

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE  
CUNDINAMARCA  
Sala Civil – Familia

Magistrado Ponente:  
Germán Octavio Rodríguez Velásquez

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Ref: Exp. 25269-31-03-002-2019-00225-01.

Con arreglo a lo dispuesto en el decreto legislativo 806 de 2020, pasa a decidirse el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 6 de octubre del año anterior proferida por el juzgado segundo civil del circuito de Facatativá dentro del proceso verbal de la sociedad Rico S.A.S. contra la Sociedad Terminales Automotrices S.A. en Reorganización, teniendo en cuenta los siguientes,

I.- Antecedentes

La demanda pidió declarar que la sociedad demandada incumplió el contrato de arrendamiento con pacto de retroventa que celebraron el 1º de julio de 2013 y, como consecuencia, condenarla a pagar los perjuicios causados, los que estimó en la suma de \$231'186.168 de cláusula penal, \$82'736.610 a título de lucro cesante, por no haber realizado las reparaciones que le permitieran volver a arrendar el bien, y \$36'603.320 de daño emergente, por los gastos en que debió incurrir para el mantenimiento y reparación de la bodega.

Dice, al efecto, que el 1º de julio de 2013 las partes celebraron un contrato de arrendamiento respecto del inmueble ubicado en la calle 5ª # 4 - 100 del municipio de Mosquera, por un término de diez años, con vigencia a partir del 1º de agosto de 2013 y un canon de \$85'000.000

que se cancelaría de forma anticipada dentro de los cinco primeros días de cada mes, que incrementaría anualmente en una suma igual al IPC más tres puntos por los primeros cinco años de vigencia del contrato y de 2 puntos por los otros cinco, y quedando en locataria la obligación de cuidar el inmueble y asumir los daños o deterioros distintos a los derivados del uso normal o la acción del tiempo; y en caso de que no lo hiciera, la arrendadora podría reclamar judicial o extrajudicialmente el reembolso de lo pagado. A la vez, pactaron como cláusula penal una suma equivalente a dos veces el precio mensual de la renta, precisando que el *“pago de la pena no extingue la obligación principal”*, por lo que el arrendador estaría habilitado para *“pedir a la vez el pago y la indemnización de perjuicios, si es el caso”*.

Mediante auto de 12 de enero de 2016, la Superintendencia de Sociedades aceptó la solicitud de reorganización empresarial que presentó la demandada, autorizándole la terminación del contrato y concediéndole tres meses para la entrega, lo que en efecto ocurrió; sin embargo, el 24 de marzo de 2017 la arrendadora tuvo que reclamarle a la demandada por las condiciones en que se entregó el bien, pues además de que habían *“paredes con rajaduras severas producidas por el uso indebido, falta de cuidado y diligencia del arrendatario; reja de enmallado perimetral dañado y las demás condiciones de deterioro general”*, se adeudaban los cánones desde septiembre de 2015, a sabiendas de que se trataba de gastos administrativos que debían ser cubiertos obligatoriamente, situación que también puso en conocimiento de la autoridad concursal, la que aludiendo al artículo 71 de la ley 1116 de 2006, consideró que su cobro debía hacerse a través de la vía judicial; esto es, la promovida con la demanda, donde adicionalmente se reclama a la demandada por no haber cancelado los servicios públicos, cuyo pago también debió asumir.

Se opuso la demandada aduciendo que el contrato terminó por mandato de la Superintendencia de Sociedades dentro del proceso concursal de reorganización

empresarial que promovió, donde se autorizó la terminación del contrato de arrendamiento y se ordenó la entrega, que se materializó el 15 de febrero de 2017, luego de que la demandante fue requerida para el efecto por la mentada autoridad, pues se negaba a aceptar la terminación; aunque el canon y los incrementos se mantuvieron hasta el mes de agosto de 2015, a partir de septiembre, por acuerdo entre las partes, se redujo a \$50'000.000, incluido el Iva, y esa fue la suma que canceló hasta la fecha de entrega; lo atinente a la declaración de existencia de ese acuerdo que hicieron de forma verbal está ventilándose en el trámite judicial que cursa en el juzgado civil municipal de Mosquera.

Lo único que ha pretendido la demandante a lo largo de todo el trámite de reorganización es que se declare su incumplimiento para que proceda su liquidación, pues de todos los supuestos daños que cobra, en el acta de entrega solo quedó constancia de un vidrio roto que se quebró en el trasteo, el que aceptó pagar, y las rajadas en una parte de una oficina, las que allí mismo dejó constancia que no asumiría por tratarse de grietas estructurales; ha atendido y reembolsado los pagos de servicios que quedaron pendientes por la entrega de la bodega; la cláusula penal, por su parte, ya fue reclamada a través de la demanda ejecutiva que promovió ante el juzgado civil del circuito de Funza, trámite que fue incorporado al proceso de reorganización empresarial.

A cuenta de estos razonamientos, señaló que la demanda no puede tener buen recibo, incluso relativamente a los perjuicios pretendidos en ella, pues estos debieron reclamarse en los términos del artículo 21 de la ley 1116 de 2006; con todo, está dispuesta a cubrir el pago del vidrio de la entrada principal y la disposición de algunos residuos como caja fuerte y estibas, arreglos que ascienden a \$975.000 y \$8'250.000, respectivamente, ningún otro daño, porque no existió, ni tampoco los servicios públicos, porque ya reembolsó su monto; la cláusula penal ya se reclamó en el proceso ejecutivo 2015-

00557 y quedó enlistada por la Superintendencia bajo el rubro de litigiosos. Si se la condenara, el valor de ésta no podría ser superior al canon mensual que estaba vigente, lo que decidirá el juzgado civil municipal de Mosquera; de ser cierto que el bien estaba en tan malas condiciones que le impedían volver a arrendarlo, así debió expresarlo al momento de la entrega; de haber sido su estado diferente a cuando se lo entregó en arrendamiento, así lo hubiera hecho constar, sobre todo si las dos diligencias fueron atendidas por la misma persona, esto es, Juan Gabriel Garzón Fonseca; si el bien presentó deterioro, ello se debió a que la demandante lo dejó abandonado, al punto que después le saquearon las instalaciones. Como consecuencia, formuló las excepciones que denominó ‘ausencia de obligación en la demandada de indemnizar por no reclamársele la indemnización hasta antes de celebrarse el acuerdo de reorganización’, ‘cobro de lo no debido por cláusula penal ya ejecutada’ y ‘cobro de lo no debido por obligaciones inexistentes’.

A lo que replicó la demandante, señalando, en síntesis, que la habilitación para demandar la encuentra en el artículo 25 de la ley 1116 de 2006, que la cláusula penal no fue reconocida como “*una obligación cierta en el proyecto de calificación y graduación de créditos*” aprobado por el juez del concurso, y que no existe prueba que demuestre que la bodega fue entregada en óptimas condiciones.

El expediente fue remitido por el juzgado civil del circuito de Funza en cumplimiento del acuerdo CSJCUA 18-130 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura, al juzgado segundo civil del circuito de Facatativá.

La sentencia estimatoria de primera instancia, fue apelada por la demandada en recurso que, concedido en el efecto suspensivo, se apresta el Tribunal a resolver.

## II.- La sentencia apelada

A vuelta de un recuento procesal, enfatiza en la competencia que tiene para dirimir la controversia, habida cuenta que la ley 1116 de 2006 en ninguno de sus artículos impide acceder al juez natural para reclamar por el incumplimiento y el pago de perjuicios; que exista un proceso de reestructuración empresarial no significa que las obligaciones del deudor puedan dejarse de lado, como lo ha señalado la jurisprudencia; éste no riñe con la posibilidad de ejercer las acciones que prevé el estatuto civil, precisamente porque en virtud del artículo 1602 del citado ordenamiento, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, quedando el contratante cumplido autorizado para reclamar por el incumplimiento de su contraparte.

La autorización de la Superintendencia de Sociedades para entregar, pero no la exoneró de pagar los cánones de arrendamiento mientras ésta se verificaba, ni para cancelar un menor valor al pactado, lo que denota incumplimiento de su parte, especialmente cuando ya mediante sentencia de 23 de abril de 2018 el juzgado civil municipal de Mosquera dijo que no existió un acuerdo verbal con el fin de disminuir la renta.

Así, probado el incumplimiento y no habiendo mediado objeción a los perjuicios tasados bajo juramento, había de acceder al reconocimiento de las indemnizaciones pretendidas en la demanda, una por la cláusula penal, y las otras por el lucro cesante y el daño emergente, aunque descontando los \$8'739.607 que la demandada acreditó haber cancelado por servicios públicos; si bien la demandada alegó que el único daño fue el vidrio roto y que el acta de entrega dejó consignado que el inmueble estaba en buen estado, el registro fotográfico aportado es diciente en cuanto a que en el exterior de la bodega se dejaron algunos desechos y que de algunas paredes habían sido sustraídos unos bloques que debieron reemplazarse, reparaciones que se encuentran soportadas con las facturas y comprobantes de egreso correspondientes; como consecuencia, la condenó a pagar la suma de \$231'186.168

a título de cláusula penal, \$82'376.610 por lucro cesante y \$27'863.713. de daño emergente.

### III.- El recurso de apelación

Aduce que el juzgado accedió a todos los perjuicios pretendidos en el libelo incoativo considerando que no se había objetado el juramento estimatorio, lo que no es cierto, porque la contestación de la demanda se refirió a cada uno de los cobros pretendidos explicando las razones por las cuales no podía haber condena en tal sentido; el cobro de la cláusula penal no podía hacerse en los términos ordenados, porque si bien el canon mensual era de \$99'649.210, sobre el cual se causaba un Iva de \$15'943.874, dicho valor no tiene porqué quedar comprendido en la condena, pues se trata de un tributo que se le cancela al Estado y no hace parte de la pena a favor de la actora, debiendo quedar ese rubro apenas en \$199'298.420.

La condena por lucro cesante se hizo sin realizar ninguna valoración de las pruebas acerca del modo, tiempo y alcance de los daños y si en verdad ello le impedía a la demandante obtener algún lucro por el bien, como lo puso de presente al contestar la demanda, donde reiteró que el inmueble se había entregado en buenas condiciones, salvo por el vidrio roto y algunos desperdicios en la parte exterior, como ya se había dejado plasmado en el acta de entrega, algo que no impedía seguirla explotando; así que si se causaron daños, son atribuibles a la propia demandante, quien según información que dio Juan Gabriel Garzón Fonseca, dejó abandonado el bien, al punto que saquearon las instalaciones y se llevaron hasta una planta eléctrica que la demandada había dejado allí, aspecto frente al cual ninguna ponderación se hizo, como tampoco respecto de la ausencia de prueba acerca de la pérdida de alguna oportunidad de arrendarlo o lucrarse con el bien, aspecto en el que debía analizarse también que el canon era excesivo de cara a las condiciones del mercado, que fue finalmente lo que motivó la autorización que dio la

Superintendencia para terminar el contrato; cual si fuera poco, terminó incluyendo también el Iva, a sabiendas de que si se generara, debería ser para el Estado y no para la parte.

Finalmente el daño emergente tampoco mereció ninguna reflexión, pues se condenó a su pago sin prueba de él; siempre, desde la entrega, ha mostrado su disposición a reconocer los gastos que sí debe asumir, como son la reparación del vidrio y el transporte y disposición final de los residuos, lo que no pudo hacer porque la actora no aportó nunca un documento válido para ese efecto; los demás costos no son ciertos, porque la bodega fue entregada y recibida en buen estado, por lo que no puede pretenderse el pago de esos otros ítems que ascienden a \$18'900.000, cuando no hay ninguna prueba de su existencia, ni tampoco de que ella los haya causado.

### Consideraciones

La amplitud que de inicio exhibió la demandada como defensa en el proceso, donde disputábase tanto lo tocante con el incumplimiento como lo atinente a la indemnización, se ha reducido sensiblemente por cuenta de lo explanado en la apelación, pues acaso persuadida de que la terminación anticipada del contrato pudo generar unos perjuicios que debe resarcir, lo único que viene controvirtiendo ahora la demandada en su recurso, es lo concerniente a la tasación de aquéllos.

Y a este propósito debe advertirse que si la parte demandada, en términos generales, al oponerse a las súplicas de la demanda y pronunciarse sobre los argumentos fácticos contenidos ella, renegó de los perjuicios jurados estimados allí, al punto que se refirió a cada ítem y los motivos por los que consideraba que no podían reconocerse en la forma pretendida, la única conclusión posible que de ello deriva es la de que, justamente, por haber acaecido la circunstancia prevista en el artículo 206 del estatuto procesal vigente, no cabe

atenerse al juramento en dicha finalidad. Como que si el precepto establece que “[q]uien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente (...) juramento [que] hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo” (subraya la Sala), regla probatoria cuyo fin fue el de darle perentoriedad a los asuntos en que se pretenda el reconocimiento de alguno de esos conceptos, es claro que mediando pendencias del demandado acerca de esa estimación, es imposible hacer de ella prueba del monto de la indemnización pretendida.

A la verdad, aun cuando ese dictado normativo se ofrece con esos contornos, de *sindéresis* es suponer que el legislador no obra sino al compás de la lógica, y precisamente por ello fue que estableció que el juramento hará prueba de esa tasación, sólo en aquéllos eventos en que sea aceptada, tácita o expresamente, por la parte contraria, siempre y cuando quien pretenda favorecerse de sus efectos, se allane a cumplir la carga de estimarlos “razonadamente”, sin perjuicio de que el juzgador, en caso de considerarla injusta o sospechosa de fraude o colusión, adopte los correctivos del caso.

Lo que, aplicado al caso, traduce esa estimación jurada que ciertamente se hizo en la demanda, por efecto de las pendencias que explicitó la demandada exigiendo la demostración de esos perjuicios, no colmó la carga de la prueba que en hombros de la accionante terminó radicándose nuevamente en ella, pues, como bien se sabe, solo en la medida en que la estimación “*no sea objetada por la parte contraria*”, es que tiene “*un valor provisional, puesto que, si la cuantía es objetada, debe procederse a su regulación en donde le corresponde al actor la carga de la prueba de su monto*” (Cas. Civ. S.102 de 1995); y bien cabe acentuar esta consideración, porque si al dar contestación a la demanda, la convocada reclamó persistentemente sobre esa estimación de los perjuicios que traía el libelo genitor,

explicando las razones por las cuales consideraba que no podían ser reconocidos como tales, esa estimación no pudo adquirir en ningún momento esos contornos definitivos que permiten adoptarla como criterio para su cuantificación, desde luego, entonces, que no era factible para la juzgadora tener esa estimación como prueba.

Quien “afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración” (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; *negrillas fuera del texto*), de ahí que *“en ningún caso, es dable confundir el daño mismo y su comprobación, con la indemnización y la prueba de su quantum”*, porque *“una es la prueba del daño, o sea la de la lesión o menoscabo del interés jurídicamente tutelado, y otra, la prueba de su intensidad, del quantum del perjuicio”* (CSJ, SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897)” (Cas. Civ. Sent. de 17 de noviembre de 2016, exp. SC16690-2016).

Lo apropiado, en ese orden de ideas, es pasar a analizar cada uno de esos rubros que se aducen como perjuicios en la demanda y fueron reconocidos en la sentencia, para determinar qué tanto respaldo y acierto hay en esa ponderación.

Cuanto a la cláusula penal, que según los expositores “implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un ‘carácter estimativo y aproximado’, que en principio debe considerarse ‘equitativo’ (Cas. Civ. Sent. de 23 de junio de 2000; exp. 4823), es decir, aquel “negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una

*obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad” (Cas. Civ. Sent. de 23 de mayo de 1996; exp. 4607 – sublíneas ajenas al texto), no hay mucho que decir.*

Como que, estando fuera de discusión lo del incumplimiento de la demandada respecto de las obligaciones que para ella dimanaban del contrato, y no disputándose por la demandada su exigibilidad habida cuenta de los alcances de su estipulación en el contrato, es decir, en cuanto se determinó que cabría su exigibilidad al tiempo con la obligación principal, nada se opone a su reconocimiento, sobre todo si, itérase, es también una estimación que respecto de perjuicios realizaron los contratantes de forma anticipada, con expresa autorización del legislador, algo de lo que está persuadida la demandada; y tanto, que su protesta impugnaticia recae no propiamente en ese reconocimiento, sino en el procedimiento para su cálculo.

La cláusula décima sexta del contrato, celebrado el 1º de julio de 2013, estableció que el “*incumplimiento por parte del arrendatario de cualquiera de las cláusulas de este contrato, así como la evidente incursión en mora y/o falta de pago, lo constituirá en deudor de el arrendador en una suma equivalente a (2) veces el precio mensual de la renta que esté vigente en el momento de tal incumplimiento, a título de pena, que será exigible sin necesidad de requerimiento alguno y a los cuales renuncian los arrendatarios y deudores solidarios, sin perjuicios de los derechos que tiene el arrendador para hacer cesar el arrendamiento y exigir judicialmente la entrega del inmueble. Se entenderá en todo caso que el pago de la pena no extingue la obligación principal y que*

*el arrendador podrá pedir a la vez el pago y la indemnización de perjuicios, si es el caso”.*

A criterio de la recurrente, empero, al hacerse el cómputo que la estipulación exige, no puede incluirse el correspondiente impuesto sobre las ventas; planteamiento en que, bien miradas las cosas, tiene la razón. Como que si la cláusula cuarta, donde se determinó el monto de la renta, señala que el *“precio mensual del canon de arrendamiento será de ochenta y cinco millones de pesos m/l (\$85'000.000), más IVA”*, no hay que ir muy lejos para concluir que remitiéndose la cláusula penal al valor del alquiler por mensualidad, solo este concepto puede tomarse para calcularla, sin incluir el valor del Iva, pues se trata de una carga tributaria accesoria a ese valor.

Claro, el Iva es un impuesto que grava el consumo final de algunos productos y servicios en favor del Estado, que cuando de contratos de arrendamiento se trata, la *“condición de responsable del IVA se tiene respecto del impuesto generado por la realización de los hechos que dan lugar a la obligación, teniendo en cuenta las reglas de causación (E.T. art. 429) e independientemente de que el mismo haya sido efectivamente pagado o no por el sujeto económico, y de los mecanismos de pago utilizados entre este y el vendedor”* (Concepto 022002 de 15 de marzo de 2006); mas, lo que se está debiendo acá la demandada no es renta por arrendamiento, sino la cláusula penal, donde las partes establecieron simple y llanamente que ésta equivaldría a dos veces el precio mensual de la renta, obviamente que la naturaleza jurídica de uno y otro concepto basta para determinar cuándo el Iva se involucra en la operación y cuando no; esto, por supuesto, sin hacer cuenta de que ninguna alusión al pago de ese tributo se hizo en la cláusula, por lo que si aquél no puede entenderse comprendido dentro de ese concepto, es claro que la sentencia amerita enmienda en ese sentido, para excluir de ese valor de la condena el monto del impuesto.

Relativamente a los otros perjuicios, bueno es memorar que para que “*proceda la reparación (...) es preciso, según reiterada doctrina de la Corte, que se demuestre el daño .... 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)’... para condenar al pago de perjuicios, el juzgador debe tener ante sí la prueba de que el reo se los ha causado al actor, pues ellos son la sujeta materia de la condena, 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 ... (Cas. Civ., sentencia de 27 de marzo de 2003, expediente No. C-6879)’ (Cas. Civ. sentencia de 30 de noviembre de 2010, exp.11001-3103-001-1985-00134-01)” (Cas. Civ. Sent. de 28 de abril de 2011, exp. 2005-00054-01).

Dicho en otros términos, un perjuicio es indemnizable cuando, amén de ser cierto, actual y directo, está cabalmente acreditado y su causación puede endilgársele a la acción o la omisión del demandado, pues de otra manera no puede ser reconocido; de ahí que lo más acompasado con ese quehacer es que el juzgador indague rigurosamente por cuáles de esas afectaciones en verdad se causaron y, por ende, demandan su reparación.

Aquí, sin embargo, como fácil se aprecia de las pruebas con que fue abastecido el litigio, el principal escollo que afronta la demandante en su propósito de ser resarcida, está en la prueba del daño, pues probatoriamente no hay mayores elementos de juicio en el proceso que acusen en realidad ese daño y la autoría de la demandada respecto de aquéllos.

Cuanto al daño emergente, véase que fue aspecto que solventó el juzgado remitiéndose al juramento estimatorio, las fotografías aportadas y los comprobantes de pago de las reparaciones realizadas; con todo, las cosas ameritan un escrutinio mucho más consecuente con la situación dada, cual lo advierte la demandada en su apelación, desde luego que si el acta que suscribieron las partes el 15 de febrero de 2017, data en que finalmente la entrega se materializó, hizo constar que *“el inmueble se entrega totalmente desocupado, con todas sus puertas, ventanas, tomas eléctricas, pisos, baños con todos sus accesorios completos, techos en buen estado, se realizó un aseo general, con paredes limpias, posee instalación eléctrica y funcional en oficinas, en planta está con cableado desconectado. El inmueble se encuentra en buen estado y es recibido a satisfacción”*, y como observaciones sólo se dejó la existencia de *“un vidrio roto en la entrada principal de la bodega”* y *“dos paredes en las oficinas con daño de grietas aparentemente por raíces de árboles alrededor”* (folio 24 del cuaderno principal), ¿cómo podría concluir el juzgador simplemente con apego en unas fotografías, de cuya fecha no se tiene noticia, que esos daños que vinieron a ponerse de presente casi dos meses después de la entrega, realmente fueron causados por la demandada?.

A la verdad, si en ese momento la descripción de lo que se estaba recibiendo no acusa la existencia de todos esos deterioros que meses después ameritaron su reparación, es muy difícil endilgárselos a la acción u omisión de la demandada, pues lo que indican las reglas de la experiencia y de la lógica es que si el estado de conservación del bien entregado en locación era tan malo al momento de la restitución, lo mínimo que debía hacer el arrendador era dejar constancia de ello para poner a resguardo sus derechos; claro, también es perfectamente posible que ese momento de aprobación que se advierte en el acta de entrega haya pasado muy pronto al de inconformidad y rectificación. Mas existiendo ya esa atestación documental que constituye un principio de

prueba por escrito acerca de las condiciones en que la demandada restituyó el bien, la carga probatoria que le esperaba a la demandante para demostrar que esos daños son atribuibles a la falta de cuidado y diligencia de la sociedad demandada y que por ello estaba obligada a repararlos, no era cualquiera, como al parecer lo entendió, pues ningún esfuerzo hizo por despejar esa zona de la controversia, algo que se imponía, especialmente si se tiene en cuenta que de acuerdo con lo pactado en el contrato, aquélla sólo estaba obligada a realizar las reparaciones locativas para su conservación y cuidado.

Así, lo único que puede reconocerse a título de daño emergente, son los gastos en que incurrieron los demandantes para reparar el vidrio de cuya ruptura da cuenta el acta de entrega, así como la recolección, cargue, transporte y disposición final de los residuos sólidos, podas, basuras, elementos, estibas y demás que reconoció adeudar la demandada, cuyos costos ascendieron a \$975.000 y \$8'250.000 (folios 40 a 43 del cuaderno 1), para un total de \$9'225.000, suma que, actualizada a la fecha de esta sentencia, asciende a \$10'186.245, valor en que se concretará el daño emergente.

Ya en lo que toca con el lucro cesante, debe precisarse que tratándose de la *“ganancia futura, su reconocimiento como tal, depende de la alta probabilidad objetiva de que llegare a obtenerse, en el supuesto de no haber tenido ocurrencia el suceso dañino, y que, por lo mismo, no puede confundirse con el mero sueño de obtener una utilidad, que no es indemnizable, por corresponder a un daño hipotético o eventual”* (Cas. Civ. Sent. de 29 de abril de 2016, exp. SC5516-2016), pues como lo ha sostenido la doctrina jurisprudencial, el *“daño puede proyectarse hacia el futuro a condición de que haya motivos suficientes para esperar su ocurrencia; ello obedece a que la obligación actual de reparar el daño a cargo de quien es civilmente responsable debe comprender la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido o pueda sufrir la víctima que provengan de la culpa que se le*

*imputa al demandado, lo cual incluye aquellos que no se presentan de manera inmediata sino después, pero de los que existe la certeza de que sobrevendrán. (...). Otra cosa es que el perjuicio futuro pueda ser cierto, o eventual o incierto: el primero se configura si hay una probabilidad suficiente de su suceso; el segundo, si ésta no se presenta y por lo mismo puede acaecer o no; únicamente aquél puede ser objeto de resarcimiento, toda vez que justamente hay motivos valederos para prever que su llegada posterior va a afectar necesariamente el patrimonio de la víctima; por contera, no puede ser considerado como una mera expectativa” (Cas. Civ. Sent. de 10 de septiembre de 1998, rad. 5023).*

Así, nada se oponía al reconocimiento de esas “*ganancias futuras frustradas*”, pues existen “*bases objetivas para determinar su causación y cuantía*”, como que hay una explicación razonada acerca de en “*qué consistía tal ganancia, o la manera cómo iba a obtenerla*”, lo que autoriza “*evaluar el grado de probabilidad de su consecución y, con ello, que puede tenerse como un lucro cesante futuro susceptible de indemnizarse*” (sentencia SC5516 citada), ya que nada descabellado es sostener que de habersele entregado el local sin el vidrio roto y los desechos que ameritaron ese apile, recolección y transporte de aquéllos, la demandante pudo percibir un canon de arrendamiento mensual por éste, por lo que ha de admitirse, frente a ese reconocimiento la sentencia debe mantenerse.

Lo que amerita enmienda, eso sí, es el quantum de esa condena, no solo porque si la disposición de esos residuos se hizo el 25 de abril de 2017, el daño no puede calcularse hasta una fecha posterior, pues a partir de ese momento ese escollo que le impedía a la actora arrendar el bien quedó superado, sino porque en su valor nuevamente se incluyó el valor del Iva, desconociendo que tratándose de una indemnización, esa carga tributaria accesoria no tiene cabida, como ya se expuso; de modo que si al valor en que fue tasado el canon mensual se le reduce el monto del impuesto, tendríase un canon diario de

\$430.485, que multiplicado por los 70 días que transcurrieron entre la entrega de la bodega y el momento en que se realizaron las reparaciones, arrojaría un total de \$30'133.950, monto en que habrá de concretarse ese perjuicio.

Epílogo de lo expuesto es que la sentencia apelada ha de modificarse en cuanto al monto de los perjuicios materiales reconocidos; no habrá condena en costas del recurso, porque la modificación así lo autoriza.

#### IV. – Decisión

En razón y mérito de lo expuesto, 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, modifica la sentencia de fecha y procedencia preanotadas, cuya parte resolutive quedará en los siguientes términos:

Primero. - “Se declara el incumplimiento del contrato de arrendamiento con pacto de retroventa por parte de la sociedad Terminales Automotrices S.A. en Reorganización, suscrito con la sociedad Rico S.A.S.”.

Segundo. - “En consecuencia, se condena a la sociedad Terminales Automotrices S.A. en Reorganización, al pago de los 2 (dos) cánones de arrendamiento correspondientes a la cláusula 16 del contrato ‘cláusula penal’ pactada en el contrato”, que ascienden a la suma de \$199'298.420.

Tercero.- “Se condena a Terminales Automotrices S.A. en Reorganización, a pagar la indemnización de perjuicios, pactada y contenida por incumplimiento contractual pactada en la cláusula 16 del contrato de arrendamiento con pacto de retroventa que dice: *‘se entiende en todo caso que el pago de la pena no extingue la obligación principal y que el arrendador podrá pedir a la vez el pago y la indemnización de perjuicios, si*

*es el caso*”, la que se concreta en la suma de \$10’186.245 por daño emergente y \$30’133.950 de lucro cesante.

Cuarto. - “Habiendo prosperado las pretensiones, no se hace pronunciamiento sobre si (las sumas reclamadas por los conceptos señalados serán reconocidas, graduadas y pagadas como gastos de administración) dado que excede el ámbito de competencia de este juzgado”.

Quinto. - “Se declaran infundadas las excepciones denominadas ausencia de obligación de indemnizar por no reclamársele la indemnización antes de celebrarse el acuerdo de reorganización, cobro de lo no debido por cláusula penal ya ejecutada” y parcialmente probada la de “cobro de lo no debido por obligaciones inexistentes”.

Sexto. - “Se condena en costas a la parte demandada Terminales Automotrices S.A. en Reorganización. Por secretaría, liquídense incluyendo la suma de \$4’000.000 como agencias en derecho de la primera instancia de acuerdo a lo señalado en el artículo 366, numeral 4º del código general del proceso”.

Sin costas del recurso.

Oportunamente, vuelva el proceso al juzgado de origen para lo de su cargo.

Esta decisión fue discutida y aprobada en sesión virtual de la Sala Civil-Familia de 18 de febrero de 2021, según acta número 3.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

  
ORLANDO TELLO HERNÁNDEZ

*Pablo I. Villate M.*  
PABLO IGNACIO VILLATE MONROY

  
GERMÁN OCTAVIO RODRÍGUEZ VELÁSQUEZ