Nieto Cajamarca.

- Declare a los señores Pedro Eliecer Venegas Chávez, Rosa María Venegas de Zabala, Pedro Eliecer Venegas Macías y Olga Lucía Venegas Macías, solidariamente responsables de los daños y perjuicios causados y en consecuencia le paguen al señor Francisco Nieto Cajamarca el valor de \$51.698.475 por concepto de daño emergente, *“representado en el dinero que dejó de percibir mi representado durante el año 2012”*, más la suma de \$103.396.950, *“calculados por el concepto de daño emergente, representado en el dinero que dejará de percibir el demandante por los años 2013 y 2014 a consecuencia de la prórroga automática del contrato que vinculaba a las partes y que debía prorrogarse por similar periodo, y dejará de percibir su hubiese estado desarrollando su actividad comercial en el local comercial tantas veces prenombrado o los que un perito idóneo establezca”*.

- Se condene a los demandados a pagar al demandante doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, o los que un perito establezca, por concepto de daños morales del señor Francisco Nieto Cajamarca;

- Se condene a los demandados al pago de las costas y agencias en derecho.

2.2. ADMISIÓN, NOTIFICACIÓN, CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES:

La demanda así estructurada, fue admitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá el 21 de junio de 2013¹, ordenándose la citación de la parte demandada, asignándosele el radicado 2013-00168; los señores Olga Lucía Venegas Macías, Rosa María Venegas de Zabala, Pedro Eliecer Venegas Chávez y Pedro Eliecer Venegas Macías se notificaron de manera personal, quienes por intermedio de apoderado judicial contestaron, se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones planteando como excepción la denominada “cobro de lo no debido”.

Luego, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá remitió el expediente al Juzgado Civil del Circuito de Descongestión de ese municipio, que avocó conocimiento mediante auto de 2 de julio de 2014²; para el 20 de noviembre de 2014³, se practicó la audiencia que trataba el artículo 101 del C.P.C., en la que declaró fracasada la etapa de conciliación, se practicaron interrogatorios de parte y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Posteriormente, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá luego de haber recibido nuevamente el expediente para su trámite, con proveído de 14 de septiembre de 2018⁴, conforme lo previsto en el artículo 121 del C.G.P., ordenó remitir el proceso al Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, que realizó la audiencia del artículo 373 *ibidem* el 12 de octubre de 2022⁵, en donde resolvió sobre la objeción presentada por el demandante frente al trabajo pericial rendido por Luis Orlando Peña Hernández, se

¹ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0001- fl. 73

² Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0002- fl. 60

³ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0002- fl. 66

⁴ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0005- fl. 37

⁵ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0041

presentaron alegatos de conclusión y profirió sentencia, accediendo parcialmente a las pretensiones, la cual fue objeto de apelación por las partes.

3. LA SENTENCIA APELADA

El Juez de instancia, empezó con unas apuntes teóricas frente a la acción resolutoria, el contrato de transacción y el derecho de preferencia que *“Para el caso concreto, recayendo el derecho de preferencia concretamente en brindar la posibilidad al arrendatario de contratar nuevamente con el arrendador en ventaja, si se quiere, porque realmente es eso, preferir es eso no, en condiciones propiamente de igualdad sino que a pesar de que esté en condiciones iguales con respecto a otros oferentes se le va a preferir, salvo que hayan diferencias que lo supere con respecto de otros que se encuentran en igualdad de circunstancias a aquel, es decir que, no sean como usted dijo superiores o mejores del propio dicho que las partes, resulta factible en este caso colegir de manera apodíctica lo siguiente, para por lo menos en lo que respecta a este estrado judicial la obligación pactada se limita de manera general de acuerdo al tenor del artículo 521 del código del código comercio, a la preferencia por parte de los arrendadores, del ex arrendatario en el nuevo contrato con respecto a otros aspirantes que se encuentren en igualdad de condiciones, quiere decir ello que si entre otros arrendatarios se ofrece o acepta cumplir las mismas condiciones entre ellas el valor del canon, se deberá allí sí preferir, se deberá preferir al demandante naturalmente, porque están en igualdad de condiciones y no ha sido superado, aspecto preferencial que se observa es inobservado o incumplido, toda vez que tal prestación u obligación no se cumple de manera formal, con el simple ofrecimiento o propuesta de las nuevas condiciones, como en el caso se hizo...”*.

En el caso concreto, la demandada Olga Lucía Vanegas Macías declaró que en la actualidad el valor del canon es de \$3.000.000 y no de \$10.000.000, evidenciándose que no hubo preferencia alguna, contrario a ello, arrendó el

local a otra persona por un precio inferior al que le ofrecido al demandante, *“eso es un indicio”* y *“no se observa que haya preferencia cuando la propuesta que debería, debió ser la misma para todos en igualdad de condiciones, fue modificada en favor del contratante diferente que no superó y mucho menos mejoró la oferta inicial...”*, desglosándose así, la responsabilidad civil contractual, comoquiera que se tiene probado la existencia del contrato de transacción como primer presupuesto y consecuentemente, el incumplimiento al observarse la imposibilidad del actor de continuar explotando su actividad comercial que por años llevaba en el lugar, *“el cual a su vez se observa, se dedujo del incumplimiento en su preferencia al no existir un arrendatario que superara o mejorara la oferta como quedara antes dicho, esto es, que el nexo causal aparece entonces también acreditado, siendo entonces menester establecer la prueba del quantum que a la postre se identifica con la prueba misma del daño”*.

Para determinar el valor de los perjuicios causados, señaló que no tendría en cuenta el dictamen pericial aportado por la demandante, que reflejó la suma de \$155.095.425, en tanto que, refirió un cálculo de forma equivocada, sin discriminar las utilidades, *“sino que incorporó indistintamente los ingresos por ventas que comprenden otros valores que no conciernen a la ganancia cierta y determinada como gastos e inversiones que aquellas deben cubrir para el final del ejercicio han de descontarse para establecer las ganancias brutas”*, asimismo, confundió el lucro cesante con el daño emergente, conceptos que son ciertamente diferentes; entonces, el despacho decretó oficiosamente la experticia con el señor Luis Orlando Peña Hernández, que definió el valor de los daños causados por \$81.808.565, del período comprendido entre los años 2012 a 2014, el cual fue tenido en cuenta por el despacho, toda vez que posteriormente se decretó un nuevo trabajo pericial *“rendido en oportunidad por Luis Francisco Suarez Alba... el cual estableció para el mes de mayo 2020 la suma de \$177.689.739, como lucro cesante la suma de \$243.019.902, total en perjuicios de*

\$420.709.641 pesos”, que consideró no ajustado a derecho, puesto que equivocadamente definió como daño emergente lo que en realidad corresponde a lucro cesante, acumulando indexación con intereses que no es procedente, que incluso, excede los perjuicios calculados por la parte actora, motivo por el cual será desestimado.

Agregó que frente a la objeción planteada por error grave en contra de trabajo pericial elaborado por el auxiliar Luis Orlando Peña Hernández, *“no encuentra este estrado que el mismo adolezca del error endilgado, toda vez que contrario sensu, se evidencia que el mismo se sustentó en los propios valores acreditados por el actor, efectuando un cálculo porcentual comparativo... estado de resultados respecto y los años 2010 y 2011 realizando una proyección de los subsiguientes tres años, estableciéndose como un año con menor utilidad 2012 y como de mayor el 2014, trabajo que se surtió a través del elaborado por el contador contratado por el demandante Luis Jorge González Enciso, así como las declaraciones de renta y de los estados financieros, reflejando con gráficos estadísticos, detallando año por año el promedio de los años 2011 a 2014, el porcentaje de decrecimiento de los ingresos que para el año más bajo que no fue para el 2012 se estableció en un 55.96%, para el 2013 59.34%... y para el 2014 un 56.61%, todo en comparación con el 2010, Concluyendo ese experticio como valor que se pudo dejar de percibir la suma de \$46.298.091, más sus intereses corrientes que calculó en \$35.510.474, para un total de \$81.808.565, suma que tasó para el 2016, no hallando este estrado que tal experticio sea desajustado o con errores graves que permitan desatenderlo, por lo que se declarará entonces una pretensión formulada, suma que no obstante se actualizará para la presente sentencia, y desde entonces han transcurrido cinco años lo que sea de una regla de tres que comparativamente con el salario mínimo legal vigente permite actualizar su valor con el valor presente del mismo para el momento de su pago, lo que matemáticamente es válido de donde se tiene que el valor establecido equivale a para el año 2016 en esa época y salario mínimo \$689.455, equivalía a 118.7 salarios mínimos*

legales mensuales vigentes, que multiplicados por el salario actual vigente para el momento del pago el o que se surta, el pago quedará actualizado, medio probatorio que no fue decretado dentro de incidente sino que se practicó para el proceso, por lo dado, es de rememorar que de acorde al artículo 135 del código de procedimiento civil, vigente para entonces los incidentes son taxativos y para esta clase de eventos y la objeción grave no requiere trámite incidental como tampoco sucede en la actualidad, y como se dice esta objeción o este experticio se practicó para el proceso, por lo que debe como lo advirtió el superior, resolverse en esta sentencia de acuerdo a los parámetros del 238 entonces código de procedimiento civil, no existiendo por tanto incidentes que impidan emitir la presente sentencia; por lo demás, lo que toca al daño inmaterial, se negará daños morales toda vez que este estrado judicial versa sobre tópicos... sino sentimentales propios de los lazos o vínculos afectivos, siendo que nuestro sistema no reconoce lo que otras culturas foráneas, si lo hacen como el primero, el simple fastidio público y privado, como si lo hacen sistemas jurídicos de otras familias como el common law, corolario entonces de lo expuesto se declara entonces infundada la objeción formulada al dictamen referido, se declara infundada la excepción propuesta declarándose en consecuencia resuelto el contrato de transacción sin que haya lugar a restituciones mutuas dada la naturaleza de su contenido que impide unos efectos ex tunc, y se condenará al pago del lucro cesante referido desestimando las demás pretensiones...”.

4. EL RECURSO

La parte demandante inconforme con la anterior decisión formuló los siguientes reparos:

- No se tuvo en cuenta por parte del fallador de primera instancia, como prueba fundante el juramento estimatorio plasmado en la demanda, que además estaba respaldado con un dictamen pericial reflejando un valor por

los perjuicios causados de \$155.095.425, *“de cuya prueba no se hizo énfasis al momento de valorar los perjuicios causados y el juramento estimatorio que no fue objetado por la demandada el cual constituye plena prueba para esos efectos en aplicación exegética del artículo 206 del C.G.P...”*, y soportó su dicho exclusivamente en el dictamen efectuado por el perito Luis Orlando Peña, sin tener en cuenta y darle mayor valor al dictamen presentado con la demanda, el cual *“permite demostrar los perjuicios tasados al actor, de manera detallada, con precisión...”*, luego, las pruebas deben apreciarse de manera razonable, en su sana crítica, metódica y reflexivamente, *“Caso en autos que brilla por su ausencia por el fallo aquí censurado...”*.

- El *A quo* solo se apoyó en el dictamen del perito Luis Orlando, el cual no cumplió con lo ordenado por el despacho en cuanto a establecer la diferencia de las utilidades única y exclusivamente por los años 2012 y 2013, puesto que, solo comparó los años 2010 y 2011, *“con una serie de porcentajes de participación que no tiene ninguna relación con las pretensiones de la presente acción y no se ajustó a los presupuestos legales, máxime que la parte demandada no presentó una prueba acorde con el derecho reclamado”*, asimismo, no tuvo en cuenta que la pérdida en el año 2012 fue de \$7.578.625 en la utilidad bruta en ventas *“En efecto, el dictamen señala la utilidad del ejercicio de 35.508.763 que es el resultado de las comisiones obtenidas por el actor por otras actividades comerciales diferentes al objeto social del negocio como son las ventas de mercancías”*, además, desconoció la tasación efectuada por concepto de indexación de las utilidades *“pues en el dictamen de oficio no se explican”*.

- Por lo anterior solicitó, se ordene pagar los valores señalados en el dictamen pericial presentado con la demanda, con la respectiva indexación hasta el momento del pago.

La parte demandada presentó los siguientes reparos:

- El demandante aportó junto con la demanda el certificado de existencia y representación legal del establecimiento de comercio denominado Frank Fort Creaciones, con número de matrícula mercantil 01214953 de 9 de septiembre de 2002, *“es decir, conforme al artículo 516 del Código de Comercio, en el numeral 5 el cual señala que hacen parte del establecimiento de comercio “los contratos de arrendamiento y las indemnizaciones que conforme a la Ley tenga el arrendatario”... En la presente demanda y conforme a los medios de prueba practicados, no se tuvo en cuenta lo anterior, y, por lo tanto, la apreciación y análisis de las pruebas se realizó desde la órbita del comerciante como persona natural, y no, desde el punto de vista del establecimiento de comercio, definido este como el “conjunto de bienes organizados por el empresario para realizar los fines de la empresa”, puesto que, se alegaron los daños morales de la persona Francisco Nieto Cajamarca, lo que ignora las normas del Código de Comercio.*

- De otro lado, el demandante no presentó los libros contables conforme lo prevé el artículo 68 del C. de Co., *“además, la omisión tributaria en las declaraciones del impuesto de industria y comercia (ICA), o la presentación de la facturación de proveedores como soportes a los supuestos perjuicios causados y alegados, los cuales conforme lo manifestado, no fueron debidamente aportados al proceso”.*

- En el certificado de Cámara y Comercio del establecimiento comercial, señaló que el valor de los activos para el año 2012 el valor de \$48.160.000, sin embargo, los valores presentados en la demanda fueron incrementados de manera notable; luego, *“Nótese que el mismo contador LUIS JORGE GONZALES ENCISO en la prueba documental aportada a folios 42 a 46 señala unos estados financieros del señor FRANCISCO NIETO CAJAMARCA, los cuales no guardan*

similitud con la naturaleza contable del establecimiento de comercio denominado FRANK FORT CREACIONES, ya que, a simple vista, el mismo está mezclando bienes del patrimonio personal, con los bienes del Establecimiento de comercio”, lo que resultó decisivo a la hora de realizar el peritaje presentado por el experto Luis Orlando Peña Hernández.

- El demandante, no identificó plenamente el local comercial objeto de controversia, puesto que en el escrito de demanda solo se relaciona el folio de matrícula inmobiliaria 176-29362 de la ORIP, no obstante, el folio presentado se encuentra cerrado, omitiendo informar que el inmueble fue dividido en dos lotes y que a cada uno de ellos le correspondió un F.M.I., diferente, ello previo a la presentación de la demanda, *“sucedido esto, el demandante no aclara en cuál de los anteriores inmuebles quedó construido el local comercial, y por lo tanto, en la demanda se puede corroborar que se demandaron a todos los anteriores comuneros de manera solidaria, sin que por ejemplo, la señora ROSA MARIA VENEGAS DE ZABALA tuviera que ver frente al Local comercial pretendido, ya que al dividir el inmueble como se dijo, quedó en la imposibilidad de arrendar el Local comercial, lo que en cierta medida, fue fruto de la incorrecta y se incurrió en el error de que en la demanda no se precisara, ni que tampoco se identificara jurídicamente el Local que a lo largo de la demanda, el cual el demandante alegaba tener derecho...”*.

- El demandante fue negligente, en tanto que, no dio inicio al proceso de regulación que señala la normatividad comercial en caso de desacuerdo en la fijación del canon de arrendamiento *“... por lo tanto, debía haber demostrado que cumplió a cabalidad y que su contraparte no lo hizo, por lo que se solicita a los honorables magistrados tener en cuenta que a quien le incumbe probar su debida diligencia en este caso era quien alega tener a su favor el derecho a ser indemnizado conforme al tipo de responsabilidad civil consagrada en el artículo 522 del C.Co”*.

- El Juez de instancia no tuvo en cuenta la oferta que se le hizo al demandante, por lo que, el desacuerdo presentado en el valor del canon de arrendamiento no debe tenerse en cuenta como una intención de no arrendar por parte de los demandados *“sino que al contrario debe tenerse en cuenta como una oferta que podría ser aceptada o rechazada y que al tenor del artículo 521 del código comercio en caso de desacuerdo dar aplicación a lo allí normado, es decir, buscar la fijación del mismo mediante peritos, y no pasar por alto la norma, y proceder a demandar y pedir perjuicios tal y como en el presente caso sucedió”*, nótese, que en la contraoferta del demandado, propone un canon de arrendamiento por el valor de \$915.500 y que, finalmente el local fue arrendando a quien presentó una mejor propuesta, contrario a lo que manifestó el fallador de primera instancia, que en ningún momento existió una mejor oferta que superara la presentada por el señor Francisco Nieto Cajamarca.

- El demandado pretende la indemnización de perjuicios alegando una presunta cesación de actividad comercial, sin embargo, en su interrogatorio se probó, que en ningún momento dejó de ejercer la actividad económica de su establecimiento de comercio, sino que, lo que le ocurrió fue la disminución de las ventas en la nueva ubicación del negocio, por lo tanto, no es comprensible los motivos de los dictámenes periciales, que muestran conclusiones diferentes frente a la disminución de la ventas, *“sin ni siquiera está soportado los periodos de tiempo que debían ser objeto de análisis de manera comparativa y que pudieran demostrar la disminución de tales ventas”*.

- Frente al trabajo pericial rendido por el auxiliar de la justicia Luis Orlando Peña Hernández, presentó solicitud de aclaración y complementación dentro de la oportunidad correspondiente, *“No obstante, lo anterior, el perito LUIS ORLANDO PEÑA HERNANDEZ no dio respuesta a mi solicitud de aclaración y complementación desde los folios 394 a 397, y en la audiencia*

del fallo inicial del 6 de marzo de 2019, del Juzgado Primero Civil del Circuito pese a la manifestación de inconformidad el debate probatorio fue cerrado, y pronunciado el fallo, el cual una vez apelado fue devuelto el proceso para que el Juzgado abriera el debate y se evacuaran de manera correcta las pruebas dejadas de practicar”, luego, el hecho de no poder objetar el peritaje, limitó el derecho a la defensa, ya que en el momento presentaron escrito de objeción precisando el error grave frente al trabajo elaborado por Luis Francisco Suarez Alba, para lo cual, contrataron a la Sociedad Colombiana de Económica Forense SCEF, que elaboró un informe técnico con el que determinaron los errores del dictamen presentado, “no así mismo, la misma oportunidad con el dictamen de LUIS ORLANDO PEÑA HERNÁNDEZ”.

- De otro lado señaló, que la condena no debió convertirse a salarios mínimos legales, sino que procedía la indexación de los mismos, *“calculados desde el momento de los mismos, y no desde la elaboración del peritaje en el que se basa el fallo del Juez de primera instancia, ya que la corrección monetaria o indexación es una remuneración equitativa y razonable para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación, es decir, una retribución para que la prestación económica tenga un valor igual, o similar, al que tuvo en el momento en que se ejecutaron las obligaciones del respectivo negocio, que fue cuando se generó el supuesto perjuicio y no al momento del avalúo de perito el cual de por sí, fue actualizado al momento de su realización y ahora convertido a Salarios mínimos mensuales vigentes en el fallo, y que incluso, de manera errónea se le calculan intereses bancarios corrientes”.*

5. FUNDAMENTOS DE ESTA INSTANCIA

5.1. COMPETENCIA:

Radica en esta Sala resolver lo que en derecho se reclama, con fundamento en el numeral 1º del artículo 31 y artículo 328 del C.G.P, por ser la superior funcional del Juez que adoptó la decisión de primera instancia.

Encontrando satisfechos los presupuestos procesales exigidos por la jurisprudencia y la doctrina para que proceda sentencia de mérito, no se hace necesario realizar pronunciamiento sobre los mismos. Tampoco, se observa que se haya incurrido en motivo de nulidad que obligue a invalidar total o parcialmente lo actuado.

5.2. PROBLEMA JURIDÍCO:

Corresponde a esta Corporación determinar, si se cumplen los presupuestos para que salga adelante la declaración de incumplimiento del contrato de transacción en cuanto al derecho de preferencia que se alega, para luego, pasar a definir las consecuencias jurídicas sobre la resolución del contrato y el valor de la condena por concepto de perjuicios reclamados.

5.3. CASO DE ESTUDIO:

5.3.1. Sea lo primero anotar que, según el principio de la autonomía de la voluntad, las personas gozan de la potestad de celebrar toda clase de convenciones, con tal que con sus acuerdos no se desconozca la normatividad que toca con el orden público y las buenas costumbres, por lo que en tales condiciones, se les imprime fuerza de ley de manera tal que no pueden ser invalidadas sino por su mutuo consentimiento, o, por causas legales, el artículo 1602 del Código Civil establece: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. Al respecto la Corte Constitucional, ha señalado:

6“7Dentro de este cuadro, la autonomía permite a los particulares: i) celebrar contratos o no celebrarlos, en principio en virtud del solo consentimiento, y, por tanto, sin formalidades, pues éstas reducen el ejercicio de la voluntad; ii) determinar con amplia libertad el contenido de sus obligaciones y de los derechos correlativos, con el límite del orden público, entendido de manera general como la seguridad, la salubridad y la moralidad públicas, y de las buenas costumbres; iii) crear relaciones obligatorias entre sí, las cuales en principio no producen efectos jurídicos respecto de otras personas, que no son partes del contrato, por no haber prestado su consentimiento, lo cual corresponde al llamado efecto relativo de aquel.

...

Como consecuencia, en el ordenamiento jurídico colombiano, al igual que en muchos otros, la autonomía de la voluntad privada se mantiene como regla general, pero con restricciones o excepciones por causa del interés social o público y el respeto de los derechos fundamentales derivados de la dignidad humana.”

Adicionalmente, en este mismo ámbito ha sostenido:

“La autonomía de la voluntad privada y, como consecuencia de ella, la libertad contractual gozan entonces de garantía constitucional. Sin embargo, como en múltiples providencias esta Corporación lo ha señalado, aquellas libertades están sometidas a condiciones y límites que le son impuestos, también constitucionalmente, por las exigencias propias del Estado social, el interés público y por el respeto de los derechos fundamentales de otras personas.”⁸

“Dicha autonomía se convierte en un derecho íntimamente ligado y vinculado a la dignidad de la persona humana, ya que se erige en el instrumento principal e idóneo para la satisfacción de las necesidades básicas, mediante el poder que le otorga el ordenamiento positivo para regular sus propios intereses en el tráfico jurídico. De ahí que, en la actualidad, se estime que es indispensable conferir un cierto grado razonable de autorregulación a los asociados, a través del reconocimiento de un núcleo esencial de libertad contractual, destinado a suplir la imposibilidad física, técnica y jurídica del Estado para prever ex - ante todas las necesidades de las personas.”⁹

De tal manera, la concepción actual de la autonomía de la voluntad privada parte del “poder dispositivo individual”, regulado por la intervención del Estado en el deber de garantizar los fines sociales que

⁶ C-934 de 2013

⁷ Cit. C-341 de 2003

⁸ SU-157 de marzo 10 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero. Ver además T-468 de 2003 y C-186 de 2011, precitadas.

⁹ C-186 de 2011, precitada.

le han sido encomendados (art. 2° Const.), de forma que la libertad de contratar, la protección y promoción individual y los derechos constituidos, deben acompañarse en función del interés público.

En suma, la autonomía de la voluntad privada debe entenderse como un principio que puede ser objeto de limitación por causa del interés general y del respeto a los derechos fundamentales, por lo que “lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las necesidades básicas de la economía de mercado”¹⁰.

La jurisprudencia y doctrina han sostenido que dentro del ámbito del artículo 1546 del Código Civil, la acción resolutoria contractual requiere para su viabilidad los siguientes presupuestos axiológicos, como lo ha resaltado la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia¹¹:

- a.) La existencia de un contrato bilateral válido;
- b.) Que el demandante, por su parte, haya cumplido con las obligaciones que le impone el pacto, o cuando menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos. Y,
- c.) El incumplimiento total o parcial de las obligaciones por el demandado.

En nuestro caso de estudio, se tiene que entre los señores Francisco Nieto Cajamarca en calidad de arrendatario y Pedro Eliecer Venegas y Martha Isabel Venegas como arrendadores, suscribieron un contrato de arrendamiento el 1° de diciembre de 1985 sobre el inmueble ubicado en la carrera 6 No. 3-50 en el municipio de Cajicá, que luego renovaron los señores

¹⁰ C-186 de 2011, precitada.

¹¹ Casación Civil, Sentencia de 24 de octubre de 2006

Pedro Eliecer Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Chávez, Olga Lucía Venegas Macías y Rosa María Venegas de Zabala, acordando terminarlo con un contrato de transacción de 14 de julio de 2011, estableciendo que, por motivos de demolición del bien, se entregaría el local comercial el 28 de febrero de 2012¹² y conforme lo previsto en el artículo 521 del C. de Co., el señor Nieto Cajamarca *“tendrá derecho de preferencia en la selección y escogencia de los nuevos locales que resulten de la nueva construcción. En todo caso el respectivo inmueble y su respectivo canon serán de similares características a los que rigen actualmente”*¹³.

Es del caso puntualizar que, el contrato de transacción es un acuerdo en que las partes transigen para llegar a un acuerdo, evitar un litigio o terminar uno que esté en curso o pendiente, conforme lo ha establecido la legislación civil en su artículo 2469 que establece, *“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”*.

En cuanto a los elementos esenciales del contrato de transacción, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

¹⁴“El artículo 2469 del Código Civil, que se ocupa de la noción de la transacción, expresa que “es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”. De esta definición, que le ha merecido la crítica de ser incompleta, la doctrina de la Corte tiene sentado que son tres los elementos estructurales de la transacción, a saber: a) la existencia actual o futura de discrepancia entre las partes acerca de un derecho; b) la reciprocidad de concesiones que se hacen las partes; y c) su voluntad e intención de ponerle fin a la incertidumbre sin la intervención de la justicia del Estado (Casación Civil de 12 de diciembre de 1938, XLVII, 479 y 480; 6

¹² Clausula Primera del contrato de transacción

¹³ Clausula Tercera del contrato de transacción

¹⁴ Sala de Casación Civil y Agraria, SC 29 oct. 1979, G. J. t. CLIX, pp. 301 a 305

de junio de 1939, XLVIII, 268; 22 de marzo de 1949, LXV, 634; 6 de mayo de 1966, CXVI, 97; 22 de febrero de 1971, CXXXVIII, 135). Teniendo en cuenta estos elementos, se ha definido con mayor exactitud la transacción, expresando que es la convención en que las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones, ponen término en forma extrajudicial a un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”

Frente al presente marco, es de resaltar que en la transacción de 14 de julio de 2011 presentada, las partes acordaron la terminación del proceso de restitución de inmueble arrendado bajo el radicado 2007-00178 que cursaba en el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Cajicá, “*el cual actualmente cursa la segunda instancia ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Zipaquirá*”, señalando la finalización del trámite judicial de incumplimiento de contrato bajo el radicado No. 2009-00119 que cursaba en el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Cajicá y, además pactaron:

¹⁵**PRIMERA:** *Las partes dan por terminado de mutuo acuerdo el contrato de arrendamiento del 1° de diciembre de 1985 sobre el inmueble ubicado en la carrera 6 No 3-50 de Cajicá, surtiendo efectos la terminación del contrato a partir del 28 de febrero de 2012. **Parágrafo.** Los cánones seguirán cancelándose hasta la fecha de entrega del inmueble.*

SEGUNDO: *Que en virtud de la terminación pactada en la cláusula PRIMERA, las partes pactan como fecha de entrega del inmueble el 28 de febrero de 2012, que se constituye en causal de restitución la necesidad que tienen los señores **ROSA MARÍA VENEGAS DE ZABAJA, PEDRO ELIECER VENEGAS MACÍAS y OLGA LUCIA VENEGAS MACIAS**, como propietarios del mencionado inmueble de ser demolido o reconstruido con obras que para su ejecución requieren su entrega o restitución (numeral 3, artículo 518 del Código de Comercio)*

TERCERO: *De acuerdo con el artículo 521 del Código de Comercio en el caso indicado en el clausula segunda de este contrato, el señor **FRANCISCO NIETO CAJAMARCA** tendrá derecho de preferencia en la selección y escogencia de los nuevos locales que resulten de la nueva*

¹⁵ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0001- fl. 3

construcción. En todo caso el respectivo inmueble y su respectivo canon serán de similares características a los que rigen actualmente.

CUARTO: *En caso de incumplimiento de por parte de ROSA MARÍA VENEGAS DE ZABALA, PEDRO ELIECER VENEGAS MACIAS Y OLGA LUCIA VENEGAS MACIAS, del derecho de preferencia a favor del señor FRANCISCO NIETO CAJAMARCA, este tendrá derecho de acción para exigir el cumplimiento del derecho de preferencia o las indemnizaciones a que haya lugar de acuerdo con lo contemplado en el artículo 522 del Código de Comercio.*

QUINTO: *Los señores PEDRO ELIECER VENEGAS CHAVEZ, ROSA MARÍA VENEGAS DE ZABALA, PEDRO ELIECER VENEGAS MACÍAS y OLGA LUCIA VENEGAS MACIAS se obligan a pagar a favor del señor FRANCISCO NIETO CAJAMARCA la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS...*

...

OCTAVO: *Que la presente transacción busca la terminación del contrato de arrendamiento citado, la restitución del inmueble de propiedad de los señores ROSA MARÍA VENEGAS DE ZABALA, PEDRO ELIECER VENEGAS MACIAS y OLGA LUCIA VENEGAS MACIAS la terminación de los mencionados procesos, garantizar el derecho de preferencia a favor del señor FRANCISCO NIETO CAJAMARCA, evitar y precaver un litigio o proceso entre las mismas partes..."*

Con este panorama, de la transacción aportada se determinan cuáles eran las controversias que tenían enfrentadas a las partes en ese momento, la contraprestación mutua que las acercó, la expresión libre de voluntad propia de los contratantes exenta de vicios del consentimiento y la intención de ponerle fin a la incertidumbre orientado a precaver los litigios que les involucraba; luego, en asuntos como el que antecede, una vez acreditados los requisitos formales de un acto celebrado, no se encuentra en cabeza del juzgador darle reconocimiento al mismo, puesto que fueron las partes quienes autónomamente fijaron los parámetros del acto jurídico, con prescindencia de la administración de justicia.

Así, el único cuestionamiento propuesto frente al acuerdo pactado entre las partes, radicó en el derecho de preferencia en la selección y

escogencia del local que resultara de la nueva construcción del inmueble y la renovación del contrato de arrendamiento en las mismas condiciones; en tanto que, alega el actor que *“los arrendadores citados, no hicieron prevalecer el derecho de preferencia del señor FRANCISCO NIETO CAJAMARCA, ni en la selección de escogencia del o los locales, que resulte de la nueva construcción, obra que se terminó de ejecutar a mediados del mes de diciembre de 2012 aproximadamente, tampoco hicieron entrega del inmueble o nuevo local...”*, quienes si bien, le hicieron llegar un comunicado el 19 de septiembre de 2012 en el que le ofrecieron un local a título de arrendamiento por el valor del canon en \$10.000.000, es decir, un monto muy por encima del que venía haciendo uso al momento de la transacción, teniendo en cuenta que lo acordado dejó establecido que el contrato de arrendamiento y su respectivo valor se renovarían con similares características *“a los que rigen actualmente”*, es decir, que era por \$915.000.

Primeramente mencionaremos que la responsabilidad civil contractual¹⁶, se origina en la inejecución o ejecución imperfecta de una obligación tardía convenida en un contrato¹⁷, es así que, aquella institución se sitúa en el contexto de derecho de crédito que acontece en un escenario exclusivo y limitado; se concreta entre las partes del negocio jurídico y únicamente de los perjuicios nacidos de él¹⁸; no obstante, la acción indemnizatoria para salir avante, deberá probarse la culpa además de la convención, la clase de prestación incumplida o deficientemente satisfecha, el menoscabo y el nexo causal.

¹⁶ Para Valencia Zea la *“responsabilidad civil contractual”* es inadecuada, por cuanto debería corresponder a *“responsabilidad por violación de los derechos de crédito”*, pues no solo pueden transgredirse las obligaciones surgidas en el contrato, sino también las originadas en cualquier otra fuente. VALENCIA ZEA, Derecho Civil Tomo III, de las obligaciones, Temis Bogotá, 1998, Pág. 325

¹⁷ CSJ SC 19 de febrero de 1999, Rad. 5509

¹⁸ Art. 1613 C.C.

En este caso en particular, cuando el contrato recae sobre un local comercial, debe recordarse que los artículos 518 y 520 del C. de Co., prevén los mecanismos para amparar en la medida de lo posible la estabilidad del bien mercantil y contener los despropósitos del arrendador; el comerciante ostenta dos prerrogativas entrelazadas, sucesivas y con diferente grado de protección, de las cuales la principal es, el derecho de renovación que privilegia la continuidad del goce del establecimiento y la segunda, el desahucio, para hipótesis excepcionales que buscan evitar mayores traumatismos a la actividad del empresario, al verse éste compelido a dejar el lugar donde la desarrollaba.

Dada la entrega de bien por causa de terminación legal del contrato como consecuencia del numeral 3° del mencionado canon 518 *ibidem*, la protección del establecimiento de comercio sigue teniendo vigencia a partir de la consagración de otros derechos a favor del comerciante, como son, el derecho de preferencia que establece el artículo 521 *idem*, y el indemnizatorio que reglamenta el artículo 522 *ejusdem*, y basta con que se presenten las circunstancias que la ley determina como incumplimiento de la obligación que adquirió el propietario para que nazca en favor del arrendatario el derecho a la indemnización de los perjuicios causados con el desalojo.

En ese orden de ideas, del cardumen probatorio se tiene que, mediante comunicación de 19 de septiembre de 2012¹⁹, los demandados le ofrecieron al señor Francisco Nieto Cajamarca un local comercial en arriendo ubicado en la carrera 6 No 3-50 por el valor de mensual de \$10.000.000 y el término de un año, contestándoles que en efecto se encontraba interesado en tomar nuevamente el establecimiento, siempre y cuando se dieran las mismas condiciones del anterior contrato, como había quedado estipulado en el pacto

¹⁹ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0001- fl. 25

de transacción. Sin embargo, con escrito de 28 de septiembre de 2012²⁰ los señores Pedro Eliecer Venegas Chávez, Pedro Eliecer Venegas Macías, Olga Lucía Venegas Macías y Rosa María Venegas de Zabala le manifestaron la ratificación de la oferta inicial.

Del interrogatorio rendido por Pedro Eliecer Vanegas Chávez²¹ se extrae que el señor Francisco Nieto Cajamarca pagaba la suma de \$915.000 mensuales como canon de arrendamiento y, que el local comercial fue arrendado a persona diferente, funcionando el negocio “*droguería la Economía*”, por un valor para esa fecha de \$3.000.000; lo cual, coincide con lo manifestado por Olga Lucía Venegas Macías²², quien además expresó “*No se lo ofrecí porque de pasar de un local tan pequeño a uno de esa dimensión no le podía dejar el valor que él venía pagando y al hacerle una propuesta que fueron los diez millones, él nunca me hizo una contrapropuesta para ver si llegamos a un acuerdo mutuo...*”, y añadió que el demandante cumplió con lo pactado frente a la entrega del inmueble conforme el acuerdo de 14 de julio de 2011.

Por su parte, Pedro Eliecer Vanegas Macías indicó que no asistieron a la Notaría Única de Cajicá, donde habían sido citados por parte del señor Francisco Nieto Cajamarca el 20 de noviembre de 2012, para firmar la renovación del contrato de arrendamiento, comoquiera que el mismo no había manifestado si aceptaba o no la oferta propuesta por los demandados.

Sumado a ello, se desglosa de los testimonios de Luis Augusto Villarraga Adames²³, Mario José Torres²⁴, Julio Hernán Zorrilla²⁵, Luis

²⁰ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0001- fl. 24

²¹ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0002- fl. 69

²² Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0002- fl. 72

²³ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0003- fl. 62

²⁴ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0003- fl. 63

²⁵ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0003- fl. 66

Hernando Ayala Morato²⁶, Ubaldo Enrique Amaya Martínez²⁷ la confirmación de que el demandante llevaba más de veinticinco años ejerciendo su actividad comercial en el local que entregó para ser remodelado el inmueble, donde pagaba aproximadamente \$1.000.000 por el canon de arrendamiento, siendo en la actualidad un edificio moderno y, que en el establecimiento ahora se encuentra funcionando como negocio una farmacia.

De esta manera, se tiene que los demandados incumplieron abruptamente con el vínculo negocial suscrito entre las partes, puesto que, la oferta en la que se escudan de haber preferido al demandante, consistió en ofrecer el arriendo del inmueble por valor de \$10.000.000, que de antemano sabían no atendía en lo más mínimo las condiciones ni características del contrato que los regía, lo que de suyo llevaría a obtener una respuesta negativa por parte del señor Nieto Cajamarca, para así arrendar el inmueble a otra persona, esto fue, a *“Droguería la Economía”*, mas no por ese valor, sino por \$3.000.000, lo que hace evidente que la intención de los arrendadores era no acatar el derecho de preferencia que amparaba al comerciante inquilino con quien habían transado la entrega del local, para renovar el contrato de arrendamiento, lo que consecuentemente arrastró con el incumplimiento del derecho del arrendatario a continuar con la actividad comercial que venía desarrollando aproximadamente veintisiete años atrás en ese lugar, dejando de garantizar el goce de la cosa arrendada. Más aún, cuando los locales comerciales resultantes, no tenían destinado ser la propia habitación o un establecimiento suyo del propietario, a tono con el núm. 2 del artículo 518 del C. Co.

²⁶ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0004- fl. 4

²⁷ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0004- fl. 6

Aunado a lo anterior, era obligación de los propietarios informar al comerciante sobre la fecha de entrega del local comercial con por lo menos sesenta días de anticipación, como lo determina el inciso primero del párrafo del artículo 521 del C. de Co., *“Para los efectos de este artículo, el propietario deberá informar al comerciante, por lo menos con sesenta días de anticipación, la fecha en que pueda entregar los locales, y este deberá dar aviso a aquél, con no menos de treinta días de anterioridad a dicha fecha, si ejercita o no el derecho de preferencia para el arrendamiento”*; pero, al observar la misiva de 19 de septiembre de 2012, tal exigencia no se cumplió y contrario a ello, el escrito que se le entregó al accionante, donde se le ofreció a título de arrendamiento el referido local, otorgándole al destinatario como término para que se pronuncie *“dentro de los tres días siguientes, caso contrario entendernos que no hay interés en ello”*, que confirmó la declarante Olga Lucía Venegas Macías, cuando afirmó *“yo le ofrecí primero el local a FRANCISCO NIETO, por medio de una carta escita, el local está disponible para usted con un canon de arrendamiento de 10 millones de pesos...”*, todo lo cual, denota la voluntad unilateral de la parte demandada de no haber tenido la vocación de cumplir la obligación contraída, porque, a más de no respetar el término contemplado por la norma comercial la fecha de entrega del local, le fijaron un escueto plazo bajo condiciones que en nada se asimilaron al contrato original y reconocido en la transacción, para pasar a realizar lo que efectivamente hicieron, que fue, arrendarle a otro comerciante y bajo un valor muy inferior del requerido al gestor.

Valiendo la pena resaltar que dentro del acuerdo pactado entre las partes no se desglosa avenencia alguna que vaya en contra vía de lo plasmado por el legislador frente a los artículos 518 a 523 del C. de Co., como para que el mismo no produzca efectos como lo dispone el artículo 524 de la misma obra, como lo quiere hacer ver la parte pasiva; véase que el incumplimiento

de los demandados ha sido determinado por la conducta displicente frente a sus obligaciones que van en contra de los elementos que constituyen el contrato y de las disposiciones allí pactadas.

En definitiva, ninguna duda quedó sobre la comprobación en el plenario del acuerdo de voluntades base de la acción y los términos del mismo; además, de evidenciarse la causal objeto de incumplimiento que acarrea el respectivo resarcimiento.

De ese modo, como la cláusula tercera obligó a los demandados a tener preferencia con el señor Francisco Nieto Cajamarca, se colige que el hecho de no renovarse el contrato de arrendamiento conforme a lo plasmado en el pacto de transacción, constituyó el incumplimiento contractual imputable a la parte pasiva, lo que autoriza al actor pedir a su arbitrio la resolución de contrato con indemnización de perjuicios.

Con relación al daño causado como ingrediente de la responsabilidad contractual, lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, como ²⁸“...la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal...”

Y en particular, en asuntos que guardan simetría con el que ocupa la atención de la Corporación, ha estimado la jurisprudencia que:

²⁹“En todos estos casos -dice la comisión- el propietario no está, pues, obligado a indemnizar perjuicio alguno si se niega a renovar el contrato”. A menos, agrega la Corte, que se presente alguno de los eventos que indica el artículo 522. El artículo 522 impone al propietario

²⁸ CSJ SC 6 de abril de 2001, rad 5502

²⁹ CSJ SC 29 de septiembre de 1978 M.P. José María Esguerra Samper.

del local de comercio que no le dé el destino para el cual desahució al arrendatario, la obligación de indemnizar a éste de los perjuicios que haya sufrido con motivo de la desocupación y entrega de dicho local, así como también, cuando en ese mismo caso lo arriende a un tercero o lo utilice “para establecimiento de comercio en que se desarrollen actividades similares a las que tenía el arrendatario”

De lo anterior, se concluye sin lugar a la menor duda que cuando ocurre la situación contemplada en el numeral 2 del artículo 518, el arrendatario comerciante que habría tenido derecho a la renovación del contrato, está legitimado para demandar la indemnización si en las condiciones expuestas se vio en la necesidad de desocupar el local en que tenía su establecimiento de comercio, y que el deudor de tal indemnización es el propietario que transgredió lo dispuesto en el artículo 522. Ese mismo texto indica en su segundo inciso los factores que se pueden incluir en la estimación de los perjuicios, los que, desde luego, deben ser ciertos, es decir, que verdaderamente se hayan causado al arrendatario. La fijación del monto respectivo debe hacerse con intervención de peritos como lo dispone el mismo texto legal”

Lo anterior teniendo en cuenta que el señor Francisco Nieto, como persona natural que ejerce profesionalmente el comercio de manera habitual, ostenta la calidad de comerciante de conformidad con lo previsto en el artículo 10° del C. de Co., como se ha acreditado en el devenir procesal, de modo que, ante el incumplimiento contractual mencionado, se impidió realizar la actividad mercantil que venía desarrollando, y en consecuencia al tenor del artículo 522 *ibidem*, confiere al arrendatario desalojado del local comercial, la legitimación en la causa para demandar la pretensión indemnizatoria consagrada en la referida norma³⁰, lo que desdibuja la procedencia de los reparos expuestos por los apelantes cuando aluden que el “análisis de las pruebas se realizó desde la orbita de comerciante como persona natural, y no, desde el punto de vista del establecimiento de comercio”.

Dentro del marco antes mencionado, el demandante identificó diferentes menoscabos causados por el comportamiento antijurídico, de los

³⁰ CSJ SC 29 de septiembre de 1978 M.P. José María Esguerra Samper.

cuales solicitó *“Que los citados demandados paguen a título de indemnización de los daños y perjuicios (daño emergente lucro cesante) la suma de (\$155.698.455.00) Mcte., producto de las perdidas y rebaja de ventas y reducción de ingresos económicos y patrimoniales mas los daños y perjuicios morales que serán tasados por un perito idóneo designado por el juzgado”,* que en apoyo de su comprobación se recaudaron tres dictámenes periciales, el primero de ellos aportado con la presentación de la demanda, realizado por el señor Sergio Antonio Alarcón³¹ Mora, quien con base en *“el contrato de transacción celebrado... declaraciones de renta por los años 2010 y 2011... concerté una cita previa con el Contador del actor, doctor Luis Jorge González Enciso... quien me brindó más información sobre las ventas e ingresos del Actor, al facilitarme los balances y estados de pérdidas y ganancias por los años 2010 y 2011, correspondientes al negocio del señor Francisco Nieto...”,* definió como *“DAÑO EMERGENTE”* la suma de \$155.095.425 que obedece a los *“ingresos por ventas no percibidos”* para los períodos 2012, 2013 y 2014, sin acreditar, cómo obtuvo la referida cifra, no presentó el porcentaje real de pérdida, simplemente determinó un valor de las ventas correspondientes a los años 2010 y 2011, sin tomar en cuenta y demostrar el verdadero dinero recaudado para el año 2012 exclusivamente en ganancias, resultando carente de fundamentación y huérfano de un método que justifique las conclusiones arribadas; luego, lo que debía comprobarse en realidad es, el porcentaje que se dejó de vender, el equivalente a la disminución de manera discriminada como lo adujo el *A quo* y no, los ingresos totales anuales que debieron percibirse en aquel lapso, ello teniendo en cuenta que el empresario nunca dejó ejercer su profesión como bien lo expresó en su interrogatorio, al indicar ³²*“tuve un bajón del 60% lo que yo vendía cuando estaba en la avenida a lo que hoy en día vendo donde me encuentra, ahora en la casa Carrera 7 No. 4-41 de Cajicá, la cual no es central”,* confirmado por el declarante Luis

³¹ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0001- fl. 34

³² Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0002- fl. 68

Jorge González Enciso como contador del actor cuando dilucidó ³³“si, actualmente las ventas se han bajado en un 55 o 60% con respecto a los años 2011-2012...” situación que no se tuvo en cuenta en la experticia arrimada, dejándose de lado el cumplimiento a lo preceptuado en el numeral 6° de artículo 237 del C.P.C., adicionalmente, contrario a lo plasmado en el trabajo elaborado, ello atendió más al lucro cesante que debió estudiarse y calcularse, el cual hace alusión a las ganancias dejadas de percibir y no, al daño emergente como quedó plasmado allí; motivos válidos y acogidos por esta instancia, por los cuales fue desestimado por el juzgador de primer nivel.

Ahora, se queja el demandante que hubo una inadecuada e indebida interpretación de los perjuicios causados por parte del fallador de primer nivel, frente al cálculo del valor de los daños causados, por considerar que la contraparte no *“presentó objeción al juramento estimatorio, lo cual constituye plena prueba en su tasación y al no darse estricto cumplimiento al artículo 206 del C.G.P., constituye violación de hecho frente a la escasa valoración sobre dicho aspecto”*, en ese orden, debe destacarse que la reclamación de indemnización para lo cual, se memora que el artículo 211 del C.P.C. modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, reguló inicialmente esa figura, siendo derogado por el artículo 206³⁴ del Código General del Proceso –Ley 1564 de 2012³⁵-, medio de prueba que requiere de una estimación razonada y juramentada.

Hay que decirse, que la norma en referencia no infiere que el sujeto a indemnizar impetere cualquier afirmación, sino que, el juramento estimatorio por catalogarse como un medio de prueba³⁶ debe ser razonado -fundado en

³³ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0004- fl. 1

³⁴ Norma que entró en vigencia a partir del 12 de julio de 2012 –art. 627 numeral 1º Ley 1564 de 2012-, la cual derogó el artículo 211 del C.P.C. que a su vez conllevaba la modificación que incluyó el artículo 10 de la ley 1395 de 2010 y que había entrado en vigencia el 12 de julio de 2010.

³⁵ Igualmente, referido de tal manera en los artículos 493 y 495 del C.P.C.

³⁶ CSJ. STC de 1º de agosto de 2001 exp. 1100122130002001-9050-01

razones, documentos o pruebas³⁷-, y como lo advierte el legislador, junto con la estimación en dinero del derecho demandado, conservando como equivalencia esas disposiciones que se *“hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo”*, por ende, puede ser objeto de valoración y, la simple afirmación no conlleva un reconocimiento automático.

Frente al segundo dictamen pericial³⁸, ordenado de oficio por el despacho, lo presentó el auxiliar de la justicia Luis Orlando Peña Hernández, contador público, evaluador con registro, quien mediante cuadros demostrativos discriminó el valor de las ventas, los costos, **utilidad bruta en ventas**, ingresos, utilidad bruta operacional, gastos administrativos, ingresos ocasionales, costos ingresos ocasionales, ganancia ocasional, gastos financieros, utilidad neta antes y después de impuestos, respecto de los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, indicando como *“pérdida del ejercicio, el promedio de utilidad de estos años es de \$26.803.809”*, estableciendo los porcentajes de indexación para aquellos periodos con IPC series acumuladas desde el año 2010 hasta el año 2016 con fuente del DANE, donde además, hizo un análisis de la documentación financiera certificada y firmada por el contador Luis Jorge González Enciso, declaraciones de renta de los años 2010, 2011, 2012, 2013, y 2014, estados financieros, teniendo en cuenta la aplicabilidad de las ganancias ocasionales; cuantificó año a año en especial el período de 2012, época para la cual se empezó a ver afectado el negocio a cuenta de la entrega de local comercial, los ingresos brutos, el porcentaje equivalente a la disminución en ventas, determinando como lucro cesante la suma de \$81.808.565 discriminado en *“VALOR DEJADO DE PERCIBIR-TOTAL INTERESES BANCARIOS CORRIENTES”*.

³⁷ Real Academia Española, Diccionario; Consultado en <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=qmZkiweagDXX28ZU9KY7>.

³⁸ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0004- fl. 41

Luego, mediante auto de 14 de marzo de 2016³⁹, el despacho requirió al auxiliar de la justicia para que estableciera la diferencia entre el valor de las utilidades percibidas durante los años 2012 y 2013 en relación con los años anteriores, explicara de manera clara y concreta los factores determinantes para que se hubiere originado la reducción de ventas y la razón por la que se indexó con índices del precio al consumidor del año 2016, *“si aquellos aún no se han fijado”*, experticia de la que se corrió traslado a las partes.

Consecuentemente, el perito aportó la aclaración y complementación⁴⁰, así que, nuevamente se corrió el traslado tanto del dictamen pericial como de su ampliación mediante auto de 14 de septiembre de 2016, a lo que el perito explicó mediante cuadro demostrativo *“las utilidades a precios corrientes”* durante los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014, no sobre la totalidad de los ingresos anuales, destacando que *“Se tomó como base para iniciar esta experticia en el año 2010, de ahí se comparan las **utilidades** de los demás años para determinar si hubo o no crecimiento y en qué proporción”*.

Posteriormente, el apoderado judicial de los demandados solicitó *“aclaración y complementación”*, que reiteró, posterior a ello, se realizaron actuaciones por el despacho como se avizora en autos de 11 de mayo de 2018⁴¹, 14 de septiembre de 2018⁴² y proveído de 25 de octubre de 2018⁴³ del Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, que en audiencia de 6 de marzo de 2019 declaró clausurado el debate probatorio y, el memorialista no presentó reparo alguno, al contrario, guardó silencio y mostró conformidad con lo decidido, luego, no es de recibo su manifestación cuando arguyó que no pudo objetar el dictamen, porque si bien es cierto, el numeral 1° del artículo 238 del

³⁹ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0004- fl. 57

⁴⁰ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0004 fl. 84

⁴¹ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0005- fl. 33

⁴² Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0005- fl. 37

⁴³ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0005- fl. 41

C.P.C. –aplicable para el asunto-, señalaba que *“Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclara, u objetarlos por error grave”*, en este caso, el recurrente decidió solicitar aclaración más no presentó objeción alguna, la que debió formular al mismo tiempo; de tal manera, radicaba en cabeza del abogado en representación de sus defendidos, dentro de su deber profesional, haber presentado la inconformidad que alega en el oportunidad procesal correspondiente.

Frente al tercer dictamen decretado el 5 de marzo de 2020⁴⁴, realizado por el auxiliar de la justicia Luis Francisco Suárez Alba, consultor profesional, que igualmente confundió daño emergente con lucro cesante, se basó en el valor de los ingresos reales del año 2011, y lo proyectó hacia los períodos de 2012, 2013 y 2014 *“con los índices de crecimiento del país”*, sin dilucidar de manera detallada de dónde surgieron las cifras allí plasmadas, que una vez determinadas les acumuló la actualización del IPC y los intereses moratorios tasados al 12% anual; no obstante, debido a las carencias de la pericia y la falta de solidez en sus conclusiones fueron motivos suficientes para no ser tenido en cuenta, dada la falta de fuerza demostrativa del informe.

Teniendo en cuenta lo anterior, la doctrina nos pone de presente:

⁴⁵“...el dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen. Eso es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia.

Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en

⁴⁴ Carpeta 001 Cuaderno Principal C1-Archivo 0007- fl. 15

⁴⁵ Nieva Fenoll Jordi. La Valoración de la Prueba. Marcial Pons. Pág. 292. Citado en Sentencia STC2066-2021 de 3 de marzo de 2021. Rad. 2020-00402-01

consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor...”

Consecuentemente con lo anterior, del ejercicio de valoración y ponderación realizado por la judicatura de primer nivel, de los elementos probatorios arrimados al juicio, no se desprende los yerros que se alegan frente a su apreciación, de tal manera que, partiendo del valor que arrojó el dictamen pericial realizado por el perito Luis Orlando Peña Hernández, que fue el tenido en cuenta por el *A quo*, después de haberse analizado y valorado bajo las reglas de la sana crítica, atendiendo la calidad del mismo y con fundamento en las demás pruebas que obran dentro de proceso, se determinó en “\$81.808.565, suma que tasó para el 2016... suma que no obstante se actualizará para la presente sentencia y desde entonces han transcurrido 5 años...”, por concepto de indemnización, estableciendo que el equivalente a ese valor para el año 2016 son 118.7 salarios mínimos legales mensuales vigentes, “que multiplicados por el salario actual vigente para el momento del pago o que se surta el pago quedará actualizado”; siendo esta última determinación, también objeto de controversia para la parte demandada, que manifestó que el Juez no debió convertir la condena a salarios mínimos vigentes legales, comoquiera que, “ya que la corrección monetaria o indexación es una remuneración equitativa y razonable para contrarrestar la pérdida de poder adquisitivo del dinero por la inflación, es decir, una retribución para que la prestación económica tenga un valor igual, o similar, al que tuvo en el momento en que se ejecutaron las obligaciones del respectivo negocio, que fue cuando se generó el supuesto perjuicio y no al momento del avalúo de perito el cual de por sí, fue actualizado al momento de su realización y ahora convertido a Salarios mínimos mensuales vigentes en el fallo, y que incluso, de manera errónea se le calculan intereses bancarios corrientes”, encontrándose procedente tal solicitud, comoquiera que, es imperativo realizarse una condena en concreto

como lo consagra el artículo 307 del C.P.C.⁴⁶, cuando prevé que *“La condena al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios u otra cosa semejante, se hará en la sentencia por cantidad y valor determinados. El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado...”*, (negrilla por el despacho), encontrándose el presente asunto autorizado para condenar los perjuicios en concreto.

De esa manera, se abre camino la petición invocada para indexar el valor de los perjuicios determinados en la sentencia hasta el mes de julio de 2023 que corresponde a la fecha actualizada de Índice de Precios al Consumidor del DANE, bajo la siguiente formula:

$$V_p = V_h \frac{IF}{II}; \text{ en donde:}$$

V_p es el valor presente que desea obtenerse;

V_h es el valor histórico a indexar; \$81.808.565

IF es el índice final, que se obtiene con el monto de IPC a la fecha presente o más reciente para indexar;

II es el índice inicial del IPC, desde el cual se va a indexar.

$$(\$81.808.565 \times 134,45 = 10.999.161.564,25 \div 90,33 = \$121.766.429)$$

Fecha Inicial	Fecha Final	IPC Final	IPC Inicial	Valor Inicial	Valor indexado
29-02-2016	31-07-2023	134,45	90,33	\$81.808.565	\$121.766.429

Ahora, que el extremo demandado recurrente asevere que a la suma a la que llegó el perito, debe restarse \$35.510.474 respecto de los intereses corrientes, como se dijo en líneas anteriores, era su deber objetar el dictamen dentro de la oportunidad procesal correspondiente, lo mismo que sucede

⁴⁶ Ahora 283 del C.G.P.

frente a sus reparos de que no se aportó los libros contables y que el valor del activo de la empresa Frank Fort Creaciones es mucho menor frente a los valores que se relacionaron en la demanda, censuras que debieron plantearse en la reproducción de la experticia y desde la réplica de lo demandado.

Expuso también el apoderado de los demandados, que el actor, no identificó el local comercial, ello teniendo en cuenta que el F.M.I. 176-29362 se encuentra cerrado, *“lo anterior pasando por alto a lo largo del proceso, es que el bien inmueble que se presenta en la demanda fue dividido en 2 lotes y pasaron a formar las matriculas inmobiliarias 176-126637 y 176-126638, lo anterior mediante la Escritura pública No. 510 del 01 de junio de 2012 de la Notaría única de Cajicá”*, en ese orden, si el recurrente consideraba que la demanda no satisfacía los requisitos debió formular desde un principio su inconformidad, empero, como desde un principio se tuvo ese punto conforme y por aceptado, mal puede a esta altura presentar una inconformidad sobre ese aspecto superado.

Seguidamente, es del caso advertir que a nada conduce la queja del mismo apelante cuando arguyó que, la señora Rosa María Venegas de Zabala no tuvo nada que ver frente al local comercial, debe aclararse que esa inconformidad también debió ser ventilada dentro de la oportunidad procesal correspondiente, sin embargo, no hay que perder de vista que lo que se disputa en el presente proceso es la responsabilidad civil contractual de un acuerdo de voluntades que dio origen a una relación contractual que comienza si ⁴⁷*“alguien sugiere o propone a otro la celebración del contrato, proposición a partir de la cual se discuten y consideran las diversas exigencias de las partes, las obligaciones eventuales a que daría lugar el contrato a cargo de cada una de ellas y, en fin, los distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración”*, asimismo el artículo 1602 del C.C., consagra la máxima de *pacta sunt servanda*, y en este caso, la convención

⁴⁷ CSJ SC, 8 Mar. 1995, Rad. 4473; CSJ SC, 12 ago. 2002, Rad. 6151

firmada por la señora Venegas de Zabala, denota la inconfundible voluntad de realizar el negocio.

Adicionalmente, de cara a lo planteado por el recurrente cuando aseveró que no se tuvo en cuenta el valor de las obras realizadas en el local, *“circunstancias necesarias para demostrar el porqué de la irrisoria cifra ofrecida por el arrendatario-demandante como canon de arrendamiento, y el porqué del valor solicitado por los demandados en la primera oferta sobre la totalidad del inmueble construido...”*, hay que decirse que, si bien es cierto, la tarea del juzgador en esta clase de asuntos es, corroborar los elementos del negocio objeto de controversia, así como, analizar las prestaciones acordadas en el contrato, entre otras cosas, es claro que lo discutido por el apelante no fue plasmado dentro del negocio jurídico objeto de esta acción.

En consecuencia, se **MODIFICA** el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 12 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, para en su lugar, condenar de manera solidaria a los demandados Olga Lucía Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Chávez y Rosa María Venegas de Zabala a pagar a favor de Francisco Nieto Cajamarca la suma de **\$121.766.429**; en lo demás se **confirma** la decisión por las razones expuestas en esta providencia; sin condena en costas por haber prosperado parcialmente lo recurrido por la demandada.

6. DECISIÓN

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca Sala Civil-Familia, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la parte resolutive de la sentencia de 12 de octubre de 2022, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipaquirá, por los motivos expuestos en la parte considerativa de esta providencia, y que para mayor comprensión quedará así:

“CUARTO: condenar de manera solidaria a los demandados Olga Lucía Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Macías, Pedro Eliecer Venegas Chávez y Rosa María Venegas de Zabala a pagar a favor de Francisco Nieto Cajamarca dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este fallo, la suma de ciento veintiún millones setecientos sesenta y seis mil cuatrocientos veintinueve pesos (\$121.766.429) debidamente indexados, causados desde el 1 de febrero de 2016 -trabajo pericial- hasta el 31 de julio de 2023 última fecha actualizada por el DANE, por concepto de indemnización de perjuicios”

Manteniendo **incólume** lo demás resuelto.

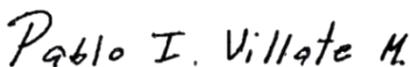
SEGUNDO: Sin condena en costas.

CUARTO: Por secretaría, **enviar** oportunamente el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ
Magistrado Ponente



PABLO IGNACIO VILLATE MONROY
Magistrado



JUAN MANUEL DUMEZ ARIAS
Magistrado