



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1 DE OCTUBRE DE 2021

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO, SE RECOMIENDA REVISAR DIRECTAMENTE LA PROVIDENCIA O EL VIDEO.
EL DOCUMENTO SE ENCUENTRA EN LA PÁGINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

<https://www.ramajudicial.gov.co/web/relatoria-tribunal-superior-de-bogota/44>

SALA CIVIL

ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL.	PÁG. 3 - 14
EJECUTIVO SINGULAR	PÁG. 14 - 23
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	PÁG. 23 - 31
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	PÁG. 31 - 37
DECLARATORIA DE DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN S. A.	PÁG. 37 – 42
CONTRATO DE CONCESIÓN	PÁG. 42 – 63
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	PÁG. 63 – 70
PRESCRIPCIÓN	PÁG. 70 – 75
ACCIÓN RESOLUTORIA – EFECTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA – CONGRUENCIA	PÁG. 75 - 84

SALA CIVIL

ANULACIÓN LAUDO ARBITRAL MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA RADICADO: 110012203000202000965 00

TESIS

Corolario de lo consignado, refulge diáfano que el laudo en derecho no muta en una decisión en conciencia por la simple discrepancia del extremo recurrente frente a la apreciación probatoria, inaplicación de normas sustanciales, o la interpretación de estas favorable a sus intereses, que es lo que, en últimas, formula con asidero en la causal a que se viene haciendo hincapié. Tanto más porque, se reitera, el recurso de anulación “no se encuentra instituid[o] para discutir o expresar la inconformidad que se tiene respecto de la valoración **jurídica y probatoria** que el juez arbitral realizó frente a los diferentes aspectos de la controversia sometida a su conocimiento para adoptar su decisión”. Sin que sean necesarias más disquisiciones, la anulación deprecada con fundamento en la causal 7ª no puede tener acogida, como quiera que el laudo cuestionado se profirió en derecho; y no conciencia o equidad como lo alegó el recurrente.

En todo caso, el trabajo intelectual y el razonamiento del juzgador al plantear el silogismo jurídico son aspectos que por la senda del recurso de anulación provocado no pueden ser evaluados y que, como ya se dijo, no estructuran la causal de anulación invocada. De manera que, no es menester entrar en otras disquisiciones para juzgar que esta causal al igual que la anterior deviene frustránea.

ANTECEDENTES

1. Ernesto Serrano Pinto instauró demanda arbitral en contra de los señores William Serrano Pinto, María Victoria Liévano de Serrano, Guillermo Serrano Liévano, Carolina Serrano Liévano, Martha Liliana Serrano Liévano, Serrano Liévano y Cía. S. en C., y Avidesa Mac Pollo S.A., en la que formuló como pretensiones:

1.1. En los términos del artículo 43 de la ley 1258 de 2008, se declare que los William Serrano Pinto, María Victoria Liévano de Serrano, Guillermo Serrano Liévano, Carolina Serrano Liévano, Martha Liliana Serrano Liévano, Serrano Liévano y Cía. S. en C. S.A.S., ejercieron abusivamente los derechos de voto que les corresponden en su calidad de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de esta última compañía celebrada el 16 de marzo de 2018, al aprobar la capitalización de los dividendos correspondientes al ejercicio social de 2017. 1.2. Declarar la nulidad absoluta de la decisión, adoptada con los votos de los demandados durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., celebrada el 16 de marzo de 2018, consistente en aprobar la capitalización de los dividendos correspondientes al ejercicio social de 2017.

1.2. Declarar la nulidad absoluta de la decisión, adoptada con los votos de los demandados durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., celebrada el 16 de marzo de 2018, consistente en aprobar la capitalización de los dividendos

correspondientes al ejercicio social de 2017.

1.3. Como consecuencia, se le ordene al representante legal de Avidesa Mac Pollo S.A., cancelar los títulos de acciones y efectuar las anotaciones correspondientes en el libro de accionistas de la compañía, con el fin de que se restablezca la composición accionaria vigente antes de la capitalización abusiva aprobada con los votos de los demandados.

1.4. Al tenor de lo dispuesto en los artículos 155 y 454 del Código de Comercio, se ordene el pago efectivo de dividendos por una suma total de \$4.889'544.800.00, equivalente al 70% de las utilidades repartibles de Avidesa Mac Pollo, en el ejercicio social de 2017, en proporción al porcentaje de participación de cada accionista, de acuerdo con la siguiente tabla:

Inversiones Serrano Liévano S.A.S.	0,00186%
\$90.984,15	
Martha Liliana Serrano Liévano	2,90299%
\$141.943.105,33	
Carolina Serrano Liévano	2,90299%
\$141.943.105,33	
Guillermo Ernesto Serrano Liévano	2,90299%
\$141.943.105,33	
María Victoria Liévano de Serrano	3,97357%
\$194.289.720,68	
William Serrano Pinto	40,48669%
\$1.979.615.035,03	
Inversiones Serrano Gómez S. en C.	0,00186%
\$90.984,15	
Ana Milena Serrano Gómez	1,70255%
\$83.246.880,96	
Sandra Victoria Serrano Gómez	1,70255%
\$83.246.880,96	
Ernesto Serrano Pinto	43,42194%
\$2.123.134.998,09	

1.5. En los términos del artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, se declare que William Serrano Pinto, María Victoria Liévano de Serrano, Guillermo Serrano Liévano, Carolina Serrano Liévano, Martha Liliana Serrano Liévano y Serrano Liévano y Cía. S.A.S., ejercieron abusivamente los derechos de voto que les corresponden en su calidad de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de esta última compañía celebrada el 16 de marzo de 2018, al aprobar el aumento de capital autorizado de la sociedad.

1.6. Se declare la nulidad absoluta de la decisión adoptada con los votos de los demandados durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., celebrada el 16 de marzo de 2018, consistente en aprobar un aumento del capital autorizado de la compañía.

1.7. En consecuencia, se declare la nulidad absoluta de la decisión aprobada por la junta directiva de Avidesa Mac Pollo S.A. El 28 de septiembre de 2018, consistente en aprobar un reglamento para la emisión y colocación de acciones ordinarias de la sociedad.

1.8. Como consecuencia de las anteriores pretensiones, se declare que los contratos de suscripción de acciones celebrados entre esa compañía y sus accionistas, por virtud de la emisión de acciones ordinarias de la sociedad aprobada el 28 de septiembre de 2018, no reunieron todos los elementos esenciales y, por consiguiente, son inexistentes.

1.9. Como consecuencia de lo anterior, se le ordene al representante legal de Avidesa Mac Pollo S.A., cancelar los títulos de acciones y efectuar las anotaciones correspondientes en el libro de registro de accionistas de la compañía, con el fin de que se restablezca la composición accionaria vigente antes de la aprobación del reglamento de emisión y colocación de acciones por parte de la junta directiva de Avidesa Mac Pollo S.A., durante la reunión del 28 de septiembre de 2018.

1.10. Se le ordene al representante legal de Avidesa Mac Pollo S.A., devolver a los accionistas las aportadas por virtud de la emisión y colocación de acciones aprobadas por la junta directiva de Avidesa Mac Pollo S.A., durante la reunión del 28 de septiembre de 2018, que ascienden a \$39.999'687.900, así:

Carolina Serrano Liévano	41.255
\$1.161.163.230	
Guillermo Ernesto Serrano Liévano	41.255
\$1.161.163.230	

Martha Liliana Serrano Liévano	41.255
\$1.161.163.230	
William Serrano Pinto	55.201
\$1.553.687.346	
María Victoria Liévano de Serrano	221.437
\$6'232.656.802	
Inversiones Serrano Liévano S.A.S.	355.235
\$9.998.444.310	
Inversiones Serrano Gómez S. en C.	26
\$731.796	
Ana Milena Serrano Gómez	24.195
\$680.992.470	
Sandra Victoria Serrano Gómez	24.195
\$680.992.470	
Ernesto Serrano Pinto	617.096
\$17'368.784.16	

1.11. Condenar a los demandados al pago de las costas del proceso arbitral, incluidas las agencias en derecho.

2. El pedimento arbitral se fundó en las siguientes premisas fácticas:

2.1. Avidesa Mac Pollo S.A., es una sociedad anónima constituida el 22 de mayo de 1969, mediante la Escritura Pública No. 1764 de la Notaría 3ª de Bucaramanga.

2.2. La actividad de esta sociedad se concentra en la explotación avícola, así como en la producción, importación y comercialización de alimentos para la industria agropecuaria.

2.3. En marzo de 2018, las acciones emitidas por Avidesa Mac Pollo S.A., estaban divididas en dos bloques de acciones de propiedad de las familias Serrano Liévano y Serrano Gómez, según se describe:

William Serrano Pinto	132,192	1.6%
María Victoria Liévano de Serrano	1,322,449	16.2%
Guillermo Serrano Liévano	235,573	2.9%
Carolina Serrano Liévano	235,573	2.9%
Martha Liliana Serrano Liévano	235,573	2.9%
Serrano Liévano & Cía. S. en C.	2,153,387	26.5%
Total	4,314,747	53.2%
Ernesto Serrano Pinto	3,523,618	43.4%
Ana Milena Serrano Gómez	138,159	1.7%
Sandra Serrano Gómez	138,159	1.7%
Serrano Gómez & Cía. S. en C.	151	0.002%
Total	3,800,087	46.8%

2.4. La familia Serrano Liévano es propietaria de un bloque mayoritario en el capital de Avidesa Mac Pollo S.A., mientras que los miembros de la familia Serrano Gómez son accionistas minoritarios en la compañía.

2.5. El control de la familia Serrano Liévano sobre Avidesa Mac Pollo S.A., puede apreciarse tanto en la mayoría accionaria, como en el hecho de que los miembros de esa familia ocupan los principales cargos en la administración social, tal es el caso de los señores William Serrano Pinto y Guillermo Serrano Liévano que ocupan dos de los tres escaños de la junta directiva de Avidesa Mac Pollo, así como los cargos de representante legal principal y suplente, respectivamente. Además, el señor Guillermo Serrano Liévano ha sido designado como “director de proyectos” de Avidesa Mac Pollo S.A.

2.6. Desde hace algunos años se han venido presentando diferencias agudas entre los dos bloques de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., desavenencias que han trascendido al ámbito familiar y dando origen a un conflicto societario que sirve de trasfondo a la decisión cuestionada con la demanda.

2.7. El señor Ernesto Serrano Pinto, ha formulado reiteradamente, y por lo menos desde el 2016, sendos reparos respecto de la administración de los negocios de Avidesa Mac Pollo S.A., a cargo de la familia Serrano Liévano, concretamente las decisiones adoptadas por William Serrano Pinto y Guillermo Serrano Liévano en ejercicio de sus cargos en la representación legal de dicha sociedad, particularmente en cuanto a la celebración de operaciones con personas vinculadas a la familia Serrano Liévano.

2.8. Durante la asamblea general de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., del 19 de abril de 2016, el apoderado de uno los accionistas que integran la familia Serrano Gómez puso de presente “*su perplejidad frente a las operaciones con socios, particularmente el valor de los intereses pagados por los créditos concedidos a la sociedad [...] Destacó, así mismo, los pagos de arrendamiento y honorarios a algunos de los accionistas, actos que, concluye [...] constituyen un trato preferencial*”.

2.9. En la reunión ordinaria de la asamblea general accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., celebrada el 28 de marzo de 2017 los apoderados de Ernesto Serrano Pinto formularon varios reparos sobre la frecuente celebración de operaciones entre la compañía y familiares de William Serrano Pinto y Guillermo Serrano Liévano.

2.10. En similar sentido se pronunció el apoderado del demandante en la asamblea celebrada el 16 de marzo de 2018, anotando en dicha oportunidad que “*El ritmo de distracción de recursos sociales hacia el patrimonio de los accionistas controlantes de Avidesa Mac Pollo S.A., ha crecido vertiginosamente en los últimos años ha venido acompañada de actuaciones de naturaleza opresiva en contra de los accionistas minoritarios de la compañía, incluidas ratificaciones abruptas de operaciones lesiva para el patrimonio social y capitalizaciones abusivas [...]. Con estas conductas reprochables se han venido frustrando los derechos económicos del señor Ernesto Serrano [...] en una clara expropiación perpetrada por los accionistas controladores de la sociedad*”.

2.11. Las mismas desavenencias se ven reflejadas en el acta correspondiente a la reunión extraordinaria de la asamblea general de accionistas de Avidesa Mac Pollo S.A., del 14 de noviembre de 2018, durante la cual mi poderdante insistió en su “*inconformidad ante la Asamblea por la forma como la administración en general ha venido atropellando nuestros derechos de accionistas minoritarios*”.

2.12. Los referidos cuestionamientos presentados por Ernesto Serrano Pinto evidencian pronunciadas discrepancias entre los bloques de accionistas correspondientes a las familias Serrano Liévano y Serrano Gómez. Conflicto que ha traído el quebrantamiento de las relaciones personales entre ambos grupos, así como en el funcionamiento de los diferentes órganos sociales de Avidesa Mac Pollo, que con frecuencia se han convertido en el escenario donde se ventilan dichas desazones.

2.13. Las anteriores situaciones han generado que el bloque mayoritario liderado por William Serrano Pinto y Guillermo Serrano Liévano, ha venido expropiando sistemáticamente al bloque minoritario compuesto por Ernesto Serrano Pinto y sus familiares.

2.14. La opresión ejercida sobre el grupo minoritario de Avidesa Mac Pollo S.A., se ha puesto de manifiesto en decisiones como: la indebida desviación de recursos sociales hacia el patrimonio de la familia Serrano Liévano; la celebración de contratos viciados por conflictos de interés y la fijación de honorarios exorbitantes para William Serrano Pinto y Guillermo Serrano Liévano.

2.15. El ritmo de desvío de recursos sociales hacia el patrimonio de los accionistas controladores de Avidesa Mac Pollo S.A., ha crecido vertiginosamente durante los últimos

años, pues mientras en el año 2015, los controlantes recibieron pagos por una suma aproximadamente de \$805'000.000.00, durante el 2017 les giraron recursos por casi \$5.500'000.000.00., como se muestra en el siguiente cuadro intitulado “*Recursos extraídos por los accionistas controlantes 2015 a 2017*”.

William Serrano Pinto	\$146'172.435	
	\$ 46'454.802	
María Victoria Liévano de S.	\$ 67'200.000	
	\$ 21'466.667	
Serrano Liévano S.A.S.	\$212'625.402	
	\$227'548.500	
	\$241'354.775	
Martha L. Serrano Liévano	\$180'000.000	
	\$190'809.434	
	\$203'048.864	
Guillermo Serrano Liévano	\$ 19'200.000	
	\$ 20'499.840	\$
	21'678.576	
Total	\$625'197.837	
	\$506.779.243	
	\$466'082.215	
Martha L. Serrano Liévano	\$180'000.000	
	\$180'000.000	
	\$180'000.000	
William Serrano Pinto	-	
	\$2.640'000.000	
	\$4'388.309.721	
Serrano Blanco S.A.S.	-	
	\$417'500.000	
	\$444.500.000	
Total \$	180'000.000	
	\$3.237'500.000	
	\$5'012.809.721	

2.16. El señor Ernesto Serrano Pinto ha puesto en conocimiento de las autoridades competentes las anteriores circunstancias mediante la presentación de una demanda ante la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades, orientada a controvertir la ratificación operaciones viciadas por conflictos de interés, celebradas en detrimento de los intereses de la compañía.

2.17. Mediante auto del 27 de junio de 2018, la Superintendencia de Sociedades manifestó haber “*encontrado suficientes méritos para decretar una medida cautelar [...] consistente en requerir al representante legal de Avidesa Mac Pollo., para que en el término de cinco días hábiles, allegue a este proceso un informe de todos los actos y contratos celebrados por la compañía en los que William Serrano y Guillermo Ernesto Serrano hubieran tenido un conflicto de interés*”. Orden que fue cumplida el 7 de noviembre de la misma anualidad por el representante legal suplente de la dicha sociedad, quien remitió informe en el que se

relacionan las múltiples operaciones que la compañía operaciones que la compañía ha celebrado con los accionistas controladores o personas vinculadas a ellos solo en el 2017.

2.18. En la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de la compañía celebrada el 16 de marzo de 2018, los demandados de este proceso ratificaron todas las operaciones que les permitieron extraer recursos de Avidesa Mac Pollo en el 2017.

2.19. En desarrollo de la estrategia de expropiación los accionistas controladores de Avidesa Mac Pollo S.A., aprobaron de manera precipitada y sin justificación real, la capitalización de buena parte de los dividendos decretados durante la reunión ordinaria de la asamblea general de accionistas de la compañía celebrada el 16 de marzo de 2018, a pesar que el aquí demandante como los otros accionistas minoritarios votaron en bloque en contra de tal capitalización, como quedó consignado en el acta No. 97, en la que se registraron sus votos negativos, pero no tuvieron otro remedio que aceptar el pago de dividendos en acciones liberadas de Avidesa Mac Pollo para evitar que se diluyeran su porcentaje de participación en la compañía.

2.20. No obstante su oposición el aquí demandante no tuvo más remedio que aceptar el pago de dividendos en acciones liberadas de Avidesa Mac Pollo, para evitar que se diluyera su porcentaje de participación en la compañía. Pues si el aquí actor hubiese sido el único en exigir que el pago de sus dividendos se hiciera en dinero tal como lo permite el artículo 455 del Código de Comercio, su porcentaje de participación en el capital de Avidesa Mac Pollo habría pasado de 43.4219% a 41.9592%

2.21. La referida capitalización sirvió para frustrar los derechos económicos de Ernesto Serrano Pinto y la familia Serrano Gómez, quienes se han visto forzados a renunciar al pago de dividendos en efectivo para mantener su porcentaje de participación en Avidesa Mac Pollo S.A. En el curso de la asamblea del 16 de marzo de 2018, la familia Serrano Liévano no solo aprobó la capitalización de dividendos en cuestión, sino reformó los estatutos para aumentar el capital autorizado de la sociedad anónima.

2.22. El 28 de septiembre de 2018, la junta directiva de la Avidesa Mac Pollo S.A., aprobó un reglamento de emisión y colocación bajo el cual habrán de colocarse, con sujeción al derecho de preferencia 1.421.157 acciones ordinarias de la compañía, a su valor nominal más una prima en colocación de \$27.146 por acción. Decisión aprobada con los votos de los directores designados por la familia Serrano Liévano, a pesar de las objeciones del señor

Felipe Herrera, suplente de Ernesto Serrano Gómez en la junta directiva de Avidesa Mac Pollo S.A.

2.23. De otro lado el 1° de octubre del 2018 la presentante legal suplente de Avidesa Mac Pollo S.A., remitió al aquí demandante una oferta de suscripción de acciones, junto con el reglamento aprobado por la junta directiva y el respectivo contrato de suscripción. Teniendo como objeto dicho convenio suscribir parte de las acciones en reserva que se crearon con el aumento de capital aprobado en la reunión del 16 de marzo de 2018. Pues en la cláusula 1ª establece que “[Ernesto Serrano Pinto] se obliga a suscribir y pagar 617.096 acciones ordinarias, de valor nominal de mil pesos (\$1.000), moneda corriente, cada una, junto con una prima de acciones de \$27.146, moneda corriente, por acción.

2.24. En caso de no haberse aprobado el referido aumento en el capital autorizado, Avidesa Mac Pollo S.A., no habría contado con suficientes acciones en cartera para celebrar los contratos de suscripción referenciados.

2.25. Al igual que ocurrió con la capitalización de dividendos, el demandante no tuvo más remedio que aceptar la oferta de suscripción de acciones el 24 de octubre de 2018, para evitar que se diluyera su porcentaje de participación de Avidesa Mac Pollo S.A.

2.26. De haber sido el único en rechazar la oferta de suscripción y en vista que la cláusula 14 del reglamento de emisión y colocación previó que las acciones no suscritas se adjudicarían entre los demás accionistas, el porcentaje de participación de Ernesto Serrano Pinto en el capital de Avidesa Mac pollo S.A., habría podido disminuir de 43.4225 a 37.273%

2.27. En la misma fecha que fue aceptada la aludida oferta, Ernesto Serrano consignó \$5.789.594.672 por concepto del primer pago del valor de las acciones suscritas, en los términos impuestos por la junta directiva.

2.28. El 17 de diciembre de 2018, vencía el plazo para realizar un segundo pago del valor de las acciones suscritas, igualmente por la suma de \$5.789.594.672, y el 17 de febrero de 2019, para el tercer plazo por la misma suma.

2.29. Las actuaciones descritas dan cuenta de un claro ejercicio abusivo del derecho de voto de parte de los accionistas controladores de Avidesa Mac Pollo S.A., en los términos del artículo 43 de la ley 1258 de 2008.

3. El 26 de octubre de 2018, se admitió la demanda arbitral y se dispuso correr traslado de ella. Además,

integró el contradictorio con Ana Milena Serrano Gómez, Sandra Victoria Serrano Gómez y Serrano Gómez & Cía. S. en C.

3.1. El 13 de diciembre de 2018, fue admitida la reforma de la demanda arbitral, ordenando correr traslado a los convocados ya notificados, así como aquellos litisconsortes necesarios que a esa fecha aún no se habían informados del proceso.

3.2. El 7 de febrero de 2019 fueron radicadas las contestaciones de la demanda de Serrano Liévano y Cía. S.A.S., y Avidesa Mac Pollo S.A., William Serrano Pinto, María Victoria Liévano de Serrano, Guillermo serrano Liévano.

3.3. El 28 de febrero de 2019 se notificaron en forma personal a los señores Ana Milena Serrano Gómez, Sandra Victoria Serrano Gómez y Serrano Gómez y Cía. S. en C.; personas que solicitaron fueran tenidas como litisconsortes necesarios por activa.

3.4. La sociedad Serrano Liévano y Cía. S.A.S., y los demandados William Serrano Pinto, María Victoria Liévano de Serrano, Guillermo, Martha Liliana y Carolina Serrano Liévano por intermedio de apoderados, se pronunciaron sobre los hechos de la reforma de la demanda, se opusieron a las pretensiones y formularon las excepciones de mérito que denominaron: (i) *Inexistencia de abuso del derecho - la parte que represento ejerció su derecho al voto con el genuino y legítimo convencimiento de estar actuando en el mejor interés de la Compañía.* (ii). *Los mecanismos implementados por los órganos sociales para conseguir recursos son decisiones del negocio que, al no ser infundadas ni caprichosas, deben ser respetadas por los jueces.* (iii). *Inexistencia de abuso del derecho e inexistencia de daños – la decisión cuestionada no tuvo como propósito ni efecto ocasionar un daño al demandante y los demás miembros de la familia Serrano Gómez.* (iv). *Inexistencia de abuso del derecho – la decisión cuestionada no tuvo como propósito ni efecto obtener una ventaja injustificada para Serrano Liévano S.A.S. ni los demás miembros de la familia Serrano Liévano.* (v). *No están presentes los elementos que deben acreditarse para que exista un abuso del derecho al voto por parte de los demandados. (1- Inexistencia de un conflicto societario. 2- El patrón de conducta del bloque mayoritario. 3- La justificación ofrecida para sustentar la decisión).* (vi). *Ernesto serrano actúa en contra de sus propios actos.* (vii). *La conducta de Ernesto Serrano Pinto es abusiva.* (viii). *La segunda pretensión consecuencial de la pretensión segunda pretende suplantar o reemplazar a los órganos sociales con capacidad de decisión y a los estatutos que regulan la sociedad. Falta de*

competencia del Tribunal Arbitral. (ix). Equivalencia y paridad de las decisiones sociales cuestionadas respecto de todos los accionistas de la Compañía. (x). Falta de sustento legal y fáctico para solicitar la nulidad de las decisiones cuestionadas. (xi). Inexistencia de abuso del derecho-mi representada ejerció su derecho al voto con el mejor interés de la sociedad en mente. (xii). Inexistencia de abuso del derecho-la decisión cuestionada no tuvo como propósito o efecto ocasionar un daño al demandante y los demás miembros de la familia Serrano Gómez. (xiii). Inexistencia de abuso del derecho-la decisión cuestionada no tuvo como propósito a efecto de obtener una ventaja injustificada para los accionistas mayoritarios. (xiv). En el presente asunto no están presentes los elementos que deben acreditarse para que exista un abuso del derecho al voto por parte de mi representada. (xv). En derecho, la segunda pretensión consecuencial de la pretensión segunda no resulta admisible pues con ella se pretende que el Tribunal desborde la habilitación que le fue conferida por las partes mediante la cláusula compromisoria, y no decida en derecho sino conforme a criterios netamente empresariales. (xvi). La actuación surtida por mi representada está ajustada a derecho. (xvii). Existencia de una causa debidamente justificada para tomar las decisiones que ahora se censuran. (xviii). Prevalencia del interés social sobre el exclusivo y caprichoso interés de uno o algunos de sus accionistas. (xix). Ausencia de legitimación en la causa por pasiva. (xx). Ausencia de legitimación en la causa por activa. (xxi) El inexistente conflicto societario planteado por la parte demandante no es más que la materialización de una línea de conducta abusiva ejercida por el demandante (Abuso de las minorías).

3.5. Avides Mac Pollo S.A., contestó la reforma de la demanda, refiriéndose a los hechos, oponiéndose a las pretensiones y

propuso las excepciones que tituló: (i). *Las capitalizaciones demandadas (tanto la de dividendos como la ordenada por la Junta Directiva), son necesarias para mantener una adecuada estructura financiera y garantizar el crecimiento y desarrollo de la empresa. (ii). Las capitalizaciones demandadas (tanto la de dividendos como la ordenada por la Junta Directiva), no tienen por finalidad la expropiación del Demandante y/o la expoliación de recursos sociales. (iii). Inexistencia de un “agudo” conflicto familiar que ha trascendido al ámbito societario. (iv). Inexistencia de un Plan de Expropiación del demandante y/o Expoliación de Avides Mac Pollo S.A. (v). Ni el pago de los dividendos en acciones, ni la capitalización ordenada por la Junta Directiva fueron abruptamente aprobadas. (vi). Inexistencia de perjuicios para Ernesto Serrano Pinto. (vii). Mala fe del Demandante Ernesto Serrano Pinto, Falta de Legitimación en Causa y abuso del derecho. (viii). Falta de competencia del Tribunal Arbitral para ordenar la distribución de utilidades en efectivo, y la genérica.*

4. Desarrollado el trámite propio del especial trámite arbitral, se escucharon las alegaciones de cada una de las partes y en audiencia se profirió el laudo arbitral que resolvió negar la totalidad de pretensiones de la demanda, luego de declarar probadas las excepciones de mérito propuestas por la sociedad Serrano Liévano y Cía. S.A.S., las cuales por identificarse materialmente con las excepciones formuladas por Avides Mac Pollo S.A., y enervar la totalidad de las pretensiones de la demanda formuladas contra todos los convocados, no encontró necesario hacer pronunciamiento expreso sobre las otras excepciones y finalmente condenó al demandante en costas del proceso y dispuso lo pertinente frente a los honorarios del Árbitro y Secretario del Tribunal.

EL RECURSO DE ANULACIÓN

El apoderado del convocante formuló recurso de anulación con fundamento en las causales señaladas en los numerales 7° y 9° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012; disenso que desarrolló en la siguiente estructura argumentativa.

(i). La primera causal de anulación la sustentó el quejoso en que el Tribunal de Arbitramento se desligó del alcance explícito que el legislador y los jueces le han dado a la figura del abuso del derecho de voto al ampliar a su arbitrio y sin fundamentos discernibles, los elementos de tarifa legal que deben acreditarse para que prospere una acción de esa naturaleza. Recabó que basta leer la decisión para corroborar que se desconoce la institución

jurídica contenida en el artículo 43 de la Ley 1258 de 2008, lo que incidió de manera determinante en el sentido del fallo.

(ii). La segunda causal la soportó en que la decisión vulneró de manera frontal el principio de congruencia, toda vez, que no hubo completa identidad entre los asuntos sometidos a consideración del arbitro y el contenido de su decisión, en la medida que dicha identidad se desvanece cuando el laudo omite resolver sobre las cuestiones sometidas al arbitramento.

Añade que el principio de congruencia o consonancia constituye un error *in procedendo* y no sustancial, de allí que no reprocha por la valoración probatoria, sino la pretermisión de

varias pruebas que resultaban de vital importancia para la resolución de la totalidad de las pretensiones expuestas, particularmente en el contexto de una acción por abuso del

derecho de voto, donde los indicios son, según se ha reconocido por lustros de vital importancia.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Previo a verificar el asunto en concreto, resulta de suma importancia, recordar la naturaleza jurídica y el alcance del recurso de anulación contra laudo arbitral, al ser una forma de impugnación extraordinaria contra tal providencia, enmarcada dentro del carácter excepcional, restringido y con fundamento en causales taxativas, establecidas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

2. En principio el juez del recurso no puede examinar el fondo de la decisión arbitral, porque su competencia es limitada, específica y restringida, pues las causales consagradas en la ley se refieren solo a errores de procedimiento, y no a errores sustanciales.

La jurisprudencia vernácula ha señalado, con el propósito de establecer la esencia del recurso de anulación, que su procedencia *“está restringida en gran medida y de manera particular, porque sólo es dable alegar a través de él las precisas causales que taxativamente enumera la ley, con lo que es bastante para destacar que se trata de un recurso limitado y dispositivo. Su naturaleza jurídica especial así advertida, sube más de punto si se observa que a través de aquellas no es posible obtener, stricto sensu, que la cuestión material dirimida por los árbitros pueda ser reexaminada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial que conozca de la impugnación. No se trata, pues, de un recurso para revisar o replantear lo que ya fue objeto de decisión mediante arbitramento, como que en tal caso, entre otras cosas, muy difícil quedaría desnaturalizar la teleología de acudir a ese tipo de administración de justicia. Si tal se permitiese, ciertamente en nada habrían avanzado las partes. Por el contrario, las causales de anulación del laudo miran es el aspecto procedimental del arbitraje, y están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento”*.

3. De lo anterior se colige que el Tribunal Superior no tendrá como función el estudio de fondo del asunto sometido a arbitramento como si fuera una nueva instancia, sino que su función es restringida y sólo encaminada a vigilar la legalidad del laudo, de acuerdo a unas causales taxativamente señaladas en la ley, las cuales si se presentan, y así lo declara el Tribunal, decidirá si decreta la nulidad total, o se ordena su corrección, de acuerdo al caso. Por eso la Sala no entra al estudio de la totalidad

del laudo o al fondo de su contenido, sino que se limita a verificar si existen errores ubicables en alguna de las causales de anulación.

La Corte Suprema de Justicia, en reiteradas ocasiones ha sostenido cuál es la función de este recurso, advirtiendo que sólo mira el aspecto procedimental, y así sostiene que las causales *“...están inspiradas porque los más preciados derechos de los litigantes no hayan resultado conculcados por la desviación procesal del arbitramento.”*

Igualmente se tiene, que el recurso de anulación, por esa misma restricción, no admite ser atacado con cargos que acusen la violación sustancial del derecho, ya sea vía directa o indirecta, lo que excluye por lo tanto la posibilidad de abrir un debate sobre posibles errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, siendo de tal modo más restringido que el recurso extraordinario de casación. Así ha señalado que la anulación del laudo procede exclusivamente *“...si se pronuncia invocando un pacto arbitral inválido o lo hace por fuera de los extremos que delimitan la eficacia de dicho pacto; si no define todas las cuestiones sometidas por vía convencional a la jurisdicción de los árbitros o estuviere concebido su contenido decisorio en términos tan contradictorios que sea de imposible ejecución y, por último, si se omitieron ritualidades que siendo esenciales en el desarrollo del procedimiento arbitral porque así las conceptúa la ley, para el impugnante esa inobservancia produjo indefensión en el sentido estricto que esta expresión tiene en el lenguaje jurídico...”*.

Lo anterior sin perjuicio de considerar que cuando de las causales 8ª y 9ª del artículo 41 de Ley 1563 de 2012 se trata, de resultar fundado y próspero el recurso de anulación, deba procederse a su corrección o adición por la autoridad judicial, como lo advierte el inciso primero del artículo 43 de esa misma ley, lo que implicará un examen de fondo del asunto.

4. Conservando la premisa anterior, los poderes del juez del recurso de anulación están limitadas por el principio dispositivo, conforme al cual es el recurrente quien delimita con la formulación y sustentación del recurso el objeto que con él se persigue, por lo que en efecto las causales y su sustentación deben estar contenidas en el escrito de formulación

del recurso de anulación dentro de la oportunidad legal, so pena de su rechazo.

Ahora bien, la naturaleza del recurso de anulación no da lugar a una instancia adicional en la que se pueda estudiar todo el proceso y el caudal probatorio obrante en él, dado que no entran en consideración cuestiones distintas a las atinentes a la materia que fije exclusivamente el recurrente, eso sí dentro del marco de las causales taxativamente consagradas en la ley.

Lo anterior explica de manera incontestable que el asunto litigado no puede tener sino una instancia, porque no se trata de examinar la cuestión de fondo sino la regularidad formal a través de las causales expresamente previstas habida cuenta que no se trata de un recurso de apelación, como lo ha señalado la jurisprudencia: *“Reafirmase así que el recurso de anulación no comparte esencias con el de apelación, pues como se ha dicho por la jurisprudencia de la Corte, mediante el recurso de anulación tan sólo se pueden controlar vicios de procedimiento en que pudieron incurrir los árbitros.”*

5. Preciado lo anterior y como quiera que son dos los cargos planteados, según se acaba de identificar, los que puntualizan el cometido nulitivo, se pasa a su ponderación.

6. PRIMER CARGO

Apoyado en la causal 7ª del artículo 41 de Ley 1563 de 2012, según el cual puede propiciarse el recurso de anulación por: *“Haberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”*.

6.1. Respecto de esta causal, advierte la Sala que la recurrente parte igualmente de un supuesto errado, consistente en suponer que a través de esta vía judicial resulta viable modificar las consideraciones que frente al fondo del asunto esgrimió en su decisión el Tribunal de Arbitramento, bajo el amparo de la causal séptima citada, cuya configuración, como se sabe y deviene del contenido mismo del texto que la consagra, exige que la adopción del fallo en conciencia o equidad y no en derecho, aparezca de forma clara **ostensible y palmaria**, en otras palabras, que resulte tan evidente que sea innecesario entrar a hacer elucubraciones o una auscultación minuciosa de la decisión adoptada, motivo por el cual su estructuración se predica exclusivamente de aquellos casos en que los árbitros haciendo total abstracción de los elementos de convicción incorporados y de las normas jurídicas aplicables, resuelven el litigio bajo su íntima convicción, atendiendo exclusivamente

el sentido común y la equidad, sin acudir a ninguna clase de argumentación jurídica.

En torno a esta causal, consagrada desde antes en el artículo 163 del Decreto 1818 de 1998, la jurisprudencia tiene decantado:

“(…) que si en el laudo se hace la más mínima referencia al derecho, entendido en su más amplia acepción (normas de derecho positivo, principios generales, doctrina constitucional, o jurisprudencia) es calificable como en derecho y no en conciencia. El fallo en conciencia se caracteriza porque el juez dicta la providencia sin efectuar razonamientos de orden jurídico; toma determinaciones siguiendo lo que le dicta su propia conciencia, basado o no en el principio de la equidad, de manera que bien puede identificarse con el concepto de verdad sabida y buena fe guardada”.

Y en un pronunciamiento más reciente acotó:

“El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que “esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. (...) un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. (...) la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible”.

Sobre el laudo en derecho, el Consejo de Estado ha explicado:

“(…), un laudo será en derecho cuando en su parte considerativa exponga, analice o haga referencia a cualquier disposición de naturaleza jurídica, incluido el contrato que le sirve de base a la controversia. (...) Entender que la expresión derecho positivo se reduce a las fuentes normativas – Constitución, Ley y reglamento- desconocería que el ordenamiento jurídico no se reduce a los preceptos, porque constituye un sistema que combina de manera infinita la pluralidad de sus fuentes, para producir una decisión particular. De esta manera, derecho positivo, en su acepción amplia, se refiere a las fuentes del derecho explícitas; es decir,

objetivas; es decir, existentes, bien en normas o bien en textos que forman parte del mismo derecho, como las que lo explican. Aquí se reencuentra esta noción con la que procede de manera más pura de la filosofía del derecho”.

Frente a este tema la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, evocó la distinción que entre el laudo en conciencia y el que debe proferirse en derecho puntualizó el Consejo de Estado:

“(…) El fallo en conciencia, para que configure la causal de anulación del laudo, exige que “esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo” –art. 163.6, Decreto 1818 de 1998-, de modo que en virtud de este requisito el legislador impuso una exigencia superlativa para valorarlo. Por esta razón, identificarlo no debería imponer mayores esfuerzos intelectuales, porque la ley exige que la circunstancia sea manifiesta, lo que en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua significa –según la acepción apropiada a este contexto-: “. adj. Descubierta, patente, claro”, de manera que un laudo en conciencia debe ser evidente, es decir, no admitir duda sobre su carácter. Si el laudo ofrece dudas respecto a su calidad no puede calificarse como dictado en conciencia. La Sala ya ha destacado esta nota, porque “De la simple lectura de la norma transcrita emerge que la causal se estructura cuando se presenta la circunstancia de haber fallado en conciencia y este hecho resulta patente en el laudo, esto es, sin que se requiera de mayores argumentaciones para demostrar ese acontecimiento pues es ostensible.” – Sección Tercera, Subsección C, sentencia de marzo 24 de 2011. Exp. 38.484- (...)”.

“(…) En estos términos, la ley procesal establece una especie de presunción, por cuya virtud ha de entenderse que un laudo se dicta en derecho, pero si la parte lo pone duda debe recurrir para demostrar lo contrario, cuya apreciación exige un análisis simple. Si el estudio que se requiere es complejo, si la calificación admite dudas o debates, no es posible calificar la providencia como laudo en conciencia, porque el legislador exige una evidencia protuberante del vicio, que lo haga indiscutible. Esta Sección ya lo ha destacado -sentencia del 20 de junio de 2002, exp. 20.129-: “Para que se configure la causal segunda de anulación del laudo prevista en el art. 72 de la ley 80 de 1993 es necesario que la separación de los árbitros de la aplicación de las reglas de derecho ‘aparezca manifiesta en el laudo’, y en el que se examina no se evidencia tal despropósito de los árbitros (...)”.

Por lo que (...) la acreditación del laudo en conciencia no impone -ni puede hacerlo- un estudio profundo y detallado de carácter

normativo o probatorio, sino uno externo y más superficial, sin que sea incompleto, que acredite que el laudo se dictó en conciencia sin mayores intervenciones conceptuales de fondo. Esta técnica de control al laudo, a través de esta causal, protege una elección que las partes del contrato hicieron cuando prefirieron la justicia alternativa a la natural: la decisión de única instancia. En estos términos, un laudo se dicta en conciencia cuando a prima facie, sin mayores esfuerzos de comprensión jurídica, se descubre que la decisión no se fundamenta en las normas y en el razonamiento jurídico en general, sino en la convicción íntima del juez, con independencia de las directrices y determinaciones que provienen del sistema jurídico (...)”. Y más adelante concluyó:

“(…) **En este orden de ideas, para que un fallo sea considerado en conciencia, se exige que su contenido no se haya apoyado en el derecho objetivo que regula la controversia, y que por tanto sea producto de la libre apreciación del juez, sin consideración alguna a las normas del ordenamiento jurídico, además de que el aspecto probatorio debe guardar armonía con esta idea, en tanto que el sentido de la decisión debe ser expresión de las pruebas que obran en el proceso, y su valoración según las reglas de la sana crítica (...)**” (Negrilla fuera del texto)

En esa misma línea se ha pronunciado la doctrina al precisar los límites del estudio que tiene cabida en el recurso de anulación cuando se invoca esta causal, al confrontarlo con el que se esgrime en el escenario de la casación o la apelación, por ejemplo. En ese sentido ha expuesto:

“A diferencia del recurso de apelación, este recurso extraordinario de anulación no otorga competencia para revisar el aspecto sustancial del laudo, es decir, si hubo o no errores in judicando diferentes a los que se puntualizan en las cuatro últimas causales y tampoco para revisar el aspecto probatorio, es decir, si hubo o no errores de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, limita la competencia del juzgador al examen de las causales que el recurrente invoque, mientras que el de apelación la otorga para revisar in integrum la sentencia recurrida y revocarla o modificarla en cuanto no implique violación del principio de la no reformatio in pejus”.

Disparidad que igualmente se percibe con el recurso extraordinario de casación, a través del cual se ataca la sentencia por “errores en la aplicación de la ley sustancial, tanto por vía directa, como por consecuencia indirecta de errores en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de éstas, al paso que la anulación del laudo no faculta para nada de

esto” Hernando Devis Echandía; El Proceso Civil Parte Especial, 7ª Edición 1991; Biblioteca Jurídica Dike; p. 1169.

6.2. Evaluada la configuración de la causal, siguiendo los precedentes derroteros, se observa que el Árbitro estructuró la decisión que puso fin al litigio empezando por fijar el marco jurídico: así dedicó un capítulo al tema del abuso del derecho y su reconocimiento en el derecho privado colombiano, trayendo a colación citas doctrinales y pronunciamientos sobre el tema de la jurisprudencia patria, destacó que tal figura se encuentra concebida desde la Carta Política en su artículo 95 numeral 1º, y legalmente en el artículo 830 del Código de Comercio; en el siguiente acápite abordó el Abuso del derecho y su reconocimiento en materia societaria para lo cual hizo alusión al artículo 43 de la ley 1258 de 2008, el artículo 252 de la ley 1450 de 2011 y el artículo 24 de la ley 1564 de 2012; a continuación dedicó su análisis a los requisitos del abuso del derecho de voto consagrados en el artículo 43 de la ley 1258 de 2008, y con base en esas directrices normativas acometió el estudio del caso concreto para verificar la concurrencia de tales exigencias.

Atendiendo los argumentos del convocante quien erigió sus aspiraciones en una serie de indicios, los auscultó con detalle en el material probatorio acopiado, resaltó que se habían otorgado todas las oportunidades e incluso se distribuyó la carga de la prueba para que los demandados agregaran la documentación que en su poder tenían.

Destacó que debía partirse del supuesto de seguridad legal, que desprendió del artículo 188 del Estatuto Mercantil, conforme al cual los accionistas mayoritarios pueden tomar decisiones validas y obligatorias que sólo serán cuestionables y viciadas de ilegalidad si en ellas hay una clara e inequívoca intención de lesionar al minoritario; y en todo caso, quien alega el abuso debe probarlo.

Indubitable es, que el laudo arbitral se erigió en una sólida y extensa aplicación de las normas que dentro del ordenamiento jurídico nacional regulan la situación propuesta por el convocante; e igualmente con asidero en la jurisprudencia, principios generales del derecho y doctrina aplicable al caso, referentes al abuso del derecho, en particular del derecho al voto en materia societaria, cuya configuración escudriñó en un exhaustivo justiprecio de los elementos de convicción que forman parte del acervo probatorio, evaluación realizada de acuerdo con las reglas de la sana crítica y teniendo en cuenta en esa libre apreciación de la prueba las reglas de la experiencia, la lógica y la ciencia.

De allí que emerge infundado el desconocimiento del carácter jurídico o en derecho de la providencia que propone el recurrente, sólo porque sobrevino desfavorable a sus intereses de la recurrente, pues está visto que fue el resultado del análisis, valoración y apreciación jurídica que efectuó el árbitro, lo que desprovee a la decisión de la connotación de fallo en conciencia.

Corolario de lo consignado, refulge diáfano que el laudo en derecho no muta en una decisión en conciencia por la simple discrepancia del extremo recurrente frente a la apreciación probatoria, inaplicación de normas sustanciales, o la interpretación de estas favorable a sus intereses, que es lo que, en últimas, formula con asidero en la causal a que se viene haciendo hincapié. Tanto más porque, se reitera, el recurso de anulación “*no se encuentra instituid[o] para discutir o expresar la inconformidad que se tiene respecto de la valoración **jurídica y probatoria** que el juez arbitral realizó frente a los diferentes aspectos de la controversia sometida a su conocimiento para adoptar su decisión*”.

Sin que sean necesarias más disquisiciones, la anulación deprecada con fundamento en la causal 7ª no puede tener acogida, como quiera que el laudo cuestionado se profirió en derecho; y no conciencia o equidad como lo alegó el recurrente.

7. SEGUNDO CARGO

El otro motivo de nulidad esgrimido se apoya en la causal 9ª del artículo 41 de Ley 1563 de 2012, que se configura al “*Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento.*”

7.1. Sobre esta causal a la Sala le incumbe examinar el acato del principio de congruencia, que se verifica con la resolutive del laudo, por tanto, el juez del recurso de anulación debe establecer si la parte resolutive de la decisión concedió más de lo pedido (*ultrapetita*) o cosa distinta de lo reclamado (*extrapetita*), u omitió decidir sobre alguna petición o excepción (*citra petita*), sólo en jurisprudencia ha expuesto:

“El principio de congruencia del laudo garantiza la correspondencia entre lo pedido y lo decidido por el Tribunal de arbitramento; que la decisión proferida por el Tribunal se ajuste a la materia arbitral enunciada por las partes, puesto que son ellas quienes de manera expresa señalan los límites dentro de los cuales los árbitros pueden actuar válidamente. Si los

árbitros hacen extensivo su poder jurisdiccional transitorio, a temas exógenos a los queridos por las partes, atentarán contra este principio, puesto que estarán decidiendo por fuera del concreto tema arbitral.

Ha señalado la jurisprudencia que la incongruencia de las providencias judiciales, para efectos del recurso extraordinario de anulación, tiene ocurrencia cuando se presenta alguna de las siguientes hipótesis:

– Cuando el laudo decide más allá de lo pedido, *ultra petita*.

– Cuando en el laudo se decide sobre puntos no sometidos a litigio, *extra petita*.

– Cuando el laudo omite pronunciarse sobre alguna de las pretensiones contenidas en la convocatoria del Tribunal de Arbitramento o sobre las excepciones propuestas por el demandado, *citra petita*. (...) La congruencia de las providencias judiciales busca entonces, mediante el proceso comparativo entre la relación jurídico-procesal y lo resuelto por el fallador, *inconsonancia que sólo se da en presencia de una cualquiera de las hipótesis ya referidas que reflejen la carencia de la debida armonía entre las pretensiones y oposiciones y la decisión arbitral*”.

7.2. El cimiento del cargo lo erige el recurrente en que el árbitro pretermitió “*pronunciarse sobre indicios explícitamente sometidos a su consideración en el transcurso del trámite arbitral*”, indicios que en litigios societarios relativos al abuso del derecho de voto es innegable, y de los que resaltó la destinación de una porción de utilidades para acrecentar la reserva legal por encima de los límites legales; la modificación intempestiva de la propuesta de capitalización de dividendos para disminuir el precio de suscripción por debajo del valor intrínseco de las acciones; la falta de consideración y estudio de otras fuentes de financiación distintas a las decisiones cuestionadas, las nuevas justificaciones estratégicas que jamás se plantearon discutieron o consideraron previamente para la toma de las decisiones controvertidas, y la naturaleza intempestiva de las decisiones como indicio de la intención lesiva. En sentir del recurrente el árbitro omitió varias pruebas que resultaban de vital importancia para resolver las pretensiones, por lo que además de incongruente el fallo es incompleto.

Alegación que ciertamente no tiene que ver con el motivo nulitivo esgrimido, en razón a que el quejoso apunta que se omitió valorar una serie de indicios que propuso en el debate, mientras que como quedó anotado esta causal se materializa cuando en la sentencia se concede más de lo pedido (*ultrapetita*) o cosa distinta de lo reclamado (*extrapetita*), o se omite decidir sobre alguna pretensión o excepción (*citra petita*). Circunstancias que no se evidencian en el laudo, en donde claramente se hizo

pronunciamiento sobre lo peticionado y la defensa, hallando fundadas las excepciones propuestas por los convocados que enervaron la totalidad del *petitum* formulado por el convocante.

Además, en el laudo el árbitro se detuvo a analizar los indicios propuestos, páginas 37 y siguientes de la providencia, dedicando especial atención en “*verificar si los móviles correspondieron o no a un acto caprichoso, premeditado e infundado de perjudicar a ERNESTO SERRANO PINTO, basándose en un agudo conflicto familiar, en decisiones tomadas de manera intempestiva y desinformada, con el objetivo de procurarles una ventaja ilegítima a los convocados accionistas mayoritarios*”.

Como ya se refirió en acápite precedente, el panel arbitral advirtió que debía partirse de un supuesto de seguridad legal de que los accionistas mayoritarios pueden tomar decisiones válidas que obligan a todos los socios, pues resultaría desproporcionado someter a aquellos a dar explicaciones que satisfagan la voluntad y criterio de razonabilidad de los accionistas minoritarios, por lo que si alguno aducía el abuso del derecho al voto debía probarlo.

A partir del numeral 5.2. consignó un análisis ponderado de los medios de prueba acopiados, se refirió al alegado “*agudo conflicto familiar*” destacando que el mismo convocante Ernesto Serrano confesó que se trataba de “*una diferencia de apreciación sobre los negocios*” y transcribió apartes de sus respuestas al interrogatorio de parte formulado y evaluó el testimonio de Omar Galán de cuya intervención también resaltó transcribiendo sus manifestaciones.

En el numeral 5.3. se ocupó del análisis crítico del argumento referido a la “*toma de decisiones de forma intempestiva y sin mayores explicaciones y la intención de causar daño a algunos de los accionistas*”; así, se refirió a las actas aportadas por el convocante para señalar que desde febrero de 2005 “*existían diferencias sobre la distribución de utilidades*” y que desde esa época el señor Ernesto Serrano observó “*un patrón de conducta*” que se concentró “*en la cuantía del reparto de utilidades, pero no hay manifestación en contra del propósito de obtener recursos para invertir en planta y equipos para el crecimiento de la compañía*” y que incluso con “*su voto y sin salvedades*” se autorizó destinar parte de las utilidades a ese fin; anotó que en el acta de asamblea general de abril de 2016 el presidente de la reunión reiteró que era necesario hacer unas inversiones importantes para ampliar el mercado “*y por lo tanto requiere que incrementen las reservas de la*

compañía”, y luego de un receso para estudiar la propuesta y otras consideraciones se propuso “que se destinaran a la reserva de inversiones de la sociedad y capital de trabajo la suma \$15.085’838.215, lo cual se aprobó por unanimidad”, el juzgador se refirió al documento fechado 28 de marzo de 2017 en el que el señor Ernesto Serrano reclamó a la sociedad “la necesidad de contar con planes y proyectos que permitan la consolidación y proyección de la sociedad para atender el futuro por venir; de manera expresa manifiesta no solo que conoce las necesidades de inversión, la destinación de dineros para las mismas, sino que las exige en su documento; estas pruebas evidencias que el convocante desde esa época era consciente de la necesidades (sic) de inversión”, a lo que aunó el análisis de actas de junta directiva realizadas en 2017 y 2018 en las que se presentaron proyectos de reparto de utilidades “en donde se presentaron como consideraciones las necesidades de inversión”; probanzas de las que el árbitro coligió que el tema se había planteado, era conocido y las propuestas socializadas, y aunque el aquí convocante no estuviere de acuerdo, era consciente de la necesidad de invertir por lo que no podía decirse que el proyecto de inversión del 2018 “eran una sorpresa o una excusa para forzar una capitalización de la empresa”.

Luego, para lo que aquí concierne refulge que en el laudo se estudio ampliamente el tema de las decisiones intempestivas que como indicios planteó el demandante, igualmente escudriñó el tópico de las diferentes propuestas acerca del reparto y destinación de utilidades, a la luz del

caudal probatorio, cosa distinta es que el árbitro concluyera que “*si existían razones y proyecciones previas a la decisión de capitalización, que estas eran lo suficientemente serias y fundamentadas, aunque no estuviesen presentadas como el convocante lo hubiese querido*”; sin que pueda cuestionarse la hermenéutica utilizada, ni demeritarse o calificarse de omisivo el fallo sólo porque el examen se hizo en conjunto y de manera concomitante, cuando precisamente los indicios de esa manera deben apreciarse; ni tampoco, porque no acogió la apreciación que hizo quien los propuso.

En todo caso, el trabajo intelectual y el razonamiento del juzgador al plantear el silogismo jurídico, son aspectos que por la senda del recurso de anulación provocado no pueden ser evaluados y que, como ya se dijo, no estructuran la causal de anulación invocada.

De manera que, no es menester entrar en otras disquisiciones para juzgar que esta causal al igual que la anterior deviene frustránea.

8. En consecuencia, como no prospera ninguna de las causales en que se soportó el recurso de anulación interpuesto por la convocada, es imperioso declarar infundado el mismo e imponer condena en costas al recurrente, las que fija la Magistrada Sustanciadora en cuantía equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo establecido en el numeral 9º del artículo 5º del Acuerdo PSAA16-10554 del Consejo Superior de la Judicatura.

PROCESO EJECUTIVO
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 11001310301220180033704

TESIS

DESCRIPTORES: Título complejo

La anfibología sobre la naturaleza del espacio dado en tenencia desvirtúa el contrato pues, ciertamente el arrendador ‘concedió’ el goce de una cosa afectada exclusivamente a un uso común, de la que conforme a la normativa de la propiedad horizontal de un lado, son copropietarios los dueños de las unidades de vivienda privada, y de otro, su uso y goce es común.

En suma, en el documento exhibido como base del recaudo no confluyen los requisitos de claridad y expresividad indispensables para que califique de título ejecutivo, lo que enerva las pretensiones del demandante; lo que resulta suficiente para descartar las inconformidades del apelante.

ANTECEDENTES

1. Inversiones Ocala S.A.S., a través de apoderado judicial, instauró demanda ejecutiva contra el Edificio Platino PH, a fin de que se librara orden de pago por las siguientes cantidades y conceptos según la reforma de la

demanda:

#	VALOR	CONCEPTO		
1	\$8’762.219.00	Saldo	canon	de

arrendamiento de junio de 2017			
2	\$11'410.893.00	Canon	de
arrendamiento de julio de 2017			
3	\$11'410.893.00	Canon	de
arrendamiento de agosto de 2017			
4	\$11'410.893.00	Canon	de
arrendamiento de septiembre de 2017			
5	\$11'410.893.00	Canon	de
arrendamiento de octubre de 2017			
6	\$11'410.893.00	Canon	de
arrendamiento de noviembre de 2017			
7	\$11'410.893.00	Canon	de
arrendamiento de diciembre de 2017			
8	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de enero de 2018			
9	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de febrero de 2018			
10	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de marzo de 2018			
11	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de abril de 2018			
12	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de mayo de 2018			
13	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de julio de 2018			
14	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de agosto de 2018			
15	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de septiembre de 2018			
16	\$11'877.598.00	Canon	de
arrendamiento de octubre de 2018			

Así mismo pidió se expidiera la orden de pago por los cánones de arrendamiento que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda; \$18'684.750.00, por concepto de cláusula penal y adicionalmente, por los intereses moratorios sobre las anteriores sumas de dinero a la tasa máxima legal permitida, desde que cada uno de los conceptos se hizo exigible y hasta que se verifique su pago total.

2. Como soporte del *petitum*, se expusieron los hechos que se sintetizan como sigue:

2.1. Inversiones Ocala SAS como arrendadora y el Edificio Platino P.H., como arrendatario, celebraron un contrato de arrendamiento el 22 de diciembre de 2014, sobre el bien ubicado en la Calle 93 No. 19B-31 de esta urbe, predio con matrícula inmobiliaria 50C-1892685, y que se encuentra denominado en el reglamento de propiedad horizontal como “*área de servicio a la vivienda*”.

2.2. Se pactó en la cláusula cuarta del contrato como canon de arrendamiento inicial la suma de \$8'750.000.00, más IVA.

2.3. Se acordó en la estipulación quinta del convenio que, la mensualidad se incrementaría cada doce meses en un porcentaje equivalente al índice de precios al consumidor, motivo por el cual al momento de la reforma la renta mensual del mes enero de 2018, asciende a

\$11'877.598.00, incluyendo IVA y descontando la retención en la fuente correspondiente.

2.4. Como cláusula penal se concertó que era el duplo del canon de arrendamiento en que se incurrió en cualquiera de las disposiciones del contrato, incluyendo el retardo de las mensualidades, como aparece en la condición décima primera.

2.5. La parte demandada no ha cancelado el canon de arrendamiento a partir del mes de junio de 2017, junto con sus incrementos, a pesar de los requerimientos que le ha hecho la parte demandante.

3. El Juzgado 12 Civil del Circuito de Bogotá, el 20 de junio de 2018, libró la orden de pago en la forma solicitada y dispuso su notificación a la demandada.

4. El Edificio Platino – Propiedad Horizontal se notificó por intermedio de su representante legal y oportunamente acudió al proceso: hizo pronunciamiento sobre los hechos, se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito.

5. El 5 de octubre de 2018, la parte actora reformó la demanda excluyendo y modificando algunas pretensiones, así como algunos hechos, y adicionaron la solicitud de pruebas.

5.1. El 8 de noviembre de 2018, el juzgado de conocimiento libró la orden de pago en la forma solicitada en la reforma y ordenó notificar dicho proveído por estado.

5.2. La parte demandada contestó los hechos de la reforma, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de mérito que denominó: (i) “*Falta de legitimación en la causa por activa*”, (ii) “*Buena fe del demandado Edificio Platino*”, (iii) “*Ilegalidad del contrato Base de la Ejecución e Ilegitimidad de la demandante*”, (iv) “*Objeto y causa ilícita del contrato de arrendamiento base de ejecución*”, (v) “*Contrato de arrendamiento de local comercial no identifica plenamente el bien arrendado*”, (vi) “*Cobro de lo no debido*”, (vii) “*Falta de requisito contractual para exigir el cobro*”, y (viii) “*Regulación y pérdida de interés moratorio*”.

6. Surtidas las etapas procesales pertinentes, se dictó sentencia escrita en la que se resolvió: Declarar probada la excepción de “*Ilegalidad del contrato base de la ejecución*”, por lo que decretó la terminación del proceso; negó la tacha de imparcialidad propuesta por el apoderado de la parte actora respecto del testigo Oscar Paredes; ordenó el levantamiento de las medidas cautelares, y condenó en perjuicios y costas a la parte actora.

LA APELACIÓN

Como sustento de su inconformidad la parte demandante planteó que en la sentencia se hizo una indebida interpretación y calificación del bien privado denominado unidad para el servicio de la vivienda, pues calificó el bien privado entregado en tenencia como un bien de uso común, pues ni en la matrícula inmobiliaria No. 50C- 1892685, ni el reglamento de propiedad contenido en la Escritura Pública No. 2216 del 23 de septiembre de 2013, de la Notaría 77 de Bogotá se califica como bien común.

Añadió que el *a quo* se confundió al revisar el concepto de la Curaduría, en razón, que al entregarse en arrendamiento la unidad para los fines de que trata el reglamento y la prestación de los servicios complementarios a la vivienda, se está dando cumplimiento a lo dispuesto en el reglamento en consonancia con el referido concepto.

Por lo que finiquita que en ejercicio de la libertad y autonomía contractual y al no estar prohibido por la ley, el bien privado puede estar destinado única y exclusivamente a la prestación de servicios a favor de los copropietarios y usuarios del edificio, por disposición del reglamento de copropiedad, como sucedió en el presente caso, sin que con ello pierda la calidad de bien privado y se convierta en forma automática en bien común.

El segundo reparo lo fincó en que se desconoció el bien privado y la propiedad privada, que se encuentra garantizada en el artículo 58 de la Constitución Política.

Anotó que el reglamento de propiedad horizontal tiene su fundamento en el cuadro de áreas y en los planos de propiedad horizontal aprobados en la licencia de construcción y sus modificaciones; en ellos se determinan los bienes comunes y los privados con sus coeficientes, por lo que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a los bienes privados les asigna su matrícula inmobiliaria independiente.

Recalca que en el reglamento de copropiedad del Edificio Platino en forma reiterada precisa que la unidad denominada “*para servicio a la vivienda*” es un bien privado, determinándolo como tal en los actos administrativos que concedieron la licencia de construcción, de conformidad con los planos aportados y el cuadro de áreas que sirvieron de sustento a tal acto.

Agregó que la última modificación del reglamento de copropiedad, redactada y aprobada por la misma comunidad, dispone en el artículo 26 que se ocupa de los coeficientes

de copropiedad y contribución a las expensas comunes que la unidad para servicio de vivienda, tiene un coeficiente del 2.173% y como tal debe contribuir a las expensas comunes y necesarias en un 100%, salvo que cumpliera el requisito contenido en ese mismo artículo. Además, que la Ley 675 de 2001, en su capítulo V exige la identificación de los bienes privados o de dominio particular y el capítulo VI el alcance y naturaleza de los bienes comunes. Normas que de carácter público fueron desconocidas en la sentencia.

Acotó que en el artículo 19 del Capítulo VI, inciso final, del reglamento de la copropiedad, se dispone una explotación económica de la unidad privada para prestación de servicio a la vivienda ubicada en el primer piso a favor del propietario a título oneroso. Por tanto, dicho aprovechamiento para beneficio de los residentes está autorizado en el reglamento de copropiedad vigente, deviniendo de allí el contrato de arrendamiento objeto de las pretensiones de la demanda, para beneficio exclusivo de los copropietarios, residentes y/o visitantes del edificio, buscando las mejores condiciones y calidad de vida para ellos.

El tercer reparo lo fundó en la presunción de legalidad de los actos administrativos como son la licencia de construcción y la matrícula inmobiliaria, como lo establece el artículo 88 del Código Procesal Administrativo y Código Administrativo. Conforme a ello, el reglamento de copropiedad y la unidad privada destinada al servicio de la vivienda son producto y consecuencia de la licencia de construcción, y sus modificaciones, actos proferidos por los respectivos curadores urbanos y por tanto gozan de la presunción de legalidad, al igual que el acto administrativo expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos Zona Centro que da origen a la matrícula inmobiliaria No. 50C-1892685, del bien privado.

Criticó la sentencia por desconocer la existencia y efectos jurídicos de los citados actos, al cuestionar la legalidad y validez del reglamento para no pagar por el uso de bienes que son privados, cuya renta está autorizada en el mismo reglamento, con lo que se viola el derecho a la propiedad y los derechos de terceros.

Recalcó que el bien privado con matrícula inmobiliaria No. 50C-1892685 es sujeto de varios tributos como quedó acreditado en el expediente. Diferente a los bienes de uso común que según el artículo 19 de la Ley 675 de 2001, no pueden ser objeto de impuesto alguno, en forma separada.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, el apoderado sustentó el recurso

radicando un escrito igual al presentado ante el juez de primer grado.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo sobre el recurso de apelación propiciado contra la sentencia que en primera instancia se expidió.

2. Preliminarmente advierte la Sala de Decisión que la competencia del Superior se circunscribe a examinar los concretos reproches señalados por el apelante ante la primera instancia y sustentados en esta sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012, “sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio” conforme lo autoriza el último de los preceptos citados.

3. En asuntos como el que concita la atención de la Sala, debe destacarse que al momento de proferir sentencia, el Juez se encuentra obligado a establecer si los documentos que soportan la ejecución satisfacen los requisitos establecidos en el artículo 422 de la ley 1564 de 2012, o si de acuerdo a una norma especial, tienen la capacidad de soportar el cobro forzado de la obligación, motivo por el cual era deber del juzgador ocuparse del tema incluso antes de entrar a analizar las defensas planteadas por la demandada.

Sobre el particular, de antaño la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia precisó que “la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se profieran en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal; por lo tanto, no funda la falta de competencia la discrepancia que pueda surgir entre la liminar orden de pago y la sentencia que, con posterioridad, decida no llevar adelante la ejecución por reputar que en el título aportado para la misma no militan las condiciones pedidas por el artículo 488 del C. de P.C.” I. (Subrayado fuera de texto).

Derrotero que tiene vigencia actualmente, máxime si atendemos lo consignado en la sentencia STC 3298-2019 (expediente No. 250021230020190001801), en la que la Corte Suprema de Justicia señaló:

“3. Esta Corte ha insistido en la pertinencia y necesidad de examinar los títulos ejecutivos en los fallos, incluidos los de segundo grado, pues, se memora, los jueces tienen dentro de sus deberes, escrutar los presupuestos de los documentos ejecutivos, “potestad-deber” que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso.

Sobre lo advertido, esta Corporación esgrimió:

“(…) [R]elativamente a específicos asuntos como el auscultado, al contrario de lo argüido por la (…) quejosa, sí es dable a los juzgadores bajo la égida del Código de Procedimiento Civil, y así también de acuerdo con el Código General del Proceso, volver, ex officio, sobre la revisión del título ejecutivo a la hora de dictar sentencia (…).”

“(…)”.

“Y es que sobre el particular de la revisión oficiosa del título ejecutivo esta Sala precisó, en CSJ STC18432-2016, 15 dic. 2016, rad. 2016-00440-01, lo siguiente:

“Los funcionarios judiciales han de vigilar que al interior de las actuaciones procesales perennemente se denote que los diversos litigios, teleológicamente, lo que buscan es dar prevalencia al derecho sustancial que en cada caso se disputa (artículos 228 de la Constitución Política y 11 del Código General del Proceso); por supuesto, ello comporta que a los juzgadores, como directores del proceso, legalmente les asiste toda una serie de potestades, aun oficiosas, para que las actuaciones que emprendan atiendan la anotada finalidad, mismas que corresponde observarlas desde la panorámica propia de la estructura que constituye el sistema jurídico, mas no desde la óptica restringida derivada de interpretar y aplicar cada aparte del articulado de manera aislada (…).”

“Entre ellas, y en lo que atañe con el control que oficiosamente ha de realizarse sobre el título ejecutivo que se presenta ante la jurisdicción en pro de soportar los diferentes recaudos, ha de predicarse que si bien el precepto 430 del Código General del Proceso estipula, en uno de sus segmentos, en concreto en su inciso segundo, que «[l]os requisitos formales del título ejecutivo sólo podrán discutirse mediante recurso de reposición

contra el mandamiento ejecutivo. No se admitirá ninguna controversia sobre los requisitos del título que no haya sido planteada por medio de dicho recurso. En consecuencia, los defectos formales del título ejecutivo no podrán reconocerse o declararse por el juez en la sentencia o en el auto que ordene seguir adelante la ejecución, según fuere el caso», lo cierto es que ese fragmento también debe armonizarse con otros que obran en esa misma regla, así como también con otras normas que hacen parte del entramado legal, verbigracia, con los cánones 4º, 11, 42-2º y 430 inciso 1º ejúsdem, amén del mandato constitucional enantes aludido (...).

“Por ende, mal puede olvidarse que así como el legislador estipuló lo ut supra preceptuado, asimismo en la última de las citadas regulaciones, puntualmente en su inciso primero, determinó que «[p]resentada la demanda acompañada de documento que preste mérito ejecutivo, el juez librará mandamiento ordenando al demandado que cumpla la obligación en la forma pedida, si fuere procedente, o en la que aquel considere legal» (...).

“De ese modo las cosas, todo juzgador, no cabe duda, está habilitado para volver a estudiar, incluso ex officio y sin límite en cuanto atañe con ese preciso tópico, el título que se presenta como soporte del recaudo, pues tal proceder ha de adelantarlo tanto al analizar, por vía de impugnación, la orden de apremio impartida cuando la misma es de ese modo rebatida, como también a la hora de emitir el fallo con que finiquite lo atañero con ese escrutinio judicial, en tanto que ese es el primer aspecto relativamente al cual se ha de pronunciar la jurisdicción, ya sea a través del juez a quo, ora por el ad quem (...).”

4. Obsérvese que una obligación para ser cobrada en proceso ejecutivo tiene que estar cabalmente determinada en el título, esto es, cuando no hay duda de la prestación específica a cargo del deudor, o por lo menos es determinable por una simple operación aritmética (artículo 430 de la ley procesal civil en vigor).

Establece el artículo 422 ídem:

“Artículo 422. Título ejecutivo. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía

aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley. La confesión hecha en el curso de un proceso no constituye título ejecutivo, pero sí la que conste en el interrogatorio previsto en el artículo 184.

Precepto del cual se establece que el demandante debe exhibir una unidad documental que “provenga del deudor” demandado con valor de plena prueba contra él y que sea contentiva de una obligación expresa, clara y exigible, que tenga pleno valor probatorio en su contra.

Al efecto, debe precisarse: que la obligación sea **expresa**, significa que del respectivo título debe emerger con nitidez, que ciertamente el cumplimiento de la prestación corresponda al ejecutado, bien porque la haya aceptado en el respectivo documento, se le haya impuesto en la sentencia o providencia que se ejecuta o porque innegablemente haya confesado su obligación en el interrogatorio de parte extraprocesal.

La **claridad**, que como requisito sustancial del título, no es otra cosa sino que la obligación sea fácilmente entendible y que aparezcan inequívocamente señalados los elementos que componen la respectiva prestación, esto es, que sin necesidad de elaboradas disquisiciones, o diligenciamientos probatorios se pueda determinar: la prestación debida, la persona llamada a honrarla; el titular o acreedor de ésta y, por último, la forma o modalidad de cumplimiento de la obligación.

Como es sabido, la obligación es **exigible** cuando puede cobrarse, solicitarse o demandar su cumplimiento del deudor; la exigibilidad, dice Hernando Morales Molina (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial) “consiste en que no haya condición suspensiva ni plazos pendientes que hagan eventuales o suspendan sus efectos, pues en tal caso sería prematuro solicitar su cumplimiento”. En otras palabras: “La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición, o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada”.

Cuando el título ejecutivo por sí mismo no da cuenta de tales exigencias, se requiere la integración de otros documentos que den certeza al Juez de la procedencia de la ejecución, en lo que se conoce como título ejecutivo complejo; y es que el título ejecutivo no siempre corresponde a una unidad física, pues un acertado criterio es consultar su unidad jurídica, pudiendo existir la integración del mismo a partir de varios documentos a modo de título compuesto o complejo, véase que la

reunión de múltiples documentos que permiten cumplir los requisitos legalmente establecidos para integrar la prueba de una obligación insatisfecha, es lo que se denomina un **título ejecutivo complejo**: “(...) hoy es comúnmente admitido que la unidad del título ejecutivo no consiste en un único documento, sino que en conjunto demuestran la existencia de una obligación que se reviste de esas características(...)”.

5. En el sub lite, se solicita la ejecución de unas sumas de dinero, correspondientes a cánones de arrendamiento que se dicen causados a favor del demandante y a cargo de la copropiedad demandada, por un área o zona que física y jurídicamente hace parte de ésta y para la cual se previó en el reglamento de propiedad horizontal una destinación específica y peculiar “*área de servicio a la vivienda*”.

6. Siendo el documento exhibido un contrato de arrendamiento, pertinente es memorar que el artículo 1973 del Código Civil, define ese negocio así: “*El arrendamiento es un contrato en que las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado*”.

Así mismo, el artículo 1974 de la misma codificación expone las cosas que pueden ser objeto de arrendamiento, anotando: “*Son susceptibles de arrendamiento todas las cosas corporales o incorporales, que pueden usarse sin consumirse; excepto aquellas que la ley prohíbe arrendar, y los derechos estrictamente personales, como los de habitación y uso.- Puede arrendarse aún la cosa ajena, y el arrendatario de buena fe tendrá acción de saneamiento contra el arrendador, en caso de evicción*”.

Y en el artículo 2º de la Ley 820 de 2003, fue definido así:

“El contrato de arrendamiento de vivienda urbana es aquel por el cual dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de un inmueble urbano destinado a vivienda, total o parcialmente, y la otra a pagar por este goce un precio determinado.

a) *Servicios, cosas o usos conexos. Se entienden como servicios, cosas o usos conexos, los servicios públicos domiciliarios y todos los demás inherentes al goce del inmueble y a la satisfacción de las necesidades propias de la habitación en el mismo;*

b) *Servicios, cosas o usos adicionales. Se entienden como servicios, cosas o usos adicionales los suministrados eventualmente por el arrendador no inherentes al goce del inmueble. En el contrato de arrendamiento de*

vivienda urbana, las partes podrán pactar la inclusión o no de servicios, cosas o usos adicionales.

En ningún caso, el precio del arrendamiento de servicios, cosas o usos adicionales podrá exceder de un cincuenta por ciento (50%) del precio del arrendamiento del respectivo inmueble”.

La citada ley en el artículo 4º, explica la clasificación de estos contratos, señalando:

“Los contratos de arrendamiento de vivienda urbana se clasifican de la siguiente forma, cualquiera que sea la estipulación al respecto:

a) *Individual. Siempre que una o varias personas naturales reciban para su albergue o el de su familia, o el de terceros, cuando se trate de personas jurídicas, un inmueble con o sin servicios, cosas o usos adicionales;*

b) *Mancomunado. Cuando dos o más personas naturales reciben el goce de un inmueble o parte de él y se comprometen solidariamente al pago de su precio;*

c) *Compartido. Cuando verse sobre el goce de una parte no independiente del inmueble que se arrienda, sobre el que se comparte el goce del resto del inmueble o parte de él con el arrendador o con otros arrendatarios;*

d) *De pensión. Cuando verse sobre parte de un inmueble que no sea independiente, e incluya necesariamente servicios, cosas o usos adicionales y se pacte por un término inferior a un (1) año. En este caso, el contrato podrá darse por terminado antes del vencimiento del plazo por cualquiera de las partes previo aviso de diez (10) días, sin indemnización alguna.*

PARÁGRAFO 1o. *Entiéndese como parte de un inmueble, cualquier porción del mismo que no sea independiente y que por sí sola no constituya una unidad de vivienda en la forma como la definen las normas que rigen la propiedad horizontal o separada.*

PARÁGRAFO 2o. *El Gobierno Nacional reglamentará las condiciones particulares a las que deberán sujetarse los arrendamientos de que tratan los literales c) y d) del presente artículo”.*

7. De otro lado, la Ley 675 de 2001, por medio de la cual se expide el régimen de propiedad horizontal, en su artículo 1º, define el objeto de la misma:

“La presente ley regula la forma especial de dominio, denominada propiedad horizontal, en la que concurren derechos de propiedad exclusiva sobre bienes privados y derechos de copropiedad sobre el terreno y los demás bienes comunes, con el fin de garantizar la seguridad y la convivencia pacífica en los inmuebles sometidos a ella, así como la función

social de la propiedad”.

En su artículo 19 regula lo concerniente a la naturaleza y alcance de los bienes comunes, disponiendo:

“Los bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos.

El derecho sobre estos bienes será ejercido en la forma prevista en la presente ley y en el respectivo reglamento de propiedad horizontal.

PARÁGRAFO 1o. Tendrán la calidad de comunes no solo los bienes indicados de manera expresa en el reglamento, sino todos aquellos señalados como tales en los planos aprobados con la licencia de construcción, o en el documento que haga sus veces.

PARÁGRAFO 2o. Sin perjuicio de la disposición según la cual los bienes comunes son inajenables en forma separada de los bienes de propiedad privada o particular, los reglamentos de propiedad horizontal de los edificios o conjuntos podrán autorizar la explotación económica de bienes comunes, siempre y cuando esta autorización no se extienda a la realización de negocios jurídicos que den lugar a la transferencia del derecho de dominio de los mismos. La explotación autorizada se ubicará de tal forma que no impida la circulación por las zonas comunes, no afecte la estructura de la edificación, ni contravenga disposiciones urbanísticas ni ambientales. Las contraprestaciones económicas así obtenidas serán para el beneficio común de la copropiedad y se destinarán al pago de expensas comunes del edificio o conjunto, o a los gastos de inversión, según lo decida la asamblea general”.

8. En el presente caso, se aportó como título ejecutivo el documento que ostenta la denominación de “CONTRATO DE ARRENDAMIENTO COMERCIAL”, pacto celebrado entre Inversiones Ocala S.A.S como arrendador y el Edificio Platino como arrendatario, quien obró a través de quien fuera su administradora Johana Díaz Martínez en el que se plasmó como objeto: “...*EL ARRENDADOR entrega al ARRENDATARIO en arrendamiento el bien inmueble denominado en el reglamento de propiedad*

horizontal AREA DE SERVICIO A LA VIVIENDA, la cual hace parte del mismo Edificio, tiene un área construida de 196.57 m2 y un área privada de 183.27 M2, cuyos linderos especiales constan en el reglamento de propiedad horizontal del referido EDIFICIO PLATINO” (folios 2-6 cuaderno 1).

En la cláusula segunda se indica que la dirección y linderos generales del inmueble arrendado es la “Calle 93No. 19 B – 17/31/45 de Bogotá (...) *EL AREA DE SERVICIO A LA VIVIENDA, hace parte integrante del EDIFICIO PLATINO, y se encuentra ubicado en el Lobby o primer piso del Edificio”.* Por su parte en la estipulación tercera se señaló que la destinación de la zona arrendada: “*EL ARRENDATARIO se compromete a destinar los bienes dados en tenencia exclusivamente para el servicio de los propietarios y usuarios del EDIFICIO PLATINO”.*

Y en la cláusula cuarta se estipuló: “*PRECIO DEL ARRENDAMIENTO: OCHO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL PESOS (\$8’750.000.00) M/CTE, mensuales más IVA, pagaderos dentro de los cinco (5) primeros días de cada período mensual por anticipado, previa presentación de la cuenta de cobro correspondiente por parte de EL ARRENDADOR. Este contrato es título ejecutivo suficiente para el cobro del precio del arrendamiento PARÁGRAFO 1.-EL ARRENDATARIO deberá consignar a EL ARRENDADOR la suma correspondiente en la cuenta corriente del _____ a favor de INVERSIONES OCALA S.A.S. NIT 900.392.674-1”*

8.1. Sobre el documento esgrimido lo primero que debe resaltarse es que se calificó de contrato de arrendamiento comercial, pese a que el predio “*hace parte integrante del EDIFICIO PLATINO, y se encuentra ubicado en el Lobby o primer piso del Edificio”*, cuyo uso es exclusivamente residencial.

De otro lado, de la ubicación del área dada en tenencia surge enseguida la incertidumbre acerca de su naturaleza dentro de la copropiedad, temática que es el eje toral de la disputa, pues los copropietarios de las unidades privadas de vivienda aducen que esa zona hace parte del equipamiento comunal, esto es, se trata de una zona común.

Y es que el origen del “*Área de Servicio a la Vivienda”*, se remonta a la Licencia de Construcción No. LC-11-41378, del 22 de septiembre de 2011, por medio de la cual se autorizó obra nueva a desarrollar en la Calle 93 No. 19B45 /31/17 predio con matrícula inmobiliaria No. 050C-251215, 050C389267 y 050C-843743. Dentro de la cual en las características básicas del proyecto se indicó

que su uso era “Vivienda Multifamiliar”. Además, en las precisiones se expresó que: “EL PRIMER PISO ESTA DESTINADO EN SU TOTALIDAD A EQUIPAMIENTO COMUNAL EXCLUSIVO DE LA VIVIENDA” (Folio 201 cuaderno 1)

Igualmente, en la primera modificación de esa licencia expedida el 17 de mayo de 2013, “CONSISTENTE EN LA MODIFICACIÓN INTERNA DE LA EDIFICACIÓN APROBADA PARA OBTENER OCHENTA Y DOS (82) UNIDADES DE VIVIENDA (NO VIS) CIENTO QUINCE (115) ESTACIONAMIENTOS PRIVADOS Y VEINTISIETE (27) PARA VISITANTES TRES (3) DE LOS CUALES HABILITADOS PARA PERSONAS CON MOVILIDAD REDUCIDA...”. Acto que nuevamente en las características básicas del proyecto indica que su uso es “Vivienda Multifamiliar”. Así mismo, en las precisiones expresa que: “EL PRIMER PISO ESTA DESTINADO EN SU TOTALIDAD A EQUIPAMIENTO COMUNAL EXCLUSIVO DE LA VIVIENDA” (Folio 202 cuaderno 1).

Posteriormente se aprobó otra modificación de la licencia, el 22 de septiembre de 2013, que resolvió: “OTORGAR LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN (VIGENTE) Y APROBACIÓN DE LOS PLANOS DE PROPIEDAD HORIZONTAL QUE CONSISTE EN MODIFICACIONES INTERNAS DE LA EDIFICACIÓN SIN ALTERAR LA VOLUMETRIA APROBADA EN GESTIONES ANTERIORES. ASÍ MISMO SE APRUEBAN LOS PLANOS DE ALINDERAMIENTO Y CUADRO DE ÁREAS PARA SER SOMETIDOS A REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL PARA UNA EDIFICACION DE OCHO (8) PISOS Y DOS (2) SOTANOS PARA DESTINARLA A OCHENTA Y DOS (82) UNIDADES DE VIVIENDA (NO VIS) CIENTO QUINCE (115) ESTACIONAMIENTOS PRIVADOS Y VEINTISIETE (27) PARA VISITANTES”. Pronunciamento que reitera como característica del proyecto que su uso específico es “VIVIENDA MULTIFAMILIAR NO VIS”, y teniendo como precisiones “EL PRIMER PISO SE DESTINA A EQUIPAMIENTO COMUNAL Y SERVICIO DE VIVIENDA” y “SE APRUEBAN LOS PLANOS DE ALINDERAMIENTO Y CUADRO DE AREAS PARA SOMETER EL PROYECTO AL REGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL DE CONFORMIDAD CON LA LEY 675 DE 2001” (Folio 203 cuaderno 1).

También en el curso del proceso se aportó la Escritura Pública No. 2216 del 23 de septiembre de 2013 corrida en la Notaria 77 de Bogotá, por medio de la cual se realizó el

englobe de tres terrenos y se constituyó el reglamento de propiedad horizontal, interviniendo en dicho acto Acción Sociedad Fiduciaria S.A., como vocera del patrimonio autónomo del Fideicomiso PARQUEO PLATINO, y el Fideicomitente Inversiones Ocala S.A.S. Dentro de las generalidades del Reglamento de Propiedad Horizontal “Edificio Club Platino - Bogotá”, se consignó que:

“...Estará conformado por 82 apartamentos, 115 parqueaderos privados (incluyendo 1 en duplicador), entre los cuales se cuentan tres garajes para discapacitados, 27 garajes de visitantes (11 con duplicador y 5 sencillos, que incluyen 1 para discapacitados), 87 depósitos comunes de uso exclusivo y área privada para servicios a las viviendas (masaje, spa, baños, bar, centro de bienestar, sala de entretenimiento niños, oficina de administración con cocineta y depósito administrativo, que servirá para atender el minimarket. Esta localizado en la Calle 93 No. 19B-17/31/45 de la actual nomenclatura de Bogotá.

Además, del bien privado mencionado con destinación al uso común, en los siguientes bienes comunes se desarrollarán actividades para complementar el uso principal de vivienda: las salas de juegos, piscina climatizada, gimnasio, salón, múltiple con bodega, sala de lectura, cuarto de meditación, plazoleta, oficina director de actividades, cuatro (4) salones múltiples, jardines, terraza” (Subrayado fuera del texto)

Seguidamente en el numeral 2° que se refiere al objeto y alcance del acto se indica: “El presente Reglamento tiene como objeto principal el sometimiento del EDIFICIO CLUB PLATINO BOGOTÁ a las disposiciones de la Ley 675 DE 2001”. Y en la parte final del numeral 3° acerca de la obligatoriedad del referido reglamento se dice: “En virtud de sometimiento del EDIFICIO CLUB PLATINO-BOGOTÁ A LA LEY 675 de 2001 se distinguen dos clases de bienes: (a) Unidades Privadas o de dominio particular; (b) bienes Comunes de propiedad, uso y goce de todos los propietarios, de acuerdo con la regulación especial que se hace en este mismo reglamento”.

Inmediatamente, en el numeral 4° se relacionaron los documentos protocolizados para efectos del reglamento, así: “Los documentos tales como cuadro de áreas planos arquitectónicos y de propiedad horizontal, y las Licencias de Construcción No. L.C.11-41378 del 22 de septiembre de 2011, y las resoluciones número MLC-11-4-1378 con fecha 11 de septiembre del 2013, mediante la cual se aprobaron los planos de propiedad horizontal y cuadro de áreas privadas y

comunes, actos expedidos por la Curaduría Urbana No. 4 de Bogotá, modificada el 17 de mayo de 2013 en la Curaduría Urbana No 3 de Bogotá y nuevamente modificada por la Licencia No. 13-3-1500 el 9 de septiembre de 2013 en la Curaduría Urbana No. 3 de Bogotá D.C., forman integrante de la constitución del edificio en el régimen de propiedad horizontal y en sus bases jurídicas. Se tendrán en cuenta en todos los aspectos relacionados con los documentos técnicos y jurídicos formalizados con este mismo acto”.

Por otro lado, en el artículo 108 del reglamento que se viene mencionado, se hace la descripción de las unidades privadas, registrando en la parte pertinente, lo siguiente: *“SERVICIO A LA VIVIENDA: Hace parte del Edificio “PLATINO” – PROPIEDAD HORIZONTAL. Tiene su acceso por la Calle noventa y tres (93) número diecinueve B-dieciséiete / treinta y uno /cuarenta y cinco (19B-17/31/45). Su área construida es de ciento noventa y seis punto cincuenta y siete metros cuadrados (196.57M2). Su área privada interna es de ciento ochenta y tres punto veintisiete metros cuadrados (183.27 M2), sus linderos, muros y columnas comunes de por medio son: (...) LINDEROS VERTICALES: NADIR: Placa común al medio con el primer nivel de parqueos. CENIT: Placa común al medio con el segundo (2º) piso. DEPENDENCIAS: Masaje. Spa. baños. Centro de bienestar. bar. Sala de entretenimiento para niños, departamento administrativo, oficina de administración, cocineta”. (Folios 262 a 372 cuaderno I, y I a 36 Tomo II cuaderno I)*

Si bien ese reglamento fue reformado mediante la Escritura Pública 0379 del 12 de febrero de 2015, ninguna modificación se introdujo al tema que aquí se examina, persistiendo la ambigüedad (Folios 37 a 89 Tomo II cuaderno I).

Del material relacionado se destaca que la Unidad para Servicio a la Vivienda, comprende las dependencias destinadas a *“masaje. /spa, baños, bar, centro de bienestar, sala de entretenimiento para niños, oficina de administración, cocineta y deposito administrativo que servirá que servirá un minimarket”*. Bien que según el reglamento se encuentra catalogado como área privada, con un coeficiente del 2.173 y matrícula inmobiliaria No. 50C-1892685 (folios 272 vuelto y 273 del Tomo II y cuaderno I), importante es aquí anotar que según dicho certificado de libertad y tradición la titularidad del derecho de dominio la ostenta el patrimonio autónomo Fideicomiso Parqueo Platino, del que es vocera Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (folios 235 vuelto y 236 del cuaderno I); y si bien es cierto la entrega en tenencia por

arrendamiento no requiere que la haga el dueño, no lo es menos que para el presente caso resulta de especial importancia determinar a que título lo hizo la demandante, sin que pueda aceptarse su argumento de haberlo recibido en comodato, pues la certificación en ese sentido expedida por la fiduciaria hace alusión a la celebración de ese negocio pero respecto de los predios con matrículas 50C251215, 50C339267, 50C343743, que no corresponden al área de servicio a la vivienda, ni tampoco a la matrícula con base en la cual la de ésta se abrió.

9. Conforme a lo anterior, indiscutido aparece que dicha área hace parte del mismo Edificio Platino, que tiene una exclusiva y restringida destinación “al uso común” contando entre sus dependencias “departamento administrativo, oficina de administración”; sin embargo, el aquí demandante Inversiones Ocala S.A.S., quien igualmente fungió como promotor del proyecto se arrogó los derechos sobre dicha área, y la usufructúa mediante la figura del arrendamiento, cuando dicho espacio ésta destinado a prestar los servicios de las personas de la tercera edad que adquieren cada una de las unidades de vivienda privadas que conforman la copropiedad y copropietarios de las zonas comunes, conducta que desnaturaliza la calidad de Fideicomitente con que actuó al momento de constituir el reglamento de propiedad horizontal del Edificio Club Platino – Bogotá.

La anfibología sobre la naturaleza del espacio dado en tenencia, desvirtúa el contrato pues, ciertamente el arrendador ‘concedió’ el goce de una cosa afectada exclusivamente a un uso común, de la que conforme a la normativa de la propiedad horizontal de un lado, son copropietarios los dueños de las unidades de vivienda privada, y de otro, su uso y goce es común.

10. Por otra parte, resaltando que el extremo ejecutante sólo arrió como base del recaudo, el aludido contrato de arrendamiento comercial, que aparece a folios 2-6 del cuaderno I; tal solitario documento no constituye título ejecutivo de las obligaciones pretendidas, como quiera que según sus estipulaciones:

(i) el precio de la renta se pagará dentro de los 5 primeros días de cada período mensual **“previa presentación de la cuenta de cobro correspondiente por parte de. EL ARRENDADOR”**, cuentas que no fueron arriadas con el libelo introductorio; y cuya ausencia no puede excusarse simplemente con la afirmación propia de que *“Mi representada si ha intentado presentar las cuentas correspondientes a la demandada y es precisamente el Edificio sin justificación*

alguna, quien ha dado instrucciones a sus empleados y dependientes que no reciban la correspondencia que remite mi poderdante”; lo que significa que las cuentas no fueron presentadas, sin que exista prueba del obrar malintencionado que se achaca a la demandada.

(ii) El precio inicial de la renta mensual dice el contrato sería de \$8'750.000, más IVA, que se incrementaría anualmente atendiendo el IPC, aplicado éste a aquella cifra año a año, no encuentra correspondencia con los montos reclamados, y al respecto en la reforma de la demanda sólo se dijo que “en la actualidad el precio del arriendo del mes de enero de 2018 equivale a la suma de \$11'877.598, incluyendo

IVA y descontándose la retención en la fuente correspondiente”.

11. En suma, en el documento exhibido como base del recaudo no confluyen los requisitos de claridad y expresividad indispensables para que califique de título ejecutivo, lo que enerva las pretensiones del demandante; lo que resulta suficiente para descartar las inconformidades del apelante.

12. Corolario de lo así explicado y por las razones aquí consignadas se confirmará la sentencia cuestionada, y se condenará en costas a la parte apelante a voces del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – CONSTRUCCIÓN OBRA
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103011201400678 01.**

TESIS

Dentro del contexto analizado, los reproches del recurrente carecen de la contundencia para enervar el fallo de primer grado, pues como ha quedado evidenciado ningún medio probatorio de los aportados logra acreditar fehacientemente que los daños que pretende la parte demandante sean resarcidos tuvieron su origen en la nueva obra.

ANTECEDENTES

1. La señora Hilda Rodríguez de Riaño, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de los señores Germán Díaz Rodríguez y Jeannette Blanco Cordero, en la que formuló las siguientes pretensiones:

1.1. Se declare la responsabilidad civil extracontractual de manera solidaria de los señores Germán Díaz Rodríguez y Jeannette Blanco Cordero, por los daños y perjuicios de todo orden, presentes y futuros ocasionados al predio de propiedad de la demandante.

1.2. Se declare que los daños causados al predio de la demandante Hilda Rodríguez de Riaño tuvieron su origen y causa directa en la construcción de las obras del tercer nivel en el inmueble de los demandados sin el previo reforzamiento estructural del muro de 21.5 metros lineales que sirve de lindero común a los predios.

1.3. En consecuencia, se condene a los demandados a pagar la totalidad de los daños y perjuicios en favor de la demandante Hilda Rodríguez de Riaño, las siguientes cantidades y conceptos:

1.3.1. Lucro cesante: \$64'200.300,00, correspondiente al costo de las obras que se deben realizar para reforzar la estructura del

muro común que sirve de lindero a los predios, en 21.5 metros lineales. Más los intereses moratorios sobre la anterior suma desde la presentación de la demanda y hasta que se haga real y efectivo el pago, liquidados conforme a las tasas certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

\$9'620.030,00, equivalentes al 15% de la anterior suma de dinero, por concepto de póliza de seguros para garantizar la calidad y estabilidad de la obra (reparación y/o reforzamiento estructural) del muro común que sirve de lindero a los predios en 21.5 metros lineales.

\$84'013.250,00, equivalente al 20% del valor comercial del predio de la demandante avaluado en la suma de \$420'066.250,00, por efecto de la depreciación y demás daños y perjuicios ocasionados a la estructura del inmueble. Más los intereses moratorios sobre la anterior suma desde la presentación de la demanda y hasta que se haga real y efectivo el pago, liquidados conforme a las tasas certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia.

1.3.2. Daño Emergente.

• \$616.000,00, cantidad sufragada por la parte actora por concepto del costo del informe

técnico relacionado con los daños causados y la mano de obra a ejecutar, rendido el 15 de agosto de 2014 por el ingeniero Marco Aurelio Farfán Chaparro. Más los intereses moratorios sobre la anterior suma, liquidados desde el 27 de junio de 2014 y hasta la fecha de la sentencia.

- \$616.000,00, cantidad sufragada por la parte actora por concepto del costo del informe del avalúo comercial del inmueble de la demandante elaborado el 4 de julio de 2014, por la evaluadora María Bibiana Bahos Clavijo. Más los réditos moratorios sobre la anterior suma, liquidados desde el 25 de junio de 2014 y hasta la fecha de la sentencia.

- \$2'464.000,00, por concepto de la presentación de la demanda, monto cancelado al apoderado por efecto del contrato de prestación de servicios y de mandato para la representación judicial. Más los intereses moratorios sobre la anterior suma, liquidados desde el 7 de junio de 2014 y hasta la fecha de la sentencia.

- \$12'000.000,00, correspondiente a 6 meses de cánones de arrendamiento a razón de \$2'000.000,00, cada uno, equivalente al tiempo que la familia de la demandante debe desalojar el inmueble para realizar las obras de reforzamiento estructural.

- \$2'000.000,00, por el costo de las mudanzas de los bienes muebles y enseres de ida y regreso que deben sufragar los demandantes por el tiempo de duración de la obra.

1.3.3. Los perjuicios que resulten probados sean debidamente indexados y actualizados tal como lo ordena el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

1.4. Se condene a los demandados por las costas y agencias del proceso.

2. Como soporte fáctico del *petitum* expuso la actora:

2.1. La señora Hilda Rodríguez de Riaño es propietaria del predio ubicado en la Carrera 71 D No. 6B – 22 de la ciudad de Bogotá, al que corresponde la matrícula inmobiliaria No. 50C-112322, desde hace mas de 14 años; inmueble que desde 1965 y hasta la fecha de la demanda ha servido de residencia de la familia Riaño – Rodríguez, integrada por Carlos Adolfo y Andrés Riaño Rodríguez y la demandante.

2.2. El predio de la actora es colindante por el costado norte con el de propiedad de los señores Germán Díaz Rodríguez y Jeannette Blanco Cordero con nomenclatura carrera 71 D No. 6b-30 y que se identifica con la matrícula No. 50C-308194.

2.3. Los inmuebles referidos comparten un lindero común de 21.5 metros de longitud; y hacen parte del desarrollo urbanístico de viviendas tipo unifamiliar denominado Urbanización “Ciudad Techo” integrado por 16 casas de 2 niveles.

2.4. Las casas están conformadas por una estructura monolítica, es decir, que funcionan como una sola construcción y sus muros de colindancia son compartidos.

2.5. El sistema estructural de los citados inmuebles está integrado por una cimentación en concreto ciclópeo (concreto y piedra), muros de carga, placa de entepiso y la placa de cubierta, en el cual la cimentación soporta los muros de carga y estos a su vez soportan las cargas aplicadas a través de la placa de entepiso y la placa de cubierta.

2.6. A mediados de marzo de 2012, los demandados iniciaron una obra para adicionar un tercer nivel a los dos ya existentes; frente a lo cual los hijos de la demandante manifestaron su inconformidad ante la Alcaldía Local de Kennedy mediante comunicación del 1 de abril del mismo año; lo mismo hicieron ante la Curaduría Urbana No. 2 de Bogotá para lo cual se adjuntó un registro fotográfico de las obras realizadas hasta ese momento y las posibles afectaciones estructurales derivadas de una construcción no permitida, de las cuales no recibió respuesta, por lo que ofició a la Personería Distrital y a la Alcaldía Mayor de Bogotá informando la aparición de grietas y fisuras en el muro colindante común.

2.7. El 14 de junio de 2013, el señor Camilo Andrés Riaño Rodríguez, al no obtener una acción efectiva para suspender la obra, instauró querrela policiva de perturbación a la posesión contra el señor Germán Díaz Rodríguez.

2.8. El 24 de enero de 2014, dentro de la querrela con radicado 18165, por la Inspección Octava “D” Distrital de Policía de la Alcaldía Local de Kennedy se llevó a cabo inspección ocular con intervención de perito a los predios objeto del proceso policivo, dejando las respectivas anotaciones.

2.9. La construcción del tercer nivel en el predio de los demandados sin el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos (reforzamiento), afectó gravemente las condiciones estructurales de equilibrio con las cuales fueron diseñadas las casas que comparten un muro común, toda vez que no se realizaron las obras pertinentes para separar las dos construcciones en su punto de colindancia, esto es, cortar las placas para evitar la transmisión de cargas (peso) provenientes de la nueva edificación

(tercer nivel), lo cual se ha visto reflejado en la aparición de grietas y fisuras en las paredes y/o muros transversales y las placas de cubierta de la demandante, poniendo en riesgo de colapso el muro común, y de contera la vida e integridad de los residentes.

2.10. Las acciones adelantadas por la demandante y sus hijos para evitar que se continuaran causando daños a su predio por parte de los vecinos colindantes con la obra del tercer nivel, no tuvo respuesta satisfactoria, para lograr detener la construcción u ordenar la demolición de la misma.

2.11. Los daños materiales causados por concepto de daño emergente y lucro cesante futuro, se encuentran debidamente soportados con los informes rendidos por personal especializado e idóneo.

2.12. No obstante los daños causados, los demandados han abusado del derecho mediante la interposición de toda clase de quejas, querellas, denuncias, agresiones verbales e intimidaciones contra los demandantes, perturbando la paz y el sosiego familiar que hasta hacia dos años y medio disfrutaban.

3. Mediante auto del 29 de septiembre de 2014, el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda, ordenando imprimirle el trámite del proceso ordinario y correr traslado de ella al extremo demandado.

4. Notificados en legal forma los demandados, mediante apoderado judicial se pronunciaron sobre los hechos de la demanda, se opusieron a

las pretensiones y formularon las excepciones de fondo que denominaron: (i) *Inepta demanda por falta de los requisitos formales*. (ii) *ausencia total de culpa*. (iii) *Ruptura del nexo causal*. (iv) *labores realizadas con el cumplimiento de las normas legales*. (v) *Temeridad y mala fe de la accionante*.

5. El 8 de agosto de 2017, se llevó a cabo la audiencia consagrada en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se evacuaron las etapas correspondientes entre ellas la de conciliación la cual se declaró fracasada; se concedió 5 días al demandado Díaz Rodríguez para que aportara una documentación, y se aceptó el desistimiento del interrogatorio de la demandada Jeannette Blanco Cordero.

6. El 28 de junio de 2019, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 372 de la Ley 1564 de 2012, dentro de la cual se recaudó el testimonio de los señores Miguel Ángel Sánchez Castro y Rosaura González Pereira, así mismo, se cuestionó al perito a fin de cumplir la contradicción del dictamen.

7. El 23 de enero de 2020, se llevó a cabo la audiencia del artículo 373 de la Ley 1564 de 2012, dentro de la cual luego de agotadas las etapas correspondientes se dictó sentencia en la que se declaró probada la excepción titulada "*Ruptura del nexo causal*", absteniéndose de estudiar los otros medios de defensa, en consecuencia, se negaron las pretensiones de la demanda, la terminación del proceso, el levantamiento de la medida cautelar y se condenó en costas a la parte actora.

LA APELACIÓN

Inconforme la parte demandante erigió su disenso en los siguientes argumentos:

Criticó la ausencia de valoración probatoria para declarar el rompimiento del nexo causal. Respecto a los documentos de orden técnico como lo es la licencia de construcción No. 1159 del 21 de agosto de 2013, y los anexos que hacían parte de ésta, como son los planos de reforzamiento estructural y sus despieces, que eran requisitos previos para la construcción de la obra del tercer piso del predio del señor Germán Díaz, prueba que no fue valorada de manera rigurosa frente al eximente que propuso la pasiva de ausencia de culpa.

Reprochó la estimación probatoria a favor de la demandada que excedió los formalismos legales, al punto que se exigió un dictamen para declarar el rompimiento del nexo causal cuando las demás probanzas demostraban lo contrario, pues siempre hubo un nexo causal

entre la construcción realizada en el predio del señor German Diaz y los daños causados al predio de la demandante.

Estimó de equivocada la interpretación para exonerar a la pasiva con el argumento del rompimiento del nexo causal, al no demostrar el *a quo*, porque los daños causados al predio de la actora provenían de otras circunstancias o situaciones, a pesar de ser evidente que el único elemento causante del daño al predio en el costado norte era obviamente la construcción de la obra en el costado sur del predio del aquí demandado.

Censuró que las demás pruebas documentales el *a quo* se abstuvo de valorarlas y de haberlo hecho el resultado hubiera sido diferente.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, el apoderado sustentó el recurso insistiendo en los reparos con similares

argumentos.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo la segunda instancia.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados ante esta Sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. En esta oportunidad la parte demandante reclamó la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual por los hechos, daños y perjuicios que en su criterio se originaron en la construcción aldeaña (tercer piso) realizada por los demandados en su vivienda.

3.1. La reclamación judicial se perfila exactamente en el tipo de responsabilidad inherente a las actividades peligrosas, de que trata el artículo 2356 del Código Civil nacional, por virtud del desarrollo jurisprudencial que ha tenido dicha normativa, justificado por la aparición en cada tiempo, de actividades humanas que reportan, como lo previó el legislador, peligrosidad de tal alcance que, quien la ejerza, deba responder ante los damnificados por su conducta maliciosa o negligente, como lo informa el texto citado.

La calificación de la construcción de un edificio como una actividad peligrosa tiene el efecto directo de otorgar el beneficio probatorio a la atribuida víctima, de la presunción de culpa, quedándole así reducida la brega probatoria a los demás elementos estructurantes de la responsabilidad a saber, el daño y el nexo de causalidad. Siendo de tal modo preponderante la presunción de culpa en quien desarrolla la actividad catalogada como peligrosa, es claro que no le basta con demostrar que actuó diligentemente, como en general corresponde en las demás modalidades responsivas. Sólo se exonera el encartado si prueba fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, pues la potencialidad de daño que representa tal actividad, de entrada eclipsa toda asistencia a la prudencia pues ésta queda anegada en la decisión de ejecutar la actividad peligrosa:

“En la tesis general, nada de lo que pertenece a alguien puede dañar impunemente a otro.

(...) el propietario de un edificio es responsable del daño que haya causado por su ruina, cuando suceda por la falta de conservación o por el vicio de construcción”.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en una controversia de similares contornos indicó:

“3. A título de contextualización, recuérdese que la controversia giró en torno a la responsabilidad entre vecinos, por la realización de una nueva obra que irrogó daños a sus colindantes. Tal responsabilidad, connatural a los procesos de renovación urbana que experimentan las grandes ciudades, carece de una regulación específica en nuestra legislación, pues el artículo 2351 del Código Civil, que disciplina los perjuicios por la ruina de un edificio, se aplica únicamente a los defectos de construcción o al inadecuado mantenimiento de las edificaciones, no así a los perjuicios por la realización de nuevas obras que, sometidas a los cánones urbanísticos actuales, tienen impacto sobre los predios circundantes, los cuales se hicieron en otro momento y con criterios técnicos diferentes.

Ahora bien, por calificarse la edificación como una actividad peligrosa, el artículo 2356 de igual codificación será el que norme el caso, el cual se caracteriza por consagrar una presunción de culpa sobre el artífice y/o propietario, de quien se espera adopte todas las medidas técnicas tendientes a evitar daños a la infraestructura cercana, teniendo en cuenta variables como la tipología del terreno, la composición del subsuelo, la fecha de las edificaciones y el nivel freático, de lo cual deberá darse cuenta antes de acometer las labores.

En todo caso, si con ocasión de la construcción se producen daños, salvo la existencia de una causal eximente de responsabilidad, la víctima tiene el derecho a ser reparada, a condición que demuestre que el detrimento se originó en razón de la nueva obra.” (Subrayado fuera del texto).

Corresponde entonces al demandante acreditar el daño y el nexo causal; sobre el primero recuérdese que constituye un elemento esencial para la estructuración de la responsabilidad civil, cualquiera que sea el régimen aplicable, de suerte que no sólo basta con que se afirme, sino que, por el contrario, se debe enunciar, establecer y determinar, para lo cual el

interesado puede acudir a cualquier medio de persuasión, pues al respecto hay libertad probatoria, radicándose la carga de la prueba en quien pretenda ser reparado (*actori incumbit probatio*), incumbiéndole al juzgador, bajo la égida de la sana crítica, su análisis, pues no se puede olvidar que toda decisión judicial debe estar edificada en las “*pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”, sobre el daño tiene dicho la jurisprudencia

“(…) “*dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria*”. (Sentencia de casación civil de 4 de abril de 1968)

En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa 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 frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”.

Y en lo atañadero al segundo supuesto enunciado, el nexo causal, ha puntualizado la jurisprudencia:

“...El fundamento de la exigencia del nexo causal entre la conducta y el daño no sólo lo da el sentido común, que requiere que la atribución de consecuencias legales se predique de quien ha sido el autor del daño, sino el artículo 1616 del Código Civil, cuando en punto de los perjuicios previsibles e imprevisibles al tiempo del acto o contrato, señala que si no se puede imputar dolo al deudor, éste responde de los primeros cuando son ‘consecuencia inmediata y directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento’. Por lo demás, es el sentido del artículo 2341 ib. el que da la pauta, junto al anterior precepto, para predicar la necesidad del nexo causal en la responsabilidad civil, cuando en la comisión de un ‘delito o culpa’—es decir, de acto doloso o culposo— hace responsable a su autor, en la medida en ‘que ha inferido’ daño a otro...”⁶

(Se subraya)

Es en el nexo causal donde se implanta el núcleo de la controversia como que fue dicho elemento el eje de la negativa en la primera instancia.

Para dilucidar si el daño verificado en el inmueble de la demandante proviene de la actividad de construcción desplegada en el predio adyacente o si fue tal la causa de la pérdida sufrida, considera necesario la Sala, acudir a los ingredientes de la teoría de la causa adecuada, visto

como está que, en torno al inmueble afectado pudieron acaecer circunstancias concomitantes que pueden difuminar la identificación del trabajo de construcción de su vecino como el hecho causal y determinante del perjuicio soportado.

Como se ve, en esta modalidad de actividad peligrosa, la técnica que la rige es unívoca en proclamar que, previo al inicio de la construcción, se deben adelantar los estudios de suelos necesarios y ejecutar las obras de protección de los inmuebles adyacentes como que, con los análisis respectivos es perfectamente previsible el impacto que la obra nueva puede producir en el entorno, y para ello están diseñadas y admitidas las metodologías técnicas de precisión que así permiten medirlo.

Ello sin embargo, en el plano jurídico si bien revela una actitud de buen hombre de negocios en el vecino constructor, no constituye en todo caso una causal eximente de responsabilidad, ni adquiere virtualidad en el plano de la demostración de prudencia y cuidado que, como se vio, en nada incide causalmente, antes bien se diluye ante la fortaleza que ostenta la presunción legal de culpa en quien se enrola a la ejecución de tal riesgosa actividad.

4. Pasando a verificar la comprobación de los supuestos antedichos, al plenario fueron arriadas las pruebas que enseguida se examinan:

4.1. El 22 de mayo de 2013, la Alcaldía Local de Kennedy, respondió al señor Camilo Riaño frente a la queja por construcción que se había realizado una visita para verificar los hechos avisados, y conceptuó sobre lo encontrado que:

“...LOS TRABAJOS. ARRIBA DESCRITOS, QUE SE ADELANTAN EN EL INMUEBLE NO MODIFICAN LA ARQUITECTURA CONSOLIDADA, DESDE ANTES DE 2007, DE LA EDIFICACIÓN NI INTERVIENEN SU PARTE ESTRUCTURAL.

Sin embargo, existen situaciones técnicas más complejas que se deben verificar, pues sí, como lo manifiesta el ciudadano residente del inmueble contiguo al que motivó la diligencia,

las casas fueron construidas como bifamiliares y comparten, entre otros algunos tramos de redes de servicios, los muros que dividen las propiedades y algunas secciones de las placas prefabricadas de contrapiso y de cielorrasos, es posible que se produzcan afectaciones a causa de: los trabajos de independización de redes, a la carga que genera, en este momento, la aplicación del mortero de nivelación del piso 3 y al peso del respectivo enchape cerámico que se instala.

Debido a lo que procede que, por los hechos anteriormente descritos, la Secretaría de Inspecciones curse un proceso preliminar por perturbación a la posesión teniendo en cuenta que: **“Para determina (sic) las afectaciones, al inmueble vecino, que pudieron causar las modificaciones pasadas (supresiones de placas de contrapiso y muros en 1ro y 2do nivel; construcción de placa de contrapiso, muros y acabados del 3ero nivel) y la independización de redes habría que hacer una valoración hidráulica y una estructural”** [Negrilla a propósito]

Culminó tal respuesta *“Teniendo en cuenta la visita practicada por el profesional y el informe rendido, este Despacho observa que no existen obras que no requieran de licencia de construcción”* [Subrayado fuera del texto], disponiendo el archivo de la queja (Folios 48 a 52 cuaderno 1).

Con misiva del *“01-11-2013”*, se indicó al quejoso que la nueva visita que dijo se haría, en efecto *“fue practicada el nueve de octubre de 2013, por el ingeniero Miguel Palacios, en donde constato: la edificación se emplaza sobre un predio medianero de tres pisos de altura y cubierta, los materiales del inmueble que exhiben la fachada no son recientes., así mismo señala que desde el exterior no se observan obras en ejecución”* (Folio 119 cuaderno 1).

4.2. En orden cronológico, aparece la Licencia de Construcción LC 05-5-1124 con fecha de ejecutoria 24 de octubre de 2005, conferida por el Curador Urbano 5, mediante la cual se otorga permiso en la modalidad de **“AMPLIACIÓN Y MODIFICACIÓN en el predio urbano localizado en la siguiente dirección: KR 71 D 6 B 30”**, documento que registra que se trata de vivienda unifamiliar de estrato 3 con **“3” pisos habitables** (Folio 469 cuaderno 1, la misma con sus soportes fueron agregadas por los demandados: folios 505-577 cuaderno 2).

4.3. Igualmente se aportó la Licencia de Construcción No. LC13-2-1159 con fecha de expedición del 21 de agosto 2013, mediante la cual se dispuso **“Otorgar LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN en la(s) modalidad(es) de**

AMPLIACIÓN, MODIFICACIÓN, DEMOLICIÓN PARCIAL, REFORZAMIENTO DE ESTRUCTURAS en el predio urbano, estrato o uso 3, localizado en la dirección KR 71 D 6 B 30 (ACTUAL) (...) Matrícula Inmobiliaria 50C 308194 de la localidad 8 de Kennedy – para la Ampliación de 68.37 m2, Modificación y Reforzamiento Estructural de la edificación existente para una (1) unidad de Vivienda (NO VIS) en tres (3) pisos de altura (...) según planos y documentación aportada...” (Folio 92 cuaderno 1)

Frente a tal permiso, se interpusieron por el señor Camilo Riaño, hijo de la demandante, los recursos de reposición y apelación; el primero fue definido mediante -resolución No. RES 13-2-1245 de 7 de noviembre de 2013 por el Curador Urbano 2, negando las pretensiones del censor, por lo que concedió el subsidiario (Folios 136-146 cuaderno 1).

El recurso de apelación contra tal licencia fue resuelto por la Subsecretaría Jurídica de la Secretaría Distrital de Planeación, mediante Resolución 1558 de 17 de diciembre de 2013, fue negado, pues verificados los aspectos procedimentales, jurídicos y técnicos no se encontró mérito para revocarla, aunque ordenó *“ a los titulares del permiso urbanístico concedido corregir los planos de la licencia, en el sentido de indicar que corresponden a “vivienda unifamiliar”. La licencia concedida no cobrará ejecutoria hasta tanto se cumpla con esta corrección”* (Folios 122-131 cuaderno 1)

En acatamiento a tal disposición el Curador Urbano 2 de la ciudad expidió la Resolución No. RES 14-2-0073 de 20 de enero de 2014.

Y con fecha de ejecutoria del 24 de enero de 2014 la Licencia de Construcción No. LC13-2-1159 fue otorgada en la modalidad de **“AMPLIACIÓN, MODIFICACIÓN, DEMOLICIÓN PARCIAL, REFORZAMIENTO DE ESTRUCTURAS en el predio urbano, estrato o uso: 3 localizado en la dirección KR 71 D 6B 30 (ACTUAL)- Chip AAA0080URJZ Matrícula Inmobiliaria: 50C308194 de la localidad 8 de Kennedy – Para la ampliación de 68,37 m2. Modificación y reforzamiento Estructural de la edificación existente para una (1) unidad de Vivienda (NO VIS) en tres (3) pisos de altura, con un (1) cupo de estacionamiento privado, según planos y documentación aportada. Los demás aspectos contenidos en la Licencia de Construcción No.LC 05-5-1124 del 20-10-2005, se mantienen. Es válida para demolición parcial.”** (folio 285 cuaderno 1; la misma con sus soportes fue agregada por los demandados: folios 578 a 679 cuaderno 2).

4.4. El 24 de enero de 2014, se adelantó inspección ocular por la Inspección Octava “D” Distrital de Policía en la que luego de recorrer el predio querellante, se le planteó un cuestionario de 3 puntos al perito Marco Aurelio Farfán Chaparro, quien enseguida los respondió diciendo *“A la primera pregunta que si existe afectación en el predio querellante. A la segunda pregunta, desde el predio querellado, y hasta esta se refleja en la humedad observada en el vértice superior conformado por la placa y la pared del baño del segundo nivel del predio querellante igual vestigios de humedad se observa en la cocina ubicada en el primer nivel y que se encuentra en dirección vertical a las zonas de tanques. Otros vestigios de afectación, fueron observados en las fisuras observadas en el sitio de colindancia con el predio querellado y que corresponden a la fachada posterior y principal en el sitio de unión vértice. Igualmente se observa grieta horizontal en el muro central de la alcoba posterior y que colinda con el predio querellado, igualmente se observa grieta en la placa prefabricada observada esta grieta en el closet de una de las alcobas quedan al frente del predio querellante”*; y recomendó *“Suspender cualquier construcción por pequeña que sea en el predio querellado y en la zona de colindancia con el predio colindante, toda vez, que por lo ya expuesto y que corresponde a construcción monolíticas y con criterio de propiedad horizontal, para cualquier renovación, modificación o ampliación se debe ejecutar los respectivos planos y solicitarse su respectiva licencia de construcción, aun mas cuando su expansión exceda el segundo nivel, toda vez, que esto requiere de previos estudios de suelo cálculos estructurales y planos divisorios estructurales y arquitectónicos que modifiquen el criterio monolítico de las construcciones querellante y querellado”* (Folios 148 a 151 cuaderno 1)

Aquí debe aclararse que los documentos se aprecian según su texto original, sin considerar las tachaduras, enmendaduras, anotaciones marginales manuscritas que la mayoría ostentan (artículos 261 del Código de Procedimiento Civil y de la ley 1564 de 2012).

4.5. De otro lado, en el Concepto Técnico por Riesgo Estructural emitido por el Fondo de Prevención y Atención de Emergencias – FOPAE con destino al Personero Delegado para Asuntos de Gobierno y Gestión Pública, a modo de antecedente se consignó que esa entidad dada la solicitud de la Inspección 8C Distrital de Policía en la querrela 10834/05, *“efectuó la visita técnica el día 3 de Junio de 2005 al predio ubicado en la Carrera 71 D No. 6 B-30, emitiendo el Concepto de Amenaza Ruina No. CAR-357, donde se concluyó y recomendó en su momento que “...se puede*

establecer que la edificación objeto del concepto en las condiciones encontrada (sic) en el momento de la inspección AMENAZA RUINA, y se hace a

los propietarios o responsables de la edificación la siguiente recomendación: (...)”; y, con base en la visita realizada a las viviendas de la demandante y los demandados el 9 de abril de 2014, se estableció:

*“La estabilidad estructural, la funcionalidad y/o habitabilidad de las edificaciones emplazadas en los predios de la carrera 71 D No. 6B- 22 y de la carrera 71 D No. 6B – 30, en el barrio Marsella de la Localidad de Kennedy, **no se encuentran comprometidas en la actualidad, ante cargas normales (habituales) de servicio, ni por causa de la construcción***

que se desarrolla en el predio de la carrera 71 D No. 6B- 30, ni por causa de las afectaciones que presenta la edificación emplazada en el predio de la carrera 71 D No. 6 B – 22. Las afectaciones evidenciadas en el edificación residencial que se emplaza en el predio de la carrera 71 D No. 6 B- 22, posiblemente obedecen a asentamiento diferenciales anormales y/o empujes horizontales imprevistos, ocasionados posiblemente a la ejecución de la construcción colindante que se realizan en el predio de la Carrera 71 D No. 6B (el número aparece borrado, enmendado), quienes posiblemente no consideraron la vulnerabilidad de la edificación colindante de acuerdo a los Artículos 15 y 16 del decreto 332 de 2004, **situación anterior que con base en la inspección visual no es posible precisar.**

Adicionalmente, ante la ocurrencia de cargas dinámicas (sismo, trepidaciones, antrópicas, etc), las edificaciones evaluadas pueden presentar afectaciones tanto en elementos estructurales como en elementos no estructurales, las cuales eventualmente pueden comprometer su funcionalidad y estabilidad estructural” [Negrilla fuera del texto].

Advirtiéndose en dicho escrito: *“El presente documento, sus conclusiones y recomendaciones están basadas en el reconocimiento de campo efectuado durante la visita técnica realizada a los predios; por tal razón, pueden existir situaciones no previstas en él y que se escapan de su alcance. Igualmente, se reitera que dicha inspección no hace las veces de dictamen pericial que sirva de soporte para reclamaciones. La información sobre las familias afectadas y predios respectivos corresponden a la información suministrada en campo por los habitantes o usuarios de las edificaciones evaluadas en el presente documentos”* (Folios 184 a 190 cuaderno 1).

4.6. El escrito titulado “CONCEPTO

TÉCNICO” anexo por la demandante, fue elaborado por Marco Aurelio Farfán Chaparro, el mismo perito que intervino en la inspección ocular, quien refiriéndose a las construcciones en cuestión aseguró que *“Las casas conforman una estructura monolítica es decir que funcionan como una sola construcción y sus muros de colindancia son compartidos. El sistema estructural de las casas lo comprende una cimentación en concreto ciclópeo (concreto y piedra), muros de carga, placa de entrepiso y la placa de cubierta, en el cual la cimentación soporta los muros de carga y éstos a su vez soportan las cargas aplicadas a través de la placa de e entrepiso y la placa de cubierta. En este tipo de edificaciones de carácter monolítico técnicamente no se pueden modificar con adición de más niveles superiores, cuando se quiera realizar construcciones para adicionar niveles, las casas que se alteren deben independizarse estructuralmente por cuanto construcciones nuevas rompen el equilibrio del diseño original.”*

En su criterio, la construcción del tercer nivel en la casa de los demandados rompió tal equilibrio *“toda vez que no se realizaron las obras pertinentes para separar las dos casas en su punto de colindancia”* y *“por esa razón se observa las grietas y fisuras presentes en las paredes o muros transversales y la placa de cubierta en la casa de la señora HILDA RODRÍGUEZ DE RIAÑO”*; el resto del concepto alude a las obras que deben realizarse en el predio de ésta y sus costos (folios 292 a 295 del cuaderno 1).

De dicho informe técnico en cuestión no se puede derivar el elemento daño que estructure la responsabilidad civil reclamada, como tampoco la relación causal con la obra realizada por los demandados en su predio, sencillamente porque no reúne los requisitos del artículo 243 en concordancia con el 237 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la data en que se elaboró, principalmente la exigencia del numeral 6° de éste último precepto exige que *“El dictamen debe ser claro, preciso y detallado; en él se explicaran los exámenes, experimentos e investigaciones efectuados, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones.”*

Igual apreciación cabe respecto del presupuesto presentado en ese mismo trabajo de las obras que tendrían que hacerse para corregir las averías detectadas, ergo, tampoco hay prueba de la cuantía del daño que se reclama sea reconocida.

En el concepto contratado, el perito no consignó cuales fueron las gestiones que desplegó, qué métodos utilizó, cuáles

evaluaciones realizó; tampoco indicó si adelantó investigaciones en el predio de los demandados, más allá de la mera apreciación visual; en el mismo no hay un razonamiento técnico, ni explicación alguna que sustente las conclusiones que emitió, las que se identifican con las apresuradas respuestas que dio en la inspección ocular llevada a cabo por la Inspección 8ª “D” Distrital de Policía el 24 de enero de 2014.

5. Un análisis crítico de las pruebas, examinadas una a una y en conjunto, no reflejan de manera contundente y sin que dé lugar a cualquiera otra posibilidad, que las afectaciones apreciadas en el inmueble de la demandante se produjeron con ocasión de la obra adelantada por su vecino, ni que los daños que se aducen sufrió el inmueble fueron consecuencia directa de un hecho culposo de los demandados.

La causa de las grietas y fisuras en la casa de la señora Rodríguez tampoco se puede extraer del resultado de la visita técnica realizada por funcionarios del FOPAE, pues además de advertir que en predios privados no adelantan *“pruebas técnicas y/o revisión y/o elaboración de estudios de Análisis de vulnerabilidad ante cargas dinámicas”*, enfatizaron que en el predio de la demandante *“no es posible verificar si la mampostería cuenta o no con refuerzo”* dado que los muros *“cuentan con recubrimiento en mortero cementante”*; y que no era posible precisar con certeza el dicho de los residentes de la carrera 71 D # 6 B 22 según el cual esa edificación conformaba originalmente una sola estructura con la del # 6 B 30. Y se consideró que las afectaciones de la primera obedecían *“posiblemente”* a *“asentamientos diferenciales anormales y/o empujes horizontales imprevistos, ocasionados posiblemente a la ejecución de la construcción colindante”*, aunque ello no se podía precisar de la mera inspección visual.

A las múltiples solicitudes de los hijos de la demandante ante diferentes autoridades, no puede asignársele el mérito demostrativo del hecho por el que se indaga, sólo reflejan las quejas por ellos presentadas.

Los testimonios de Rosaura González y Miguel Ángel Sánchez, únicamente dieron cuenta de las obras adelantadas en la edificación de los demandados que observaron externamente, y de las averías en la casa de la demandante; careciendo ambos del conocimiento idóneo para conceptuar que las mismas tuvieron vengero en aquellas.

Y la versión de la perito evaluadora Bibiana Bahos, tampoco da cuenta de los supuestos que se echan de menos, pues si bien dijo que al visitar el predio de la demandante para hacer el

justiprecio que ésta le pidiera advirtió las afectaciones, lo que disminuía el valor comercial del inmueble, y que en su parecer provenían de la construcción vecina; sin embargo, además de no poseer el conocimiento técnico o científico, no realizó experimentos o investigaciones, ni dijo haberse asesorado de un experto para llegar a tal conclusión.

En este contexto, en verdad, no se puede hablar de la existencia de daño indemnizable y de nexo de causalidad, que era lo que le correspondía acreditar al demandante.

6. Dentro del contexto analizado, los reproches del recurrente carecen de la contundencia para enervar el fallo de primer grado, pues como ha quedado evidenciado ningún medio probatorio de los aportados logra acreditar fehacientemente que los daños que pretende la parte demandante sean resarcidos tuvieron su origen en la nueva obra.

7. Corolario de lo en precedencia consignado, se mantendrá la decisión apelada y, ante el fracaso del recurso, se condenará en costas al apelante vencido.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – ACTIVIDAD PELIGROSA
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103030201300733 01.

TESIS

Pruebas que analizadas una a una y en conjunto permiten concluir lógicamente que fue el proceder exclusivo del conductor de la moto el que originó el accidente; sin que el demandante hubiese probado lo que afirmó en la demanda en cuanto a la infracción de tránsito que endilgó al señor Agustín Gómez para atribuirle responsabilidad.

ANTECEDENTES

1. Los señores Wilson Ochoa Ramírez y María Doly Ariza Pinzón (quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo Darwinson Alexis Ochoa Ariza), a través de apoderado judicial, instauraron demanda en contra de Agustín Gómez Bello y Jhobanny Flórez Trujillo, en la que formularon como pretensiones:

1.1. Declarar directamente responsable por responsabilidad civil extracontractual en actividad peligrosa, al señor Agustín Gómez Bello, como conductor de la camioneta Toyota Prado de placas RNT 384, por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales generados por el sufrimiento, dolor, el deterioro sufrido por el señor Wilson Ochoa Ramírez y su familia, por las lesiones personales causadas por el accidente de tránsito “actividad peligrosa”, con atropellamiento.

1.2. Se declare civilmente o indirectamente responsable por responsabilidad civil extracontractual por la guardia de la cosa en actividad peligrosa, al señor Jhobanny Flórez Trujillo como propietario de la camioneta Toyota Prado de placa RNT 384, por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales generados por el sufrimiento, dolor, el deterioro sufrido por el señor Wilson Ochoa Ramírez y su familia, por las lesiones personales ocasionadas por el accidente de tránsito “actividad peligrosa”, con atropellamiento.

1.3. En consecuencia, se condene a los demandados al pago solidario del lucro cesante (aplicando las fórmulas de actualización de indemnización debida y futura) para el señor Wilson Ochoa Ramírez que se estima en \$60'109.438,91.

1.4. Se condene a los demandados al pago solidario de los daños morales en salarios mínimos mensuales vigentes, así: al señor Wilson Ochoa Ramírez 50 smmlv, a favor de la señora María Doly Ariza Pinzón 20 smmlv, y a favor del menor Darwinson Alexis Ochoa Ariza 20 smmlv.

1.5. Se condene a los demandados al pago solidario de la indemnización por daños fisiológico y a la salud, en razón, del sufrimiento, dolor y deterioro de la víctima señor Wilson Ochoa Ramírez y, a su familia por contragolpe, la suma de 50 smmlv.

1.6. Se condene a los demandados al pago solidario de la indemnización por daños en la vida relación o alteración grave a las condiciones de existencia, el sufrimiento, dolor y deterioro de la víctima señor Wilson Ochoa Ramírez y su familia la suma de 50 smmlv.

1.7. Que las condenas que se impongan a los demandados deben ser indexadas a la fecha de dictar la sentencia.

1.8. Se condene a los demandados en forma solidaria al pago de intereses moratorios liquidados hasta el momento real y efectivo del

pago de la obligación.

1.9. Se condene a los demandados al reconocimiento y solicitud de perdón y compromiso de no repetición en público.

1.10. Se condene a los demandados al pago solidario de las costas del proceso.

2. Como soporte fáctico del *petitum* expusieron:

2.1. El señor Wilson Ochoa Ramírez tiene 39 años, es esposo de la señora María Doly Ariza Pinzón, y son padres del menor Darwinson Alexis Ochoa Ariza.

2.2. El señor Ochoa Ramírez es mecánico y propietario de la motocicleta marca Yamaha, modelo 2011, de placa HVF18C, color negro rojo.

2.3. El 5 de diciembre de 2012, el señor Ochoa transitaba por la carrera 16 con calle 140, en la motocicleta cuando fue colisionado por el vehículo Toyota Prado de placa RNT 384 que en ese momento era conducido por el señor Agustín Gómez Bello, rodante de propiedad de Jhobanny Flórez Trujillo.

2.4. El conductor de la camioneta obvió hacer el pare en la intersección de la carrera 16 con calle 140, y arrolló al señor Wilson Ochoa Ramírez.

2.5. La conducta del conductor de la camioneta configura una infracción al Código Nacional de Tránsito.

2.6. Como consecuencia del accidente el señor Ochoa fue remitido a la Clínica el Bosque donde ingresó, *“con Rx de trauma en cara, miembro inferior derecho y región lumbosacra, dolor intenso en cadera derecha, limitación al movimiento de arcos por dolor, no deformidad”*.

2.7. Los diagnósticos clínicos corresponden a contusión de cadera derecha, tobillo, esguince y torcedura de columna cervical, esguince y torcedura lumbar (s700, s900, s335 de CIE10)

2.8. Los resultados radiológicos arrojaron, luxación de cadera con fractura de reborde posterior de acetábulo, fracturas de base de 2 y 3 metatarso de pie derecho, fractura de huesos nasales.

2.9. El 11 de diciembre de 2012, se le realizó procedimiento quirúrgico de reducción abierta de fractura de pelvis acetábulo reborde anterior o posterior con fijación u osteosíntesis aplica para la fijación o instrumentación de lujo fractura; fue dado de alta 12 días después, con una incapacidad inicial de 30 días.

2.10. La motocicleta de placa HVF18C, sufrió daños que ascienden a \$4'045.050,00, y dada por pérdida total; permaneciendo en los patios de tránsito con una deuda por \$278.800,00. Dicho rodante esta avaluado en \$5'120.000,00.

2.11. Las lesiones causadas al señor Wilson Ochoa Ramírez, le desencadenaron daños de orden físico y moral por el sufrimiento, depresión, congoja, por parte de él y su familia.

2.12. Las lesiones definitivas en el rostro, miembro inferior, cadera, así como la incapacidad que ello genera, ha desencadenado una alteración grave en las condiciones de existencia del señor Ochoa Ramírez y su familia, al punto de limitar su desempeño social, laboral, el disfrute de la vida y de sus gustos. Daños que igualmente alteraron el equilibrio físico y psíquico de la víctima, lo que repercutió en un daño a la salud y de contera a la vida.

3. Mediante auto del 20 de enero de 2014, el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda, ordenando correr traslado de ella al extremo demandado.

3.1. Los señores Agustín Gómez Bello y Jhobanny Flórez Trujillo se notificaron personalmente y, por intermedio de apoderado, se pronunciaron sobre los hechos de la demanda, manifestaron su oposición a las pretensiones y como medios exceptivos plantearon: *“Inexistencia de la prueba que demuestre responsabilidad”*, *“Inexistencia de prueba de perjuicios en relación con la demandante María Doly Ariza y su hijo”*, *“Compensación de Culpas – reducción de Indemnización”*, *“De fondo de oficio”* y *“Objeción a la estimación de perjuicios”*.

3.2. Así mismo, llamaron en garantía a Seguros Generales Suramericana S.A.; llamamiento admitido el 8 de mayo de 2014, por virtud del cual una vez vinculada la entidad aseguradora, ésta compareció contestando tanto la demanda como el llamamiento, se refirió a los hechos, se opuso a las pretensiones de ambos, y planteó como defensas: *“Ausencia de demostración de los elementos de la responsabilidad civil del asegurado, y en consecuencia de Seguros Generales Suramericana S.A.”*, *“Culpa exclusiva del conductor de la motocicleta de placas HVF 18C, señor Wilson Ochoa Ramírez”*, *“Concurrencia de Culpas”*, *“inexactitud de la estructuración de los perjuicios”*, *“Limitaciones de la póliza de Seguros de automóviles No. 60734631”* y *“Genérica”*.

4. El 28 de julio de 2014, se llevó a cabo la audiencia de que trataba el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se

agotaron las etapas correspondientes.

5. Enseguida se abrió el debate probatorio y se procedió a su práctica en diversas audiencias.

6. Luego se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 373 de la Ley 1564 de 2012, en la que los abogados presentaron sus alegatos de conclusión, y se anunció que la sentencia se expediría por escrito.

7. El 13 de noviembre de 2019, se expidió

sentencia en la que se resolvió declarar probadas las excepciones denominadas “*Inexistencia de prueba que demuestre responsabilidad*” y “*responsabilidad exclusiva de la víctimas*”, propuestas por los demandados, y la de “*Culpa exclusiva del conductor de la motocicleta de placas HVF 18C, señor Wilson Ochoa Ramírez*” formulada por la llamada en garantía, en consecuencia negó las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a los demandantes.

LA APELACIÓN

Como motivos de su disenso planteó el abogado de la parte demandante que en el fallo se reconoce la existencia y estructuración del daño como primer elemento de la responsabilidad; no obstante, al estudiar el elemento culpa y al referirse a la sentencia CSJ-SC del 26 de agosto de 2010, surge una confusión, pues al tratarse de dar por entendido una actuación culposa de la víctima, termina enmarcándola como culpa exclusiva de ésta, subjetivando la responsabilidad de la actividad peligrosa (de responsabilidad objetiva) y desechando la concurrencia de los roles riesgosos en la causación del daño, y tomando como base para ello lo indicado en el interrogatorio de las partes.

Aseguró que en el proceso quedó plenamente probado, pero indebidamente analizado que tanto la víctima como el victimario conducían automotores y que para ambos son actividad peligrosa.

Las consideraciones del fallo de primera instancia desvían y centran su atención en la valoración de la culpa como elemento de responsabilidad objetiva, y con la consecuente aplicación del artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, desestimando la responsabilidad, que para el despacho es culpa. Aplicando elementos de responsabilidad subjetiva para su análisis, apartándose de la responsabilidad objetiva que caracteriza la actividad peligrosa y en cambio determino la culpa exclusiva de la víctima como único actor del accidente, sin los elementos propios para las causales de exoneración como con irresistible e imprevisible y ajeno al agente, incurriendo en un yerro tanto en las consideraciones como en la valoración probatoria.

Arguyó que a partir de la sentencia CSJ-SC 3862 del 2019, de la cual transcribió apartes extensos, la víctima de una actividad peligrosa tiene la carga de probar el daño y la relación de causalidad; y al autor de la lesión le compete la prueba de elementos extraños, la participación de un tercero o la actuación de la víctima como causa única o exclusiva del quebranto, que para

el caso en estudio no se da por la concurrencia de actividades peligrosas, y no existe plena prueba de ello, además de no aplicar análisis de culpa.

Insistió en que no es posible cambiar el régimen de responsabilidad objetiva de la actividad peligrosa, asumiendo el régimen subjetivo de forma arbitraria, confundiendo los factores de exoneración con los parámetros necesarios para estructurar la culpa como lo hizo el fallo impugnado.

Tratándose de concurrencia de actividades peligrosas, como en el caso concreto, corresponde a una participación concausal o concurrencia de causas.

Acotó que el eximente de responsabilidad por concepto de la “*culpa exclusiva de la víctima*”, que se manifestó en la sentencia cuando asume la ruptura del nexo de causalidad por este motivo, se debe tener en cuenta que la culpa no es un elemento de análisis para la responsabilidad objetiva, es una primera apreciación; y por otro lado, es necesario considerar la diferenciación que ha hecho el Consejo de Estado.

Por último, dijo que en la sentencia se erró cuando concluyó que se rompe el nexo causal por culpa exclusiva de la víctima, a pesar que la actuación de la víctima del accidente en este caso es concausal, es decir, absolutamente previsible y no irresistible para el victimario, por estar realizando igualmente una actividad peligrosa como es la conducción de vehículo.

Conforme a lo anterior pidió se revoque la sentencia y en su lugar se condene a los demandados al pago de la indemnización por los daños sufridos por el demandante, al aparecer demostrados todos los elementos de la responsabilidad objetiva por actividades peligrosas.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, el apoderado insistió en los reparos con los mismos argumentos.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo el recurso de apelación propiciado por la parte actora contra la sentencia que expidió el Juzgado 30 Civil del Circuito de Bogotá, el 13 de noviembre de 2019.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados en esta Sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. Ocupada la atención de la Sala en la responsabilidad endilgada a la parte demandada, debe anotarse que se trata la presente acción de una responsabilidad civil extracontractual.

Por ser doctrina que descansa sin duda en el artículo 2341 del Código Civil, se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclame a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar los elementos de esta responsabilidad: (i) un autor o sujeto, que lo es quien causa el daño; (ii) la culpa o dolo del mismo; (iii) el daño o perjuicio ocasionado al sujeto pasivo y, (iv) la relación de causalidad entre el daño y la culpa del sujeto que lo causó.

Empero, cuando el daño tiene origen en actividades que el legislador, en atención a que por su propia naturaleza o por los medios empleados para llevarlas a cabo están mayormente expuestas a provocar accidentes, ha calificado como riesgosas o peligrosas, apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha implantado un régimen conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ese tipo de actividades en que el hombre, provocando con sus propias labores situaciones capaces de romper el equilibrio antes existente, pone de hecho a los demás en un peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes (G.J. Tomos CLII, pág. 108, y CLV, pág. 210).

En el anterior paradigma, cuando al hecho dañino se añade un elemento de actividad peligrosa, genera una especial modalidad de estudio que ha cobrado ríos de tinta en la

doctrina y la jurisprudencia.

4. La responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas descansa en el artículo 2356 del Código Civil a partir de un principio según el cual: *“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”*. Significa lo anterior, el contenido propio de una *“teoría de la culpa”* capaz de establecer la *“presunción”* de la misma en el autor del daño, con beneficio concomitante en cabeza de la víctima reflejado en el aspecto probatorio quien, al no tener ya que demostrarla (la culpa del agente), solamente le resta la carga de acreditar: i) la **autoría o sujeto activo**, que lo es quien causa el daño; ii) el **daño o perjuicio** causado al sujeto pasivo; y, iii) el **nexo causal** o de causalidad entre el daño y la culpa del autor del daño. En tanto, al demandado le corresponde, si busca ser exonerado, probar algún supuesto que estructure: fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero que hubiere sido la causa exclusiva del accidente.

5. Con las anteriores premisas, un marco conceptual de responsabilidad civil extracontractual de culpa presunta (responsabilidad subjetiva), sucumbe ante la causa extraña; ahora, al preceder concurrencia de culpas, por aplicación del artículo 2357 del Código Civil, se abre paso la reducción de la condena: *“La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*, en cuya misma dirección apunta la doctrina:

“Tomemos el caso del peatón que es atropellado por un automotor; con base en el acervo probatorio, el juez puede encontrarse con lo siguiente: 1. Adicional a la actividad peligrosa del demandado, se halló una culpa exclusiva de este: la víctima deberá ser indemnizada en su totalidad. 2. Solo existía la prueba de que el daño se causó por medio de una actividad peligrosa, sin que hubiese culpa adicional del demandado, ni culpa del peatón: también habrá indemnización total, ya que la peligrosidad de la actividad es lo que crea la culpabilidad. 3. Se prueba culpa de la víctima: habrá reducción, haya o no culpa adicional del demandado; en este caso, habrá culpa de parte y parte y, en consecuencia, el artículo 2357 del Código Civil será aplicable. 4. Si la actividad de la víctima es causa exclusiva del daño, la exoneración del demandado será total, sin importar lo culposo de este hecho de la víctima; ese hecho, culposo o no, es una causa extraña que libera al demandado”.

6. La controversia traída en esta oportunidad para su definición ante la jurisdicción, tiene como sustrato fáctico probado el hecho que el señor Wilson Ochoa Ramírez manejaba la motocicleta de placa HVF18C y el señor Agustín Gómez Bello conducía la camioneta de placa RNT384, es decir, ambos desarrollaban actividades peligrosas y en ese contexto se produjo el accidente.

Particularidades que imponen tomar como referente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que al respecto, *in extenso*, puntualizó:

“En análogo sentido, a propósito del régimen legal aplicable a las actividades peligrosas concurrentes, la Corte tuvo oportunidad de precisar, lo siguiente:

“(…) e) En las actividades peligrosas concurrentes, el régimen jurídico aplicable es el consagrado en el artículo 2356 del Código Civil y, en su caso, las normas jurídicas que existan sobre la actividad concreta.

“La problemática, en tales casos, no se desplaza, convierte o deviene en la responsabilidad por culpa, ni tampoco se aplica en estrictez su regulación cuando el juzgador encuentra probada una culpa del autor o de la víctima, en cuyo caso, la apreciará no en cuanto al juicio de reproche que de allí pudiere desprenderse sino en la virtualidad objetiva de la conducta y en la secuencia causal que se haya producido para la generación del daño, para determinar, en su discreta, autónoma y ponderada tarea axiológica de evaluar las probanzas según las reglas de experiencia, la sana crítica y la persuasión racional, cuando es causa única o concurrente del daño, y, en este último supuesto, su incidencia, para definir si hay lugar a responsabilidad o no.

“Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (imputatio facti) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (imputatio iuris) el fundamento jurídico de esta responsabilidad (...) se remite al riesgo o peligro.

“A este propósito, cuando la causa del daño es la conducta o actividad que se halle en la exclusiva esfera de riesgo de uno de los sujetos, éste será responsable único y a contrario sensu, concurriendo ambas, se determina su contribución o participación para mitigar o atenuar el deber de repararlo.

“De esta manera, el juzgador valorará la conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del sujeto, establecerá su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal.” (Subraya la Sala)

En pronunciamiento más reciente dijo el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“1.3 También es factible que suceda, cual aconteció en el escenario debatido, que ambos extremos de la relación procesal estuvieran ejercitando concomitantemente actividades de peligro, evento en el cual surge para el fallador la obligación de establecer mediante un cuidadoso estudio de las pruebas la incidencia del comportamiento desplegado por aquellos, respecto del acontecer fáctico que motivó la reclamación pecuniaria.

Al demandarse a quien causó una lesión como resultado de desarrollar una actividad calificada como peligrosa y, al tiempo, el opositor aduce culpa de la víctima, es menester estudiar cuál se excluye, acontecimiento en el que, ha precisado la Corporación:

“en la ejecución de esa tarea evaluativa no se puede inadvertir ‘que para que se configure la culpa de la víctima, como hecho exonerativo de responsabilidad civil, debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso’. Lo anterior es así por cuanto, en tratándose ‘de la concurrencia de causas

que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta

materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, (...) Reiterado en CSJ CS Jul. 25 de 2014, radiación n. 2006-00315).”

En la providencia que cita el apelante, sobre la hipótesis en comento dijo la Corte:

“De ahí, que cuando concurren roles riesgosos en la causación del daño, tampoco resulta

congruente aludir a la compensación de culpas, sino a la participación concausal o concurrencia de causas. Y ello, no puede ser de otro modo, por cuanto demostrada la conducta, el comportamiento o la actividad peligrosa como primer elemento, establecido el daño como requisito consecuencial, y comprobado el vínculo de causalidad entre la acción y el resultado, el agente únicamente puede exonerarse demostrando causa extraña; de manera que a éste, no le basta justificar ausencia de culpa sino la ruptura del nexo causal para liberarse de la obligación indemnizatoria.

De manera tal que, cuando el daño tiene ocurrencia en ejercicio simultáneo de actividades peligrosas, como en el presente caso ocurrió, no se puede predicar la presunción de responsabilidad en el demandado, gravitando en quien pretenda la reparación de los perjuicios la carga de probar todos los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual, incluido el subjetivo o culpa del demandado, para lo cual obviamente debe aparecer descartada la incidencia de relevante gravedad del proceder de la víctima en la producción del daño.

7. Siguiendo tales directrices y aplicadas las anteriores nociones al *sub lite*, lo primero que debe destacarse es el hecho indiscutido de que en la colisión se vieron involucrados dos vehículos, ergo, estamos ante la concurrencia de dos agentes que desplegaban actividades peligrosas o riesgosas.

Lo anterior impone verificar las circunstancias en que el choque se produjo, habiendo aseverado el actor que ello ocurrió porque el conductor de la camioneta hizo caso omiso de la señal de pare ubicada en la intersección de la carrera 16 con calle 140.

Los medios probatorios acopiados revelan que el motociclista señor Ochoa Ramírez se desplazaba de oriente a occidente por la calle 140, en tanto que la camioneta conducida por el señor Gómez Bello se dirigía de norte a sur por la carrera 16 y en efecto en la intersección con la calle 140 existía la señal de pare.

La versión del señor Ochoa fue que *“no había flujo vehicular y yo iba detrás de un Mazda plateado paso primero por la carrera 16 luego pase y cuando me impactó la camioneta y ahí quede botado en el piso”*, luego explicó *“la vía 140 trae tres carriles de dos sentidos por donde yo iba que es de la 15 hacia la autopista son dos carriles y yo iba en el carril de la derecha porque yo acababa de salir del semáforo de la 15 y yo no iba ni rápido en el centro del carril de la derecha cuando colisione”* y más adelante *“Yo quede en el carril que va hacia la autopista la moto queda debajo de la*

camioneta en el carril en yo iba de la 140 hacia la autopista yo caigo casi en la esquina sobre en la misma carrera 16 pero al otro lado de donde yo iba”

Por su parte, el señor Gómez Bello dijo que: *“al desplazarme por la carrera 16 con 140 de norte a sur a las 1230 y 1 pm había un pare el cual lo hice un señor de una camioneta que se desplazaba de oriente a occidente por la calle 140 me indica con su mano que siga continúe la marcha y el siguiente carril mire que va de occidente a oriente y observe que no vinera ningún vehículo en cual continúe la marcha y al continuar la marcha me estrella la motocicleta que venía en contra vía y ahí el impacto”*, reiterando más adelante *“El señor Ochoa se desplazaba por la calle 140 en sentido oriente occidente en el momento del impacto se desplazaba en el carril de la calle 140 que va occidente a oriente”*.

Revisado el bosquejo topográfico FPJ-16-, se observa la posición final de los vehículos: la camioneta sobre la carrera 16 ya había avanzado completamente el primer carril de la calle 140, esto es, el que va en sentido orienteoccidente; quedando en el otro carril, esto es, el que va en sentido occidente-oriente; y delante de ella la motocicleta.

Se observa allí mismo, como en los datos del Informe Policial para accidentes de tránsito que ambas vías, tanto la calle 140 como la carrera 16, se trata de vías planas, rectas, de doble sentido, de una calzada y dos carriles.

Igualmente, de los formatos visibles a folios 419-436 se aprecia que el impacto en la motocicleta fue en su parte frontal, mientras que la camioneta fue en la zona frontal izquierda.

Un análisis de esas probanzas permite concluir que efectivamente el conductor de la motocicleta fue quien chocó la camioneta que iba desplazándose por la carrera 16 sentido norte sur cuando ya había superado más de la mitad de la calle 140; igualmente, los documentos desmienten lo afirmado por el señor Wilson Ochoa Ramírez, en el sentido que la calle 140 es de 3 carriles.

Así mismo, debe advertirse que de los documentos allegados por la misma parte demandante y de la versión del señor Wilson Ochoa Ramírez se infiere que el motociclista aunque se desplazaba de oriente a occidente lo hacía sobre el carril en sentido contrario, es decir, en contravía, pues no de otra manera se explica que la colisión de la moto hubiera sido de frente contra el carro y cuando la camioneta Toyota ya había superado más de la mitad de la calle 140. Desvirtuando de plano el hecho que el conductor del carro de placas RNT-384 hubiera

obviado hacer el pare.

Por lo demás debe destacarse que el motociclista Ochoa Ramírez no portaba licencia de conducción, lo que ameritó la imposición de un comparendo; sin que en el plenario se hubiese demostrado que en efecto tenía permiso expedido por la autoridad de tránsito para conducir motocicleta.

Pruebas que analizadas una a una y en conjunto permiten concluir lógicamente que fue el proceder exclusivo del conductor de la moto el

que originó el accidente; sin que el demandante hubiese probado lo que afirmó en la demanda en cuanto a la infracción de tránsito que endilgó al señor Agustín Gómez para atribuirle responsabilidad.

8. Ante el escenario jurídico y probatorio que acaba de analizarse los argumentos del censor resultan infundados, por lo que se mantendrá la decisión del juzgado de primer grado, y ante el fracaso del recurso, se condenará en costas al apelante vencido.

**DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD ANÓNIMA
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103031201500527 01.**

TESIS

Coruscante aparece que el demandante no probó la causal de disolución de la sociedad demandada que invocó pues, como lo señaló el *a quo*, la única prueba aportada refiere a los estados financieros a 31 de mayo de 2010 y ellos revelan utilidades y no pérdidas.

ANTECEDENTES

1. El señor Fernando Rey Pilonieta, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de la Editorial Pedagogías Alternativas S.A., en la que planteó como pretensiones:

1.1. Se declare la disolución de la sociedad comercial EDITORIAL PEDAGOGÍAS ALTERNATIVAS S.A., por haber ocurrido pérdidas que reducen su capital por debajo del 50%, y por solicitarlo así el socio mayoritario Fernando Rey Pilonieta.

1.2. Como consecuencia de lo anterior, se ordene la liquidación de la mencionada sociedad.

1.3. Se ordene la inscripción de la sentencia en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá (y si la sociedad se encuentra sometida al control y vigilancia de una Superintendencia, la inscripción también tendrá que efectuarse ante ella) y la publicación de su parte resolutive, por una vez en uno de los periódicos de mayor circulación en el lugar que corresponda al domicilio social.

1.4. Ejecutoriada la sentencia y efectuadas las inscripciones y publicaciones, se proceda a la designación del liquidador y del asesor contable, a fin de materializar el periodo liquidatorio de la sociedad en la forma prevista en el artículo 524 del Código General del Proceso.

2. Como soporte fáctico del *petitum* se expuso:

2.1. El 13 de julio de 2005, mediante Escritura

Pública 6838 corrida ante la Notaría 19 de Bogotá, se protocolizaron los estatutos sociales de EDITORIAL PEDAGOGÍAS ALTERNATIVAS S.A., EDIPEAL S.A.

2.2. La sociedad se constituyó mediante los aportes de los socios Fanny Díaz Benavides, Eddie Andrés Novoa Páez, Luz Dary Gómez Peralta, Miriam Rosa Vargas de Vergara, Oscar Acuña Barragán Luis Alfredo Plata Cuevas, Guillermo León Serrano, conforme a la división de las cuotas sociales y capital que aparecen señalados en la escritura de constitución que fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá.

2.3. Mediante la Escritura Pública No. 4610 del 8 de noviembre de 2006, de la Notaría 63 de Bogotá, se reformó la sociedad EDIPEAL S.A., aumentando el capital autorizado de \$30'000.000.00, a \$200'000.000.00, por lo que se modificaron los estatutos de la sociedad en ese sentido. Así mismo, se modificó la composición accionaria, la cual quedó así:

NOMBRE SUSCRITO	CAPITAL CAPITAL PAGADO
Fernando Rey Pilonieta.	\$
56'000.000.00	\$
56'000.000.00	28.0
Walter Enrique Aldana Romero	\$
39'000.000.00	
\$39'000.000.00	19.5
Giovanni M. Iafrancesco Villegas	\$
10'000.000.00	\$
1'750.000.00	5.0

Lucy Mahecha Guzmán.		\$
10'000.000.oo		\$
1'700.000.oo	5.0	
Luz Dary Gómez Peralta		\$
25'000.000.oo		\$
25'000.000.oo	12.5	
Luis Alejandro Leal Rey		\$
16'000.000.oo		\$
13'000.000.oo	8.0	
Efraín Leal Rey		\$
16'000.000.oo		\$
5'000.000.oo	8.0	
Héctor Gustavo Montejo.		\$
2'000.000.oo		\$
2'000.000.oo	1.0	
Liliana María Duque Henao		\$
2'000.000.oo		
	1.0	
Víctor Hugo Mercado Balasnoa		\$
2'000.000.oo		
	1.0	
Reserva		\$
22'000.000.oo		
TOTAL		
		\$200'000.000.oo
		\$143'450.000.oo 100.0

2.4. Como da cuenta el acta No. 2 de la Junta Directiva del 18 de septiembre de 2009, inscrita el 5 octubre de 2009, bajo el #01331931 del Libro IX de la Cámara de Comercio de Bogotá, fueron nombrados como representante legal y gerente general la señora Liliana María Duque Henao y como suplente el señor Víctor Hugo Mercado Balasnoa.

2.5. La señora Liliana María Duque Henao el 4 de marzo de 2014 renunció al cargo de representante legal con los efectos de la sentencia C-621/03 de la Corte Constitucional, por lo que actualmente solo se encuentra registrado el señor Víctor Hugo Mercado Balasnoa, como primer suplente del gerente general.

2.6. Las condiciones iniciales de la forma y objeto con que fue creada la sociedad no han variado, salvo la reforma contenida en la Escritura Pública No. 4610 del 8 de noviembre de 2006.

2.7. En la ejecución de su objeto social la persona jurídica ha adquirido bienes y contraído obligaciones. Así mismo, ha cumplido con todas las obligaciones relativas al registro mercantil, contabilidad de sus negocios, libros y demás documentos exigidos por la Cámara de Comercio; así como las tributarias y otros impuestos.

2.8. La sociedad constituyó su patrimonio con los aportes iniciales de los socios, la inversión progresiva de las utilidades y la valoración de todos los bienes adquiridos, en la forma, cuantía y condiciones que indica el balance

general de la sociedad a 31 de mayo de 2010, patrimonio que pertenece a los socios, a prorrata de sus aportes, una vez deducido el pasivo social.

2.9. Conforme a lo establecido en el artículo 457 del Código de Comercio, además de las causales generales de disolución, la sociedad Editorial Pedagógicas Alternativas S.A., se disolverá cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito.

2.10. El tema de la disolución ha sido objeto de discusión en la Junta Directiva de la sociedad sin que se hubiera producido, en espera de que las condiciones económicas de la sociedad mejoren, se reactiven la producción y las ventas. Sin embargo, esas condiciones subsisten desde hace 2 ejercicios sociales, soportando pérdidas que reducen su capital a menos del 50%.

2.11. El 9 de octubre de 2014, el señor Fernando Rey Pilonieta, con radicado 2014-01-457934, le solicitó a la Superintendencia de Sociedades información sobre la disolución y liquidación de la sociedad; recibiendo respuesta el día 21 de ese mes y año, donde se le indicó: “(...) *No obstante lo anterior, y de conformidad con lo establecido en el artículo 524 y siguientes de la Ley 1564 de 2012, cualquiera de los asociados de una compañía está legitimado para demandar la declaratoria de nulidad del contrato social y la disolución de la sociedad, invocando cualquiera de las causales previstas en la ley o en el contrato social y se adelante ante la justicia ordinaria por conducto de apoderado judicial*”.

2.12. Ni el representante legal de la sociedad, ni los demás socios están interesados en proceder a la disolución y liquidación de la sociedad, aun a sabiendas de la existencia de la causal invocada, razón por la cual el señor Fernando Rey Pilonieta en su condición de socio mayoritario, otorgó poder para que judicialmente se disponga (Folios 51 a 56 cuaderno 1).

3. Mediante auto del 5 de mayo de 2015, el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda, dispuso darle trámite y correr traslado de ella al extremo demandado (Folio 61 cuaderno 1).

3.1. La señora Luz Dary Gómez Peralta, una vez notificada, por intermedio de apoderado judicial contestó la demanda, se pronunció sobre los hechos y se opuso a las pretensiones de la demanda, pidiendo la práctica de medios probatorios (Folios 89 a 94 y 134 a 135 cuaderno 1).

3.2. Los señores Víctor Hugo Mercado Balasnoa, Héctor Jiovany Rojas Arguello y Diana Judith Castillo, previo llamamiento edictal, fueron notificados mediante curador *ad litem*; auxiliar de justicia que contestó la demanda pronunciándose sobre los hechos, no se allanó ni se opuso a las pretensiones e indicó que se atenía a lo probado en el proceso, sin proponer excepciones de fondo. Por auto del 10 de mayo de 2017 se le requirió para que enterara a todos los socios de la persona jurídica; a lo que aquella procedió (Folios 115 a 117, 128, 136-157 y 211 cuaderno 1).

3.3. Liliana María Duque Henao y Walter Enrique Aldana Romero, debidamente enterados acudieron al proceso mediante apoderado judicial contestaron la demanda pronunciándose sobre los hechos, pero no se opusieron a las pretensiones ni formularon excepciones (Folios 206 a 209 cuaderno 1).

En auto del 1 de noviembre de 2017, si bien se reconoció a los apoderados de los socios que comparecieron se advirtió que no se tendrían en cuenta sus escritos, pues la defensa la ejercía la persona jurídica a través de su representante legal, que para el caso había sido emplazado y estaba representado por la curadora (Folio 211 cuaderno 1).

3.4. El señor Efraín Leal Rey fue notificado por aviso, sin embargo guardó silencio (Folios 214 a 223 y 235 cuaderno 1).

4. Mediante providencia del 17 de abril de 2018, se resolvió sobre la petición de pruebas y se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata los artículos 372 y 528 de la Ley 1564 de 2012 (Folios 235 cuaderno 1).

5. El 5 de septiembre de 2019, se evacuó la audiencia inicial y en ella se recaudo el interrogatorio del actor Rey Pilonieta y de Luz Dary Gómez Peralta (Folios 243 a 244 cuaderno 1).

6. El 18 de octubre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento, en la cual una vez escuchados los alegatos de conclusión, se indicó que el fallo se dictaría por escrito y se informó que se negarían las pretensiones de la demanda (Folios 248 y 249 cuaderno 1).

7. El 13 de diciembre de 2019 el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, profirió la sentencia escrita que denegó las pretensiones del actor, sin condenarlo en costas (Folios 252 a 257 cuaderno 1)

LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión la parte demandante formuló contra ella recurso de apelación que sustentó reprochando que al momento de abrirse a pruebas el proceso no se señaló fecha y hora para la realizar la inspección judicial, ni tampoco designó auxiliar de justicia para verificar los libros de contabilidad y demás documentos que se estimaran necesarios como lo había solicitado en la demanda, pues con el dicho medio de prueba se buscaba determinar las utilidades que estaba generando la sociedad comercial, bajo los principios de publicidad e imparcialidad que garantizan el debido proceso.

Citando la sentencia T-274 de 2012, dijo que el *a quo* no podía motivar su decisión en un supuesto de utilidades que generaba la sociedad comercial para el año 2015, cuando se radicó la demanda; debió recaudarse la prueba solicitada con el fin de que un perito pudiera estimar los balances reales que a la fecha presenta la sociedad.

Añadió, que no puede adoptarse la decisión impugnada teniendo en cuenta los argumentos presentados por una de las socias minoritarias, y que corresponde a una apreciación personal que refiere por el solo hecho de tener cercanía directa con uno de los actuales acreedores de la

sociedad comercial.

Apuntó que, si en gracia de discusión no procediera la causal invocada en la demanda, sí se puede establecer y probar la voluntad y decisión de la mitad de los socios (incluido el socio mayoritario), de no continuar con la sociedad al manifestar su interés de disolución como lo indicaron los socios Fernando Rey Pilonieta (demandante); Walter Enrique Aldana Romero y Liliana María Duque Henao (representados por apoderado) y Héctor Gustavo Montejo y Víctor Hugo Mercado Balasnoa (representados por curador *ad litem*); el juez pudo decretar de oficio una de las causales contempladas en el artículo 218 del Código Comercio, pues la voluntad manifestada por los socios mayoritarios, no puede desconocerse o limitarse a criterios e intereses de los socios minoritarios, lo cual conlleva a la desaparición del “*animus societatis*” soporte fundamental para la existencia de cualquier ente jurídico.

Ante esta Sede, el apoderado sustentó el recurso insistiendo en los reparos con similares argumentos.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación defina el recurso de apelación propuesto.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante, sustentados ante esta Colegiatura, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. Previamente a abordar el examen de fondo de la controversia, debe hacerse remembranza que el artículo 164 de la ley 1564 de 2012, como lo hacía el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, erige el principio de necesidad de la prueba en el baluarte principal de la decisión judicial, de manera que ésta solo sea el reflejo de los medios legal y oportunamente aportados al proceso, necesidad que se revela en cada uno de los sujetos procesales, de acuerdo con su interés frente al debate y que da surgimiento a la dinámica en que se tensan las razones de la dialéctica cuya conclusión debe resolverse a favor de una de ellas y en contra de la otra, conforme a la robustez de sus asertos.

El desconocimiento de este principio por los enfrentados, determina al fallador la adopción de decisión que, en todo caso desate la suerte de los derechos en conflicto, previo señalamiento del sujeto a quien incumbía la carga de probar los supuestos fácticos aducidos en soporte de sus aspiraciones procesales.

Se articula de este modo el sistema con el principio de la carga probatoria contenido en el artículo 167 de la Obra Procesal Civil que hoy rige, 178 de la otrora codificación, en concordancia con el artículo 1757 del Código Civil que instala en la órbita de los contradictores, el gravamen de asumir las actuaciones tendientes a dotar de certeza al juzgador sobre los hechos que alega y en los que edifica sus aspiraciones procesales.

4. En el asunto sometido al escrutinio de esta jurisdicción, el demandante Rey Pilonieta, aduciendo su condición de socio mayoritario, en su acto introductorio reclamó la declaratoria de disolución y liquidación de la sociedad anónima de la cual hace parte, esto es, la Editorial Pedagogías Alternativas S.A., porque en su sentir se configuró la causal 2ª del artículo 457 del Código de Comercio.

5. Lo primero que debe señalarse es que asiste legitimación al actor para propiciar la acción, al ostentar la calidad de socio de la demandada Edipeal SA, como se desprende de la cláusula 3ª de la Escritura Pública 4610 de 8 de noviembre de 20061, hecho además indiscutido; calidad que exigía el artículo 627 del Código de Procedimiento Civil en cuya vigencia se radicó la demanda: “**Artículo 627. Procedencia.** A petición de cualquiera de los socios, procede declarar judicialmente la disolución y decretar la liquidación de una sociedad civil, comercial o de hecho, por las causales previstas en la ley o el contrato social, siempre que tal declaración no corresponda a una autoridad administrativa.”

6. Por otra parte, el artículo 218 del Código de Comercio consagra las causales generales de disolución de la sociedad comercial:

“La sociedad comercial se disolverá:

1) Por vencimiento del término previsto para su duración en el contrato, si no fuere prorrogado válidamente antes de su expiración;

2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;

3) Por reducción del número de asociados a menos del requerido en la ley para su formación o funcionamiento, o por aumento que exceda del límite máximo fijado en la misma ley;

4) Derogado. L. 222/95

5) Por las causales que expresa y claramente se estipulen en el contrato;

6) Por decisión de los asociados, adoptada conforme a las leyes y al contrato social;

7) Por decisión de autoridad competente en los casos expresamente previstos en las leyes, y

8) Por las demás causales establecidas en las leyes, en relación con todas o algunas de las formas de sociedad que regula este Código”.

Y el artículo 457 del mismo ordenamiento mercantil, respecto de la sociedad anónima, dispone:

“La sociedad anónima se disolverá:

1) Por las causales indicadas en el artículo 218;

2) Cuando ocurran pérdidas que reduzcan el patrimonio neto por debajo del cincuenta por ciento del capital suscrito, y

3) Cuando el noventa y cinco por ciento o más de las acciones suscritas llegue a pertenecer a un solo accionista”.

7. Efectivamente, en esta oportunidad en el libelo demandatorio se esgrimió como motivo para pedir la disolución de la sociedad, la causal 2ª del último precepto citado, siendo entonces el punto medular demostrar que en el último ejercicio contable el ente jurídico arrojó pérdidas que disminuyeron su patrimonio neto por debajo del 50% del capital suscrito.

En este orden de ideas, el valor que se toma como referencia para determinar la disminución patrimonial, es el patrimonio líquido o neto; esto es, que al patrimonio bruto [total de activos], se restan todos los pasivos de la sociedad, y el resultado será el que se compara con el capital suscrito de la sociedad.

También importa recordar que, en las sociedades por acciones, el capital se encuentra dividido en tres partes o componentes, debidamente diferenciados, así el capital se divide en capital autorizado, capital suscrito y en capital pagado:

“Capital autorizado: es llamado también "capital nominal" o "capital programa" y corresponde a la cifra acordada por los accionistas fundadores como necesaria para desarrollar el objeto de la compañía en la etapa inicial o en un lapso próximo o remoto. Esa cifra está representada por el monto de las acciones suscritas y de las que se dejan en cartera

para ser emitidas y colocadas ulteriormente entre los accionistas y quienes se vinculan con aportes a la sociedad. Si no coincide con la del capital suscrito, dicha cifra es simplemente ideal, pues no significa efectivo ni es garantía para los terceros en cuanto rebasa la del suscrito. El artículo 376 del Código de Comercio dispone que al constituirse la sociedad deberá suscribirse no menos del cincuenta por ciento del capital autorizado y pagarse no menos de la tercera parte del valor nominal de cada acción de capital que se suscriba.

La decisión de incrementar el capital autorizado corresponde adoptarla a la Asamblea General de Accionistas.

Capital suscrito: Es la parte del capital autorizado que los accionistas se han obligado a cubrir, pues corresponde a las aportaciones que los asociados entregan a la sociedad o prometen acabar de pagar en un lapso que no

puede exceder de un año. De ahí que su representación concreta está en el monto de las acciones suscritas, sea que se hayan pagado íntegramente o que se estén debiendo en parte. Si todas las acciones de la sociedad aparecen colocadas, el capital autorizado y el suscrito obviamente coinciden.

La cifra de este capital puede aumentarse mediante la emisión de acciones en cartera, es decir, aquellas representativas del capital autorizado que no han sido suscritas, también puede incrementarse mediante la capitalización de utilidades o de la cuenta de revalorización del patrimonio, estas decisiones debes ser adoptadas o autorizadas por las asamblea de accionistas.

Capital pagado: Es la parte del suscrito que ha sido efectivamente cubierto a la sociedad. En otras palabras, corresponde al importe de las acciones suscritas por los accionistas que éstos han pagado en dinero o en especie, o por la capitalización de reservas o de utilidades repartibles entre los accionistas. Al suscribir una acción en el acto constitutivo o posteriormente, debe pagarse por lo menos la tercera parte de su valor. Si los accionistas no deben suma alguna por las acciones que suscribieron, el capital pagado coincidirá con el capital suscrito.

8. Siguiendo esas directrices, gravitaba en el demandante Rey Pilonieta la carga de probar que para el año 2014, ejercicio operacional precedente a la época en que impulsó la acción vengero de éste proceso, el 12 de febrero de 2015, la sociedad Editorial Pedagogías Alternativas S.A. revelaba que su patrimonio neto se había disminuido a menos de \$100'000.000,00, pues conforme a la cláusula 3ª de la escritura 4610 de 8 de noviembre de 2006 otorgada en la Notaría 63 de esta ciudad, y del certificado de existencia y representación de la persona jurídica el capital suscrito se fijó en \$200'000.000,00 (folios 19 y 24 vuelto del cuaderno 1)

8.1. En el caso en estudio, es claro que la parte demandante no cumplió con la carga de la prueba que en ella gravitaba.

Es cierto que el actor pidió la practica de inspección judicial con intervención de peritos sobre los libros de contabilidad de la empresa; pero no lo es menos que el juez cognoscente en primer grado, en proveído del 17 de abril de 2018, la negó, decretando en su lugar la prueba pericial deprecada y para el efecto le confirió a la parte demandante un término de 20 días para que aportara el peritaje. Evidentemente el término legal para atacar dicho auto feneció sin reproche alguno de las partes, luego, causó ejecutoria, adquirió firmeza procesal y fuerza

vinculante para los intervinientes en la causa, no obstante el extremo procesal demandante dejó vencer el plazo en silencio, ergo prevalido de su propia incuria inadmisibile es que ahora venga a cuestionar la decisión que en su momento no atacó y a trasladar la carga demostrativa a la jurisdicción.

Coruscante aparece que el demandante no probó la causal de disolución de la sociedad demandada que invocó pues, como lo señaló el *a quo*, la única prueba aportada refiere a los estados financieros a 31 de mayo de 2010 y ellos revelan utilidades y no pérdidas.

9. Por último, inaceptable es que la parte demandante en sede de apelación de la sentencia de primera instancia, pretenda modificar la demanda para agregar nuevas causales de disolución y liquidación de la sociedad, como es una supuesta falta de “*animus societatis*”, y mucho menos tomando como base lo actuado por unos demandados que se encuentran representados por curador *ad*

litem, quien como auxiliar de la justicia carece de la facultad de disponer del derecho de sus representados, por lo demás lo manifestado por la curadora fue que se atenía a lo que resultare probado. Y si bien los socios Aldana y Duque dijeron que no se oponían a las pretensiones, no manifestaron su allanamiento a ellas. En todo caso, las acciones de los socios Rey Pilonieta, Aldana Romero y Duque Henao, apenas suman 48.5%; muy lejos del 75% que estatutariamente se fijó para que en asamblea general de accionistas se aprobara la disolución de la sociedad, según se estipuló en la cláusula 3ª de la escritura de constitución 6838 de 13 de julio de 2005 corrida en la Notaría 19 de Bogotá.

10. Ante el escenario jurídico y probatorio que acaba de analizarse los argumentos del censor resultan infundados, por lo que se mantendrá la decisión del juzgado de primer grado; y dado el fracaso del recurso, se condenará en costas al apelante vencido.

CONTRATO DE CONCESIÓN
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103011201600862 01.

Descriptores. Terminación unilateral – Agencia comercial – Contrato de distribución – Tacha de falsedad – Posición dominante.

TESIS

Del precedente análisis se concluye que las conductas arbitrarias que se le endilgaron a la parte demandada son infundadas, como quiera que la decisión de terminación del contrato que lo ligaba a la demandante se fundó en el reiterado incumplimiento de ésta a las cargas contractuales que asumió. Se sigue de ello que, las pretensiones indemnizatorias no podían obtener decisión favorable.

La crítica a la valoración de los elementos probatorios que, según el artículo 176 de la ley 1564 de 2012, deben “... ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”, resulta infundada, pues además de haberse consignado en la providencia, la juzgadora hizo el justiprecio del conjunto de pruebas recaudadas, de manera ponderada y conforme a las reglas de la sana crítica.

ANTECEDENTES

1. Distribuidora Mayorista de Automóviles Madiautos S.A.S., promovió demanda en contra de Ford Motor de Venezuela S.A., en la que formuló las siguientes pretensiones declarativas:

1.1. DECLARAR que de conformidad con el artículo 1331 del Código de Comercio, entre Ford Motor de Venezuela S.A., por intermedio del representante legal de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, y Distribuidora Mayorista de Automóviles Madiautos S.A.S. (antes MADIAUTOS LTDA.) se configuró

una agencia mercantil de hecho, desde noviembre de 2000 hasta el 15 de diciembre de 2011, regulada por las disposiciones de los artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio y demás normas concordantes.

Pretensión subsidiaria de la primera pretensión principal:

DECLARAR que entre Ford Motor de Venezuela S.A., por intermedio del representante de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de

Colombia Sucursal, y Distribuidora Mayorista de Automóviles Madautos S.A.S., se celebró y ejecutó una relación contractual innominada y/o atípica desde noviembre de 2000 hasta el 15 de diciembre de 2011, por razón de la cual la segunda se encargó de la promoción, comercialización y mantenimiento de vehículos y repuestos de la marca Ford y de los servicios de postventa a los clientes de la demandada, cumpliendo instrucciones impartidas por la primera.

1.2. DECLARAR que Ford Motor de Venezuela S.A., por medio del representante legal de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, ejerció una posición de dominio contractual frente a Distribuidora Mayorista de Automóviles Madautos S.A.S. (antes MADIAUTOS LTDA.), en el curso de la relación jurídico comercial que existió entre ellas.

1.3. DECLARAR que en ejercicio abusivo de su posición de dominio contractual frente a Distribuidora Mayorista de Automóviles Madautos S.A.S. (antes MADIAUTOS LTDA.) e incumpliendo sus obligaciones legales y contractuales de obrar de buena fe, la demandada Ford Motor de Venezuela S.A. por intermedio del representante legal de su sucursal de dicha sociedad establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, dio por terminada la relación contractual de manera unilateral, mediante comunicación del 6 de julio de 2011, terminación que hizo efectiva a partir del 15 de diciembre de 2011.

CESANTÍA COMERCIAL (art.1324° inc. 10 C. de Cio.)

1.4. DECLARAR que a la terminación de la agencia mercantil de hecho se hizo exigible la obligación de Ford Motor de Venezuela S.A., por intermedio del representante legal de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, de pagarle a Distribuidora Mayorista de Automóviles Madautos S.A.S. (antes MADIAUTOS LTDA.) la prestación mercantil establecida en el inciso 10 del artículo 1324° del Código de Comercio.

RETRIBUCIÓN DEL INCISO 2° del Art. 1324.

1.5. DECLARAR que con la terminación unilateral de la agencia mercantil de hecho se hizo exigible la obligación de Ford Motor de Venezuela S.A., por intermedio del representante legal de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, de pagarle a Distribuidora Mayorista de Automóviles Madautos S.A.S.

(antes MADIAUTOS LTDA.) a título de la retribución equitativa a que se refiere el inciso 2o del artículo 1324 del Código de Comercio, para compensar los esfuerzos que hizo la demandante con el objeto de acreditar la marca y servicios FORD.

Pretensiones de condena

1.6. CONDENAR a Ford Motor de Venezuela S.A., por intermedio del representante legal de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, a pagar a Distribuidora Mayorista de Automóviles Madautos S.A.S. (antes MADIAUTOS LTDA.) la suma de CINCO MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y SEIS CENTAVOS (\$5.557'445.198,46) o la que resulte probada en el proceso, equivalente a la doceava parte del promedio de las utilidades recibidas por la demandante en los tres últimos años anteriores a la terminación del contrato por cada año de la vigencia del contrato, de conformidad con el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, suma que debe ser indexada con el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la respectiva causación hasta la terminación del contrato.

1.7. CONDENAR a Ford Motor de Venezuela S.A., por intermedio del representante legal de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, a pagar a Distribuidora Mayorista De Automóviles Madautos S.A.S. (antes MADIAUTOS LTDA.) a título de la retribución equitativa a que se refiere el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, la suma de OCHENTA UN MIL TRES CIENTOS VEINTICINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES MIL SETECIENTOS VEINTINUEVE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$81.325.'433.729,99) o la que resulte probada en el proceso, para compensar los esfuerzos que hizo la demandante con el objeto de acreditar la marca y servicios de FORD MOTOR DE COLOMBIA SUCURSAL, suma que debe ser indexada con el Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de la respectiva causación hasta la terminación del contrato.

INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

1.8. CONDENAR como consecuencia de la PRETENSIÓN PRIMERA PRINCIPAL o de la PRETENSIÓN PRIMERA SUBSIDIARIA, según el caso, y de las pretensiones SEGUNDA Y TERCERA, a Ford Motor de Venezuela S.A., por intermedio del

representante legal de su sucursal establecida en Colombia, denominada Ford Motor de Colombia Sucursal, a pagar a Distribuidora Mayorista de Automóviles Madiautos S.A.S. (antes MADIAUTOS LTDA.) como consecuencia de la terminación unilateral de la relación contractual con la demandante y el incumplimiento contractual y legal de los deberes que emanan del principio de la buena fe, la indemnización de los siguientes perjuicios:

a. A título de DAÑO EMERGENTE, la suma que resulte probada en el presente proceso como compensación por: La suma MIL MILLONES DE PESOS (\$1.000'000.000) o la que resulte probada, compensatoria de la totalidad de los costos por las obras de remodelación y adecuación de la sede Morato de su establecimiento comercial, en que incurrió la demandante por exigencia de la demandada.

b. A título de LUCRO CESANTE, la suma de

NOVENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y SIETE MILLONES CINCUENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS OCHENTA PESOS CON CUARENTA Y OCHO CENTAVOS (\$97.847'059.880,48) o la que resulte probada en el presente proceso, por concepto de utilidades que MADIAUTOS S.A.S.(antes MADIAUTOS LTDA.) hubiera percibido de haber continuado la normal ejecución de la relación contractual con la demandada, suma que deberá calcularse anualmente a partir de la fecha de terminación de la relación jurídica entre las partes que corresponde a la utilidad operacional proyectada de 2011 a 2021.

Estas sumas deberán indexarse desde la presentación de la demanda con el Índice de Precios al Consumidor hasta la fecha del fallo.

1.9. CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante las costas del proceso, fijando como agencias en derecho el 15% de la suma total de las condenas que le fueren impuestas.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad la actuación surtida, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo sobre el recurso de apelación propiciado por la parte demandante contra la sentencia que en primera instancia se expidió.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante ante la primera instancia y sustentados en esta sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

De allí que, como enfáticamente lo resaltó el recurrente al sustentar su recurso se dirige “*exclusivamente*” a cuestionar los numerales 3° y 5° de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, en cuanto no se accedió a las pretensiones indemnizatorias con ocasión de la terminación unilateral del contrato de concesión y se condenó en costas a la actora. Por tanto a ello se circunscribe la competencia del Tribunal, descartándose el examen de la temática concerniente a la agencia comercial de hecho y las condenas derivadas de ésta, sin perjuicio, claro está, del análisis que incumbe para dilucidar las inconformidades del recurrente.

3. Ha señalado la jurisprudencia patria para distinguir la agencia comercial de otras formas

negociales el que el agente obra a nombre y por cuenta de un tercero, por lo mismo, esta circunstancia separa a la agencia comercial sustancialmente de los vínculos en que el intermediario adquiere los productos para la reventa, en esta última, poniendo en funcionamiento todas sus capacidades se aprovecha de la diferencia de precios de compra y enajenación, corriendo los riesgos de cartera propios de quien ejerce actividades de comercio:

(...) Trátese en verdad de una característica relevante, habida cuenta que permite diferenciarlo de otros acuerdos negociales, como el suministro y la concesión, en los que el suministrado y el concesionario actúan en nombre y por cuenta propia, razón por la cual la clientela obtenida al cabo de su esfuerzo le pertenece, y son ellos quienes asumen los riesgos del negocio, de manera que no devengan remuneración alguna, entre otras cosas, porque las utilidades derivadas de la reventa les pertenece” (CSJ SC, 15 Dic 2006, Rad. 1992-09211-01).

Y refiriéndose al contrato de concesión puntualizó:

“La reventa es de la esencia de los contratos de distribución y de concesión, que hacen parte de los convenios denominados de «cooperación», y se caracterizan por la observancia por el comercializador de las pautas y orientaciones impartidas por el productor, que -explica Farina- «pueden comprender la disminución de algunas potestades de aquél, como la de estipular

precios y cantidades, la de diseñar una estrategia propia de mercadeo e, inclusive, en algunos eventos, la restricción de anunciarse con signos distintivos propios. A su turno el distribuidor, cualquiera que sea el contrato que lo liga a la empresa productora y sea cual fuere el nombre que pueda asumir (distribuidor exclusivo, concesionario, franchisee u otro), obtiene una posición ventajosa en el mercado porque a veces tiene la exclusividad para la comercialización del producto, y cuando no, cuenta con la posibilidad de comprar a la empresa productora con preferencia de los que no gozan de esa relación’.

La jurisprudencia ha visto en esos pactos de exclusividad o de trato preferencial, una característica que suele estar acompañada de otros acuerdos que «determinan la conducta del distribuidor, quien los soporta como una condición ineludible con miras a conseguir las utilidades derivadas de su labor de intermediación, pues es usual que por tratarse de bienes o servicios respecto de los cuales la marca, el lugar de procedencia, las condiciones de mercadeo, entre muchas otras condiciones, permiten vislumbrar aceptables márgenes de ganancia que hacen tolerables esas imposiciones» (CSJ SC, 15 Dic 2006, Rad. 1992-09211).

La intervención del fabricante o productor en las actividades de promoción, publicidad y mercadeo de las mercancías ejercidas por el distribuidor es, luego, un rasgo propio del género de los negocios de intermediación y cooperación, que puede llegar incluso a la fijación de precios base y descuentos a consumidores, el establecimiento de condiciones de venta; la autorización de uso de emblemas del empresario; la intervención en los mecanismos de promoción y en la contabilidad respecto de las operaciones comerciales ejecutadas; señalamiento de directrices en materia de visitas y entregas de pedidos a los clientes, y la conformación de stocks y aprovisionamientos suficientes para la clientela.

Una mayor injerencia del empresario se hace evidente cuando los intermediarios son integrados a la red de comercialización del productor, lo que, según doctrina española, tiene lugar a través de la aceptación de cláusulas que persiguen «una adecuada promoción de sus ventas o prestaciones», en las que los primeros «adaptan su actividad y estrategia empresarial individual al plan trazado por su principal (el empresario)» de modo que el comerciante que se inserta en ese entramado se caracteriza por «gozar de autonomía jurídica y, al tiempo, estar sometido a una fuerte subordinación económica».

Los contratos de distribución integrada, a los que también se denomina de «distribución en sentido estricto», en los que están incluidas las modalidades de «concesión comercial o de distribución en exclusiva... distribución autorizada o selectiva y franquicia», han superado funcionalmente al convenio de agencia mercantil, porque -explica el autor citado- desplazan «hacia el distribuidor los riesgos y costos de la actividad de promoción, sin que ello suponga una pérdida de control del fabricante o mayorista sobre esta actividad».

1.5. El de distribución, es un convenio que otorga al comercializador el derecho de vender los productos del empresario en una zona geográfica determinada bajo las condiciones impuestas por este, obteniendo como ganancia la diferencia entre el precio de compra al productor y el de venta al cliente final, denominada margen de reventa.

El beneficio del distribuidor resulta de su propia actividad, por cuanto adquiere las mercancías y debe pagar su valor al productor con independencia de la suerte que corra al revenderlas (actúa por su cuenta y en nombre propio), por lo que el incumplimiento del cliente solo lo perjudica a él, y debe soportar todos los riesgos de los productos desde que estos quedan a su disposición.

Cuando el empresario recurre a esta figura «se compromete a remitir... las unidades, en las cantidades que éste lo requiera, dentro de ciertos márgenes, pero tales unidades le son enviadas en propiedad al distribuidor, quien es deudor del precio ante la empresa fabricante. A su vez, el distribuidor es quien le vende al cliente y, en consecuencia, es quien factura y adquiere todos los derechos y asume todas las obligaciones de vendedor».

El comercializador se obliga a «efectuar las ventas del producto; pero, fundamentalmente, se obliga a pagar el precio de la mercadería que recibe en las condiciones y plazos pactados. Se obliga, más que a vender, a adquirir una cantidad mínima de mercadería dentro de los períodos previstos. Es natural que el distribuidor se esfuerce en vender esa cantidad mínima, pues de otro modo, acumulará un stock a pura pérdida. Claro está que el fabricante o proveedor pueden no conformarse con esa venta mínima y requerir al distribuidor una mejor política de ventas, para aumentar así la política de colocación del producto en el mercado» (subrayado no es del texto).

En resumen, como elementos diferenciadores de las figuras del agente y del distribuidor, se resaltan las siguientes:

a) Aunque ambos se encuentran integrados en

la red de comercialización del empresario, desde el punto de vista económico, en tanto la inversión del agente, por lo general, está relacionada con la organización de su empresa, la del distribuidor se extiende a la compra de productos al fabricante para revenderlos.

b) El agente recibe una remuneración del empresario; en cambio, el distribuidor obtiene las ganancias del margen comercial de la reventa.

c) En su relación con los clientes, el distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia, por lo que debe correr con el riesgo y la suerte de las ventas que realice; el agente, no asume esas contingencias porque realiza su actividad profesional para el dominus negotii, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario.

1.6. La concesión alude a un privilegio que el empresario otorga a una empresa para obtener por su conducto una participación más amplia y eficaz, en la comercialización de sus productos o en la prestación de sus servicios, actividad que es controlada e impulsada directamente por el concedente, lo que supone que el concesionario está sujeto a la organización, coordinación y control impuestos por aquel, fenómeno al que se conoce como «concentración vertical de empresas».

Generalmente, se presenta una exclusividad recíproca, pues la empresa concesionaria contrae la obligación de no distribuir productos de competidores del concedente en el territorio asignado y este, por su parte, se compromete a no venderle a distribuidores ajenos a su red de comercialización, ni directamente a los consumidores de esa zona. Es usual que esa exclusividad tenga como contrapartida la compra por el concesionario de una cantidad mínima de mercancías.

El vínculo jurídico, por oposición a lo que ocurre en la agencia, se establece directamente entre el concesionario y el cliente, pues el primero ha comprado el producto a su fabricante y después lo comercializa en nombre propio, y por su cuenta y riesgo.” (subrayado fuera del texto)
Más recientemente, también a propósito de distinguir la agencia mercantil señaló la Corte:

“3.2.3.4.3. Con la concesión, se diferencia, desde el punto de vista jurídico y práctico: (i) corrientemente el agente no cumple la función de vender sino solo la de promover, de manera tal que la vinculación jurídica del comprador se establece por regla general con el

proponente, quien soporta el riesgo económico de la explotación, mientras que el concesionario compra, a nombre propio, la mercadería para revenderla, quedando vinculado jurídicamente con el comprador; (ii) Comúnmente, la agencia requiere de la aplicación de los recursos del proveedor a la fase de la comercialización, y la concesión, por el contrario, permite alcanzar un cierto poder directivo y de control de recursos ajenos, mediante el cual el fabricante llega a organizar y dirigir una red comercial, sin el menester de concentrar, en la misma, parte de su capacidad de inversión; (iii) el agente actúa en una zona de exclusividad, vale decir, sin la concurrencia, en ella, del fabricante o distribuidor, mientras que el concesionario no siempre es exclusivo; (iv) el lucro del concesionario se encuentra en la diferencia entre el precio de compra al fabricante o distribuidor y el precio de reventa al consumidor, en tanto, en la agencia la retribución generalmente se hace con un porcentaje de comisión sobre el valor de venta del artículo; y, (v) si bien el agente y el concesionario desarrollan su actividad con independencia y autonomía, lo cierto es que la concesión suele instrumentarse en un contrato de adhesión, o en un contrato reglamento en el que se le fijan al concesionario normas muy detalladas y condiciones muy estrictas sobre el desarrollo y cese de su relación contractual, a tal punto que en la práctica el concesionario se halla sometido a la voluntad del concedente, no por dependencia jurídica pero sí por subordinación económica y técnica. En punto a sus semejanzas, suelen destacarse: (i) se desarrollan por comerciantes independientes, sin subordinación jurídica a un tercero en virtud del contrato¹⁹; (ii) en ambos se dispone de una organización empresarial permanente que, por cuenta y riesgo propios, está al servicio de un tercero para dar salida a sus productos; (iii) con el tercero se crea una relación que no se extingue con la realización de uno o más negocios determinadas, sino que continúa por un tiempo, generalmente prolongado; (iv) ambos desarrollan actividades dentro de una zona y ramo de comercio determinados; (v) los contratos se desenvuelven bajo la égida de la confianza, son intuitu personae, en razón de la propia especialidad profesional y experiencia mercantil.” (subrayado fuera de texto)

Según lo anterior en la concesión, el concesionario compra, a nombre propio, la mercadería para revenderla, quedando vinculado jurídicamente con el comprador y no siempre es exclusivo, su lucro está en la diferencia entre el precio de compra y el de reventa, aunque no exista subordinación jurídica sí tiene dependencia económica y técnica con el concedente.

Pero, para el caso de particular importancia es el contrato de distribución, en el que el distribuidor adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene y las vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, le factura al cliente y su utilidad surge de la diferencia entre el precio al que compra el producto y aquel por el que lo vende; negocio cuyo objeto es *“que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela”*.

4. Puesto de presente el marco legal y jurisprudencial que antecede, en verdad no puede pregonarse que entre las partes se desarrolló una agencia mercantil, pues el negocio entre ellas ajustado y ejecutado consistió en que Madiautos compraba a Ford Motor vehículos para la reventa, adquiriendo para sí la propiedad de los mismos, procedía a su comercialización por cuenta propia, asumía los riesgos del negocio, asesoraba y atendía a sus clientes en la posventa y, su margen de ganancia estaba en la diferencia entre el valor por el cual adquiría los automotores y el precio por el cual los revendía, sin que representara a la demandada, ni gestionara sus negocios, tampoco recibía como contraprestación una remuneración; no tenía exclusividad ni la ofrecía, pues véase que comercializaba vehículos nuevos de la marca Mazda; y usados de otras marcas; e indistintamente brindaba asistencia técnica y servicio de taller.

En criterio de la Sala, la relación negocial que se desarrolló entre las partes fue un contrato de distribución que responde a las características que acaban de consignarse; siendo precisó adentrarse en los reproches planteados por el apelante, quien no cuestionó la inexistencia de la agencia comercial de hecho pretensión cuyo fracaso declaró la juez de primera instancia; dirigiendo su disenso a plantear que el contrato que unió a las partes fue finiquitado unilateral e injustificadamente por la demandada, razón que soporta la reparación de los daños irrogados a la demandante.

5. En cuanto a la indebida valoración probatoria y la evidencia utilizada para llegar a las conclusiones objeto de apelación y una omisión fundamental en el estudio y valoración del elemento más importante de la litis que es si hubo o no una justa causa para terminar unilateralmente la relación contractual; se impone evaluar la relación negocial ajustada y desarrollada entre las partes con base en las probanzas recaudadas:

5.1. Organizadas cronológicamente todas las comunicaciones cruzadas entre las partes, arrojadas al plenario, tenemos:

* El 8 de septiembre de 2000, Enrique

Guzmán, gerente de Madiautos se dirige a Ford Motor Colombia, acusando recibo de misiva del 6 de septiembre y manifiesta que *“MADIAUTOS da por hecho su ingreso a la red de concesionarios MAZDA/FORD”* (folio 425 cuaderno 1).

*Ignacio Ortiz, Director-Gerente General de Ford Motor de Colombia, se dirige a Madiautos Ltda, en carta de 21 de noviembre de 2000, señala:

“De acuerdo a su solicitud de ser concesionario dual Ford/Mazda, por la presente formalizamos nuestra intención de otorgarle a MADIAUTOS LTDA. un convenio de Ventas que le atribuirá la condición de concesionario autorizado para la venta de los productos que comercializa Ford Motor de Colombia Suc., que no excluya la condición de concesionario autorizado para la venta de productos marca MAZDA, siempre que sean cumplidos los trámites y condiciones que más adelante se detallan, en especial los relativos a los Principio Guía para Concesionarios Duales FORD MAZDA que se anexan a la presente, reservándonos el derecho de revocar y reasignar la presente autorización si tales condiciones no son cumplidas en el lapso de treinta (30) días continuos contados a partir de la fecha de esta carta de intención.

CONDICIONES PARA EL OTORGAMIENTO DEL CONVENIO DE VENTAS CUYA INTENCION SE DECLARA: CONSTITUCION DE LA SOCIEDAD

La sociedad presentada por ustedes, “MADIAUTOS LTDA” deberá manejar única y exclusivamente las marcas Ford y Mazda y no podrá ser cambiada sin la aprobación de Ford

Motor de Colombia Suc. De igual forma el nombre “MADIAUTOS” deberá ser usado única y exclusivamente para el concesionario autorizado como dual Ford-Mazda la cual comercializa también vehículos usados de diversas marcas.

*(...) LOCALIDAD DEL CONCESIONARIO: Ford Motor de Colombia Suc. manifiesta la presente intención de nombrarlos concesionarios autorizados entre otras razones por su actual ubicación: **Vitrina de Ventas y Taller en la Trnasversal 49 No. 96-95 en Bogota** (sic) deberán continuar siendo las mismas y no podrán comercializar ni establecer puntos adicionales para la venta o servicio de nuestros productos, fuera de dicha localidad, sin la autorización expresa de Ford Motor de Colombia Suc., dada por escrito, reservándonos el derecho de asignar o modificar el área geográfica de responsabilidad que deberá cubrir el concesionario en materia de Ventas y Servicio. (...) Las instalaciones deberán ser acondicionadas, organizadas e identificadas*

de acuerdo con nuestras guías corporativas de diseño de instalaciones de concesionarios; con las variantes resultantes de aplicar los Principios Guía para concesionarios Duales que se anexan, a fin de mantener una excelente apariencia tanto interior como exterior.

Cuando las ventas se incrementen por encima del volumen planificado, deberán disponer de las áreas adicionales que Ford Motor de Colombia Suc. les requiera para absorber el crecimiento de las operaciones de vehículos nuevos, repuestos, servicio técnico y vehículos usados.

VOLUMEN DE VENTAS PLANIFICADO:

Según lo acordado, la capacidad mínima instalada del concesionario deberá corresponder a un volumen de ventas de 20 unidades de Ford para el año 2000 y 240 unidades nuevas de Ford para el años 2001, sin perjuicio de que deberá ser incrementada cuando a juicio de Ford Motor de Colombia Suc., se estime necesario para absorber el crecimiento de las operaciones de venta del concesionario.

VITRINA DE VENTAS

La vitrina de ventas deberá ser modificada y adecuada de acuerdo a los planos y especificaciones determinados por la empresa EXPACIA DISEÑO, según la cotización anexa a la presente carta de intención. Los valores indicados en esta cotización son aproximados y pueden surgir cambios que alterarían el valor final.

Independientemente de la contratación y ejecución de estas obras, deberán respetarse los parámetros de materiales y diseño que se presentaron a ustedes por parte de Expacia Diseño, empresa que será la encargada de dar la aprobación final de las obras, garantizando que cumplirán con los parámetros corporativos diseñados para las operaciones duales Ford – Mazda en Colombia.” (folios 426-428 cuaderno 1).

Igualmente se fijaron las condiciones de instalación de servicio y repuestos, herramienta especializada y manuales técnicos Ford, repuestos Ford, capital suscrito y pagado, capital de trabajo, líneas de crédito, advirtiéndose que “El concesionario deberá cumplir, en todo momento, con los planes de acción operativos que Ford Motor de Colombia Suc, le requiera, a través de nuestro personal autorizado en cada una de las distintas áreas del negocio, dentro del proceso de inicio, desarrollo y estandarización de sus operaciones.”, constituye dicho documento la llamada carta de intención génesis del vínculo entre demandante y demandada.

*Ese mismo día, Enrique Guzmán respondió: “confirmó a ustedes que la sociedad “MADIAUTOS LTDA.” dejara de comercializar vehículos nuevos marca FIAT y HYUNDAI a partir de Diciembre 1 de 2000.

Adicionalmente estos cambios se harán en la identificación de las vitrinas de estos concesionarios al igual que en todos los aspectos comerciales financieros y legales”, y ratificó que solo comercializaría vehículos nuevos Mazda y Ford y usados de diversas marcas (folio 429 cuaderno 1).

*El 14 de enero de 2002, Enrique Guzmán escribe a Ignacio Ortiz para referirse a una comunicación de 21 de diciembre de 2001, y en ese sentido expresó estar de acuerdo con elaborar un plan comercial en conjunto para incrementar las ventas de la marca Ford; se respetarán las zonas de exhibición de cada marca, la publicidad se hará de acuerdo a las normas corporativas establecidas; elaborar un cronograma para aumentar la herramienta especializada, capacitar al personal en el producto Ford, iniciar la implementación del programa Q 101 S&R, y de programa que promoció el área de servicio y repuestos Ford (folios 430-431 cuaderno 1).

*El 25 de febrero de 2002, Hernando Baquero Gerente de servicio al cliente de Ford, en respuesta a la anterior se refirió al área de posventa en cuanto a herramientas, capacitación de personal, programa Q-101 y servicio total, programa para promoción de las áreas de servicio y repuestos, solicitando que Madiautos presentara propuesta de calendarización de la adquisición de la herramienta y del programa de promoción del área de posventa (folios 432-433 cuaderno 1).

*En comunicación del 13 de marzo de 2002, Ignacio Ortiz relacionó los puntos a ser cumplidos por Madiautos, en cuanto al manejo independiente de las marcas Ford y Mazda, la gestión comercial resaltando que no se había cumplido con el compromiso de nombrar un Gerente de ventas para la línea Ford; requirió el envío de la calendarización para adquisición de herramienta, la relación de personal técnico y administrativo del área de posventa, destacando la poca participación en las capacitaciones de carácter obligatorio, la implementación inmediata del programa Q-101 S&R y la propuesta para cada área de servicio; de tal manera hizo notar que los acuerdos establecidos se habían cumplido parcialmente siendo prioritario para Ford se terminen de cumplir cabalmente (folios 1-2 cuaderno 1A).

*En distintas misivas desde el año 2002 se requirió el cumplimiento de los objetivos de compra y la desatención de las obligaciones en materia de publicidad (folios 4, 7,99,100, 102, 111, 119,122, 126, 129, 131,134, 175 cuaderno 1A); particularmente en carta de 10 de marzo de 2005 además de reiterar el incumplimiento en las compras, se señaló que “Respecto al

área de Servicio y Repuestos no han seguido con el proceso de enviar los indicadores de gestión, ni los RPP y aun no están certificados con el Q-101, ni servicio total” (folios 132 cuaderno 1A).

*El 16 de marzo de 2005 respondió Enrique Guzmán que se estaba contratando una auditoría para corregir los procesos administrativos y a un ingeniero con experiencia en Q-101 y servicio total Ford, “Adicionalmente y en cumplimiento de lo acordado en la reunión sostenida en Enero de 2005 con los señores HÉCTOR PÉREZ e IGNACIO ORTIZ se han independizado las fuerzas de ventas de las marcas MAZDA-FORD y se independizarán las salas de exhibición a más tardar a fines de 2005” (folio 133 cuaderno 1A).

*En julio 22 de 2005, el gerente administrativo de Madiautos Felix Guevara, pidió copia firmada del contrato de concesión suscrito entre Madiautos Ltda. y Ford Motor Colombia; el siguiente día 26 fue remitida la copia y recibida por Karol Díaz (folios 135-136 cuaderno 1A).

*El 29 de julio de 2005, Ignacio Ortiz dirige comunicación al Gerente General de Madiautos, (folios 137-138 cuaderno 1A), en la que resalta y reitera que:

“el cumplimiento por parte de MADIAUTOS como concesionario autorizado FORD en el envío de reportes de ventas, compromiso con los pedidos y cumplimiento en las cuotas de ventas ha sido deficiente desde hace varios meses.

(...) No obstante todos estos esfuerzos or parte de Ford, nos encontramos que MADIAUTOS, en el cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Distribución, ha sido preocupantemente deficiente hasta el punto que, muy a nuestro pesar, MADIAUTOS es el concesionario de menor cumplimiento y rendimiento en sus obligaciones en la ciudad de Bogotá y, tristemente, por debajo también de la gran mayoría de todos los concesionarios autorizados FORD en Colombia.

En la última reunión con ustedes en la cual se repasaron todos estos puntos, se le anticipó que FORD ha llegado a considerar seriamente la contiunuación o nó del Contrato de concesión con MADIAUTOS. Ante esta situación y su deseo de continuar con la distribución Ford, usted quedó de enviar un plan de trabajo y de negocios con la propuesta de cuota de los vehículos Ford de las distintas gamas que está autorizado a comercializar.

Seguimos a la espera de este plan por usted anunciado. Por otro lado, dado que aún no hemos recibido confirmación de pedidos ni compromiso de compra en los tiempos exigidos, la disponibilidad de poder facturar y

entregar vehículos a MADIAUTOS se torna difícil y estamos ea la disponibilidad o excesos de producción de la fábrica. En todo caso, como una

muestra adicional del esfuerzo que hace FORD COLOMBIA y mas particularmente el suscrito para apoyar a MADIAUTOS se han asignado para entrega los vehículos relacionados en el Anexo adjunto.

Por toda esta situación, nuestra casa matriz nos ha exigido fijar una meta de aquí a finales de octubre para acordar con MADIAUTOS un plan de recuperación de los niveles de ventas de los productos FORD en las distintas gamas acordes con el nivel de compromiso que un concesionario FORD en Bogotá debe tener. Si no se llega a un cumplimiento en las cuotas de ventas mutuamente acordadas y al plan que se implemente en el período indicado, Ford se verá abocada a tomar la decisión de dar por terminado el Contrato de Distribución suscrito con MADIAUTOS.”

*Meta que no se honró, como se desprende de la misiva de 18 de agosto de 2005, en el que se indicó que el plan de trabajo y negocios no había sido recibido y se insistió en que “*está en sus manos tomar los correctivos para seguir con la conc esión de distribución de vehículos FORD y esperamos que sean tomados. De lo contrario, le rogamos que nos haga saber cual es su decisión*” (folios 143 cuaderno 1A).

*Ignacio Ortiz y Fabio Sánchez Forero, a la sazón Director Gerente General de Ford Colombia y Presidente Ejecutivo de la Compañía Colombiana Automotriz respectivamente, en carta de 1º de abril de 2008 de manera conjunta expresaron a Enrique Guzmán, Gerente General de Madiautos, sobre el asunto “*Individualización de las marcas Ford-Mazda*”, manifestaron:

“Dando alcance a las comunicaciones anteriores sobre el asunto en referencia, queremos reiterar que las condiciones del mercado automotor y de la amplitud del portafolio de producto de las marcas Ford y Mazda que justificaron en su momento el desarrollo de los concesionarios duales en la ciudad en que su concesionario está localizado, han cambiado sustancialmente, el crecimiento del mercado total y de los segmentos relevantes, así como la ampliación de la oferta de producto de ambas marcas en su ciudad, han llevado tanto a Ford como a Mazda a buscar la diferenciación y separación de su imagen en las instalaciones de sus concesionarios.

Esta diferenciación en las instalaciones requiere que su propuesta formal de separación de las dos marcas cumpla con los estándares de cada una, tal como se detalla en el anexo, Durante el mes de Abril de 2008, un equipo de cada marcavisitará el

concesionario con el propósito de establecer las brechas frente a los estándares requeridos.

(...) Una vez realizada la evaluación mencionada, le contactaremos para concertar una reunión personal con el objetivo de que la sociedad que usted representa pueda presentar simultáneamente a representantes de ambas marcas su propuesta de separación y el plan de acción correspondiente.”

En el cuaderno 1A, folios 173-174, obra el chequeo de los requerimientos mínimos del concesionario Ford-Madiautos.

*El 30 de julio de 2008, Juan Carlos González Director de Desarrollo de Concesionarios de la Compañía Colombiana Automotriz S.A. - Mazda-, escribió a Enrique Guzmán que en reunión de 8 de mayo se había informado que la *“propuesta no cumple integralmente con los estándares requeridos para la separación”*, y relacionó las principales observaciones (folios 176- 179 cuaderno 1A).

*En misiva fechada 6 de agosto de 2008 el Gerente de Ford Motor Colombia, Jorge Neira, informa al Gerente General de Madiautos, Enrique Guzmán, agradece el *“envío de la propuesta para la separación de las marcas Ford-Mazda, solicitada en comunicaciones anteriores”*, anotando que como ya se había advertido desde el 9 de mayo de ese año la propuesta no cumple con los estándares requeridos siendo las principales observaciones: i) la sala de ventas no cumple *“con el área mínima exigida por Brand@Retail, el pórtico no está ubicado sobre la fachada principal de la vitrina y la entrada peatonal queda bloqueada por el área de entrega de vehículos nuevos Mazda”*; ii) el área de posventa *“no cumple con los requerimientos de la marca”* pues según el proyecto Hyundai y Fiat seguirían operando en el mismo taller que atendía vehículos Ford-Mazda *“lo que contraviene lo convenido con Ford Motor de Colombia”*; iii) *“se requiere confirmación de número de técnicos, asesores de servicios, vendedores de repuestos y supervisores, exclusivos para la marca”*. Por lo que esperaban propuesta formal a más tardar el 29 de agosto de 2008, advirtiendo que los *“requerimientos son exigencias inamovibles de la fábrica para potenciar nuestra presencia e imagen en el mercado y avanzar hacia la culminación exitosa del proceso de separación”* (folios 22-23 cuaderno 1).

*En oficio del 20 de octubre de 2008, Luz Elena del Castillo Directora Gerente de Ford Motor Colombia, destacó el incumplimiento de Madiautos en el envío de la propuesta definitiva para la individualización de las marcas, recordando que *“El cumplimiento a estos requerimientos es condición fundamental*

e inaplazable para seguir representándonos en el futuro” e invitó al señor Guzmán a una reunión para 4 días después (folio 180 cuaderno 1A).

*Se celebró reunión el 28 de octubre de 2008 a la que concurren representantes de Ford, de la Compañía Colombiana Automotriz SA y por el concesionario Madiautos el señor Enrique Guzmán; del acta de compromiso suscrito se extrae que el concesionario, en cuanto a la separación de la operación de ventas, servicio y repuestos de las marcas Mazda y Ford, se comprometió a proceder con la separación *“a más tardar el treinta (30) de Junio de 2008”* (sic), proponiendo 3 opciones: i) separar las salas de ventas en las instalaciones de Madiautos en Morato, propuesta aceptada por Mazda siempre que se retirara del taller a Hyundai, en tanto que Ford dijo que estudiaría los planos en noviembre de 2008, quedando las dos marcas a la espera de un nuevo plano *“en donde se evidencie el proyecto de expansión del taller que deberá cumplir los estándares de Mazda y de Ford”*; ii) adecuar una sala de ventas en la calle 102 con carrera 19 para alguna de las marcas y la otra quedaría en Morato; y, iii) adecuar una sala de ventas en la calle 130 con carrera 7ª en un área de 700m2. *“Esta propuesta le interesa a Ford. Mazda se quedaría en Morato”*.

Finalmente acordaron que en abril de 2009 se revisaría conjuntamente el cumplimiento del cronograma fijado y se establecerían las acciones a seguir para culminar con el proceso de separación de las marcas.

*En carta del 22 de diciembre de 2008 el mismo señor Jorge Neira, informa a Enrique Guzmán, como gerente de Madiautos haber *“detectado varios incumplimientos a la Política de Representación de Mercado y al contrato de concesión”* con aquella: i) la exhibición y comercialización de vehículos nuevos Ford en un lote situado 200m adelante del peaje de la Autopista Norte, punto no autorizado; ii) realización de publicidad nivel III en prensa, invitando a adquirir vehículos Ford en las vitrinas Madiautos 127 y Madiautos Autopista y/o Chía, vitrinas no autorizadas, además que la publicidad no cumple *“con las normas corporativas y lo estipulado en el contrato GIDSA de acuerdo a la cláusula 11 numeral c) del manual de estándares y que adjuntamos a continuación: ...”*, por lo que se requirió no publicar avisos multimarca y ofrecer en vitrinas no autorizadas productos Ford (folios 20-21 cuaderno 1).

*El 18 de marzo de 2009, Jorge Neira remite a Madiautos requerimiento por el incumplimiento en el envío de reportes de operaciones, por lo cual se procedería *“a congelar de inmediato el pago de los*

incentivos de vehículos a aquellos concesionarios que a la fecha no hayan enviado los reportes de los meses de Diciembre /08 y/o Enero/09”.

*El 24 de marzo de 2009, Ford reiteró el requerimiento de diciembre de 2008 en cuanto al incumplimiento de la política de representación de mercado insistiendo en que *“De continuar violando la política en el futuro podría dar lugar a la cancelación de la concesión por parte de nuestra compañía”*. Allí mismo anotó que *“revisando los compromisos adquiridos mediante acta de compromiso el pasado 28 de Octubre/08, solicitamos confirmar el retiro de la operación posventa Hyundai de las instalaciones de la Av Cra 70 No. 96-05 antes de culminar el mes de Marzo/09; esto por que a la fecha sigue operando normalmente sin ver ningún tipo de avances para que al final solo queden Ford y Mazda en dicho punto.”* (folios 215-216 cuaderno 1A).

*Según *“Minuta Reunión Ford-Mazda-Madiautos”* el 26 de marzo de 2009 en la que participaron Enrique Guzmán y Hernando Rodríguez, por Madiautos, con Luz Elena del Castillo, Jorge Vivas, Armando García, Giovanni Robles y Jorge Neira, por Ford; y trataron dos temas: i) el cumplimiento de la política de representación de mercado, respecto de lo cual el demandante se comprometió a no volver a exhibir ni comercializar vehículos Ford en el punto de almacenaje de Chía y se indicó que se había terminado el contrato con Julio Castiblanco asesor de la vitrina de Chía; ii) separación de vitrinas, en ese tópico Madiautos manifestó que *“se retirará la concesión Hyundai con lo cual se dará solución definitiva a la exclusividad del taller Ford-Mazda”*, y *“se revisarán las propuestas de separación de vitrinas en conjunto Ford-Madiautos la próxima semana”*, documento suscrito por la señora del Castillo y el señor Guzmán (folio 27 cuaderno 1).

*El 16 de junio de 2009, Jorge Neira convocó a reunión a Madiautos evocando que los compromisos adquiridos por éste en reunión del 8 de mayo de 2009 no habían sido atendidos (folio 217 cuaderno 1A).

*Ileana Aguilar, Gerente de operaciones de venta de Ford Motor de Colombia, comunicó a Madiautos que *“habiendo revisado las alternativas que en su momento Madiautos propuso para la separación, les confirmamos que la ubicación elegida debe ser la sala de Morato”* y por ello recordó *“que el cumplimiento de los compromisos adquiridos conjuntamente con Uds. Es indispensable para que Madiautos siga representando a la marca Ford en Bogotá”*, e instó a que antes del 30 de noviembre enviaran *“planos y cronograma de*

implementación de la propuesta definitiva, incluyendo el retiro de la operación Hyundai y Fiat del taller de servicio”, advirtiendo que el cumplimiento de los lineamientos B@R sería requisito indispensable para la comercialización del Ford Fiesta (folio 222 cuaderno 1A).

*En carta adiada 25 de noviembre de 2009, la señora Luz Elena del Castillo, como Directora General de Ford Motor de Colombia, Suc. se dirigió al señor Guzmán, allí se indicó que el comité de producto Ford para Suramérica aprobó la introducción del Nuevo Ford Fiesta en el segundo semestre de 2010 y en ese sentido se decidió su comercialización *“sólo a través de aquellos concesionarios Ford que cumplan con los Requerimientos Mínimos de Operación Ford de Brand@Retail (ventas y servicios) definidos por la marca los cuales anexamos a esta carta y que están siendo revisados por sus gerentes de zona en cada una de sus visitas”*, por lo que tenía 8 meses para *“ponerse al día con estos estándares mínimos de operación Ford, por lo que le sugerimos programar sin demora las inversiones para que de manera gradual pueda cumplir los Requerimientos a más tardar en el mes de Julio de 2010”*, y *se programarían visitas para verificar su cumplimiento (folios 28-29 cuaderno 1)*.

*El 28 de julio de 2010, el señor Neira le responde a Enrique Guzmán la petición de aprobación de un nuevo punto de venta en el Centro Comercial Centro Mayor, pero previamente requirió que a más tardar el 6 de agosto de ese año se entregaran *“los planos definitivos de la obra y radicación ante curaduría, con el fin de confirmar el inicio de la remodelación de la vitrina Ford a más tardar el 20 de septiembre/10”*, así como los contratos firmados de las acometidas hidráulicas, eléctricas y estructurales antes del 30 de julio de ese año. Enseguida manifestó *“queremos dar por aprobado el nuevo punto de ventas en el Centro Comercial Centro Mayor, como una vitrina adicional de Madiautos, la cual será incluida dentro del contrato GIDSA, ampliando de esta manera su cobertura geográfica dentro de Bogotá”* (folios 24-26 cuaderno 1).

*El 6 de agosto de 2010, Jorge Neira comunicó que dado que no se recibieron los planos definitivos y la radicación de los mismos ante la curaduría, como se había convenido, la facturación del nuevo Ford Fiesta se aplazaría hasta que se cumplieran los requerimientos de la fábrica que allí detalló (folio 236 cuaderno 1A).

*Enrique Guzmán dirigió comunicación a la señora del Castillo el 10 de agosto indicando que *“El compromiso adquirido con ustedes y*

con la C.C.A. será honrado en su totalidad. Sabemos de la premura que tiene para FORD la separación de las salas y del compromiso que ustedes adquirieron ventas con Gabriel López”, señaló que el proyecto inicial era sencillo pero se convirtió en uno de gran magnitud, le pidió reconsiderar la no facturación a Madautos del Ford Fiesta pues sería un duro golpe a sus finanzas y obligaría a descartar el punto de ventas Ford en Centro Mayor (folio 244 cuaderno 1A).

*El 13 de agosto de 2010, Jorge Neira refirió que habían asistido a las instalaciones de Madautos y observado el cumplimiento de los compromisos y como sólo quedaba pendiente la aprobación de la licencia de construcción por la curaduría, pedían remitir el cronograma de la obra, avance significativo en la obra, evidencia de anticipo de dinero a AVI para el inicio de la obra; y por ello les facturarían 1 Fiesta Demo, y de cumplirse los últimos requerimientos al 20 de agosto facturarían el Fiesta (folios 252-253 cuaderno 1A).

*El 9 de diciembre de 2010, Enrique Guzmán manifiesta a Jorge Neira el interés de abrir un punto de venta Ford en la carrera 19 con calle 102, donde se podría montar vitrina de ventas, taller de servicio rápido y zona para alistamiento y bodega; en cuanto a la obra en Morato indicó que estaba paralizada en espera de la licencia de construcción (folio 269 cuaderno 1A).

*El 21 de enero de 2011, el Curador Urbano #1 expide el Acta de observaciones y correcciones en el expediente 10-1-1105, dirigido a Guzmán Galvez e Hijos S en C y/o Enrique Guzmán Galvez, en la que la primera observación fue que “Al revisar el proyecto, el lote 6 de la urbanización Capitalinas 1, 2 y 3 no cumple con ninguna de estas condiciones, por tal razón el uso no se podría conceder”, se pidió se adosaran diversos documentos, se ajustaran planos, se hicieran correcciones, complementaciones, precisiones y aclaraciones, se verificara el cumplimiento de las normas indicadas, completar el estudio de suelos, revisar las memorias de cálculo y planos estructurales según las observaciones (folios 33-34 cuaderno 1).

*El 11 de marzo de 2011 Felix Guevara, gerente administrativo de Madautos remite comunicación al señor Jorge Neira, informando que “el proyecto de apliación (sic) para Madautos, la licencia no fue aprobada por la curaduría urbana número uno a pesar de los esfuerzos e inversión que se hizo para lograrlo”, por lo que pedía la programación de una reunión “con ustedes y la CCA para explorar otras posibilidades” (folio 35 cuaderno 1).

*El 6 de julio de 2011, la Directora Gerente General de Ford Motor de Colombia, Luz Elena del Castillo, dirigió carta al Gerente General de Madautos, Enrique Guzmán, en la que señaló que :

“Después de revisar detenidamente el proceso para que el concesionario satisfaga las necesidades y requerimientos de la marca en varios temas relacionados con la distribución de Ford en Bogotá, encontramos que no hay una verdadera voluntad de parte suya ni de su concesionario para cumplir con las reiteradas exigencias efectuadas por la marca.

Desde el 6 de Agosto de 2.008 venimos solicitando mediante comunicaciones escritas que se dé cumplimiento a diversos requerimientos sin que se haya obtenido una solución satisfactoria, solicitudes que sobrepasan la docena de cartas y hasta un acta de compromiso firmada en Octubre 28 de 2008 entre CCA, Ford y el Concesionario.

Son varios y diversos los incumplimientos en que ha incurrido ese concesionario de manera reiterada sin atender los compromisos acordados bajo los planes de negocio anuales (“Business Plan”) y otros, respecto de los cuales, a manera de ejemplo, podemos destacar: (i) no haber retirado la operación Hyunda del Taller de Morato, para el cual se tenía previsto

como última fecha de compromiso 30 Noviembre de 2009 sin que a la fecha se haya hecho efectivo, (ii) el número de puestos de trabajo en el taller y (iii) la separación física de vitrina de ventas Ford de las de Mazda en el punto Morato, requerimiento este que todos los demás concesionarios han cumplido debidamente.

En todos estos incumplimientos se les ha dado amplio plazo (inclusive mayor al plazo de 6 días que establece el contrato GIDSA) para que fueran debida y completamente atendidos sin haber sido solucionados hasta la fecha. Por consiguiente, con base en la facultad conferida bajo la Cláusula 13 (c) del contrato GIDSA, nos permitidos notificarle que el Contrato suscrito con ustedes dejará de tener vigencia a finalizar el plazo de los sesenta (60) días contados a partir de la fecha de la presente comunicación.

En consecuencia, al término del plazo establecido en el párrafo anterior, aplican las obligaciones indicadas bajo la Cláusula 15 del contrato GIDSA” (folios 36-37 cuaderno 1).

*En misiva del 27 de julio de 2011 la señora del Castillo escribe al señor Enrique Guzmán, que en cuanto a la propuesta verbal (telefónica) de renunciar a la distribución de vehículos Mazda a cambio de seguir sólo con Ford en las instalaciones de Morato, “respecto de lo cual no podemos hacer comentario alguno”; reiteró que la decisión fue “producto de un análisis exhaustivo, cuidadoso y sopesado de las

reiteradas faltas en cumplir con las exigencias de la marca por parte de MADIAUTOS, no obstante los diversos plazos otorgados a lo largo de varios años, exigencias que todos los demás concesionarios si han cumplido a cabalidad. Por consiguiente, ya no cabe considerar nuevas propuestas sino que debemos encaminarnos al desmonte de la distribución” y en ese propósito planteó estar dispuesto a adquirir el inventario de vehículos y repuestos Ford y los avisos; y debía indicarse las órdenes recibidas de clientes que no hayan sido cumplidas, y las sumas recibidas de ellos para hacerles seguimiento (folios 38-39 cuaderno 1).

*El 2 de septiembre de 2011, los representantes de Madiautos acusaron recibo de la comunicación de 6 de julio de ese año, manifestaron su desacuerdo con la sorpresiva decisión unilateral y advirtieron que acudirían a las instancias legales pues los verdaderos motivos eran otros (folio 41 cuaderno 1).

*El 6 de septiembre de 2011, la señora del Castillo le informa a Madiautos que “Ford acepta que la fecha de terminación del Contrato GIDSA no sea el 6 de septiembre de 2011 sino el 15 de diciembre de 2011”, reitera el ofrecimiento de adquirir vehículos, repuestos Ford así como maquinarias y herramientas destinados a la prestación del servicio a vehículos de la marca (folios 42-43 cuaderno 1, 280-281 cuaderno 1A).

*Fechado 8 de septiembre de 2011 aparece el “ACUERDO EN RELACION CON EL CONTRATO DENOMINADO GIDSA CELEBRADO ENTRE FORD MOTOR COMPANY (US) Y DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMOVILES MADIAUTOS S.A.S. DE FECHA MARZO 30 de 2004”, en el que intervinieron Enrique Guzmán Galvez y Felix Darío Guevara Cadena en nombre de Madiautos y, Luz Elena del Castillo “en nombre de FORD MOTOR COMPANY en su calidad de representante legal de Ford Motor de Colombia”, en el que acordaron: i) que el término de vigencia del “Contrato GIDSA entre FORD y MADIAUTOS se extiende hasta el 15 de diciembre de 2011”; ii) durante ese periodo ésta continuaría facultada para comprar a Ford sus productos y revender vehículos y repuestos, pudiendo Madiautos renunciar al “término de vigencia del Contrato GIDSA de manera anticipada mediante simple aviso a FORD con cinco días de anticipación sin que haya lugar a penalidad alguna y simplemente se de aplicación a las cláusulas del Contrato GIDSA relacionadas con la terminación”; iii) Madiautos aceptó el ofrecimiento de FORD “de conformidad con lo establecido bajo la Cláusula 17 del Contrato GIDSA, de adquirir el inventario de repuestos FORD, así como las

herramientas y equipos destinados específicamente para la prestación de servicio a los vehículos Ford” y, iv) “En lo no modificado bajo el presente acuerdo, continúan vigentes las demás cláusulas del Contrato GIDSA hasta la fecha indicada bajo la Cláusula PRIMERA o antes en caso que MADIAUTOS opté por la terminación anticipada de que trata la Cláusula SEGUNDA” (folios 282-283 cuaderno 1 A).

*El 16 de septiembre de 2011, la señora del Castillo recordó a Madiautos que “el acuerdo excepcional de prórroga del Contrato GIDSA suscrito con ustedes bajo fecha 8 de septiembre del presente año, venció en el día de ayer”, por lo que Ford no les facturaría vehículos ni repuestos, y solicitó se abstuviera de anunciarse como concesionario autorizado Ford. Planteó la disposición de colaborar con la terminación del contrato, acordar un cronograma para definir actividades administrativas pendientes; revisar el inventario de repuestos si estaban interesados en que Ford los adquiriera, así como de avisos, herramientas, por último, pidió los datos de clientes que adquirieron vehículos Ford para informarles de los concesionarios autorizados (folios 44-45 cuaderno 1).

*El 6 de febrero de 2012 el señor Guevara Cadena dirige carta a Armando García de Ford Motor Colombia indicándole que le enviaría el listado de repuestos y le señalara el procedimiento a seguir en cuanto a herramientas; temas sobre los que la señora Del Castillo y el señor Guzmán habían acordado un plazo de 90 días para finiquitarlos (folio 299 cuaderno 1 A).

*El 13 de febrero de 2012 la señora del Castillo informó al señor Guzmán que el plazo inicialmente fijado se extendía a 90 días, hasta el 15 de mayo de ese año, con el fin de culminar los aspectos reseñados en la carta de 16 de diciembre de 2011 (folio 300 cuaderno 1 A). Y en carta del 15 de mayo de 2012 se amplió el plazo hasta el 15 de junio siguiente para liquidar las cuentas y verificar inventarios (folios 303-304 cuaderno 1 A).

*El señor Guevara Cadena en nombre de Madiautos y la señora del Castillo “en nombre de FORD MOTOR COMPANY en su calidad de representante legal de Ford Motor de Colombia”, suscribieron el acta de liquidación el 10 de agosto de 2012 en el que se consignaron como consideraciones previas:

“A. Que entre FORD y MADIAUTOS se suscribió inicialmente una carta de intención relacionada con la distribución y venta de vehículos FORD bajo fecha 21 de noviembre de 2000, acuerdo que fue formalizado y reemplazado en su integridad con la firma del

GLOBAL DEALER SALES AND SERVICE AGREEMENT, comúnmente conocido por la sigla GIDSA que rige la relación entre MADIAUTOS y FORD para la distribución y venta de vehículos y repuestos pertenecientes a FORD (en adelante el “Contrato GIDSA” suscrito el 30 de marzo de 2004. B. Que FORD bajo carta de fecha 6 de julio de 2011 notificó a MADIAUTOS la decisión de dar por terminado el contrato GIDSA”

Por lo que documentaron la liquidación bajo las siguientes cláusulas: i) del 15 de diciembre de 2011 y durante el año 2012 Ford pagó a Madiautos \$193'135.554 por incentivos de vehículos nuevos y daños en transportes de vehículos; ii) por reembolsos de garantías Ford giró y cruzó contra cartera de repuestos a Madiautos \$56'126.943 en el mismo periodo, quedando éste liberado de atender vehículos Ford y éste de efectuar reintegros a aquella por concepto de garantías; iii) Ford recibió inventario según anexos por \$749'356.460,26, dejando constancia de la entrega de cheque por \$730'011.827,51 de Ford a Madiautos que éste dio por recibido (folios 305-311 cuaderno 1 A).

5.2. En su interrogatorio de parte, Enrique Guzmán representante de la demandante, fue reiterativo en señalar que su relación comercial siempre fue con Ford Motor Sucursal Colombia, nunca importó vehículos ni repuestos, su gestión se realizó en el territorio nacional, y las operaciones fueron en moneda de curso legal en Colombia. Aceptó haber firmado el Gidsa en 2004, y haberlo devuelto en dos ejemplares, y sólo después de terminado el contrato obtuvieron uno de ellos pero firmado con la enmendadura en la antefirma de quien debía suscribirlo por Ford Motor Company.

Memoró que la relación comercial inició con Ford y Mazda en noviembre de 2000; y la solicitud de separación de vitrinas surgió en el 2008 cuando Ignacio Ortiz Quijano y Fabio Sánchez, representantes de una y otra marca, lo exigieron. A partir de allí se realizaron decenas de reuniones en las que participaron empleados de las tres entidades “*hasta que se acordó que era lo que se quería*”; y de esa tarea se ocupó Madiautos para satisfacer las exigencias de aquellos.

Indicó que en Morato se contaba con un área de 7000 metros, y adquirieron una franja adicional de 400 metros, predios que englobaron en uno; lo que ocurrió es que el primero estaba habilitado para uso industrial y comercial, pero el segundo tenía destinación residencial y él no sabía que el englobe de áreas no comprendía el englobe de uso, siendo precisamente ese el obstáculo mayor y la primera observación que hizo el Curador

Urbano, y aunque existían mecanismos para lograr la licencia, el tema era complejo y podía tardar dos o tres años.

Resaltó que siempre se ajustó a lo que le pedía Ford, y consideraba intempestiva la decisión de terminar el contrato pues hacía pocos meses que por empleados de aquella se había verificado el cumplimiento de lo requerido, estando pendiente sólo la licencia de construcción que, finalmente no se logró por razones ajenas.

Señaló, que primero Ford le autorizó la vitrina compartida con Mazda, después ya exigieron separación total, que fuera en Morato y aunque se adelantaron los trabajos a ese fin, con una inversión de dos mil millones, simplemente finiquitaron el contrato, ante tal decisión telefónicamente habló con Luz Elena del Castillo planteándole que entonces dejaban sólo a Ford en ese sitio, y él negociaría con Mazda, propuesta sobre la cual días después en una carta se respondió que no harían pronunciamiento. No obstante, meses después y pocos metros se instaló un concesionario Ford por Jorge Cortés.

5.3. Por su parte, Eduardo Cárdenas Caballero, representante de Ford Motor de Colombia, al absolver el cuestionario formulado señaló que cuando inició la relación con Madiautos éste ya operaba con Mazda y dadas las circunstancias del mercado automotriz se permitieron los concesionarios duales, pero cuando el mercado repuntó se fueron dando cumplimiento a las condiciones de separación de vitrinas y operaciones como se había establecido desde un comienzo para seguir adelante con la relación.

Explicó que el pluricitado contrato Gidsa es el que rige la relación de Ford con todos sus concesionarios y allí se establece que compromete a Ford Motor Company compañía de Estados Unidos y a todas sus afiliadas entre las cuales se incluye Ford Motor Colombia Sucursal, quien como afiliada fue quien efectivamente ejecutó el contrato a lo largo de toda la relación entre las partes.

Se le exigió a Madiautos cumplir con la separación de vitrinas, áreas de servicios y de operaciones, medida adoptada respecto de todos los concesionarios Ford en el país, por la especialización requerida por cada marca para atender sus productos, herramientas y la especialización de los funcionarios de mantenimiento; los concesionarios fueron cumpliendo pero con Madiautos desde el comienzo hubo dificultad que cumpliera con los compromisos, se hicieron múltiples reuniones y conforme al acta de 2008 se fijaron unos plazos que no se atendieron y hubo constantes incumplimientos.

El proyecto autorizado para la separación de vitrinas en Morato, pero finalmente no fue aprobado por la Curaduría, de lo cual Madautos enteró a Ford dos meses después de tener la decisión, no presentó ningún plan alternativo y la oferta que fuera allí sólo vitrina Ford la hizo después de que se le comunicara la terminación del contrato.

En lo que concierne al pluricitado contrato Gidsa, indicó que todas las partes lo dieron por vigente, como Ignacio Ortiz se fue de la compañía en el 2008 y entonces *“debidamente autorizado por la fábrica procedí a firmarlo y a remover el nombre de la antefirma de Ignacio Ortiz por que él ya no estaba en la compañía”*, pero el *“assistant secretary”* de Ford Motor Company certificó la autorización y ratificó toda la gestión realizada por la sucursal.

Indicó que *“este contrato GIDSA aplica a todo el que quiera ser concesionario Ford, estas son las condiciones y pues tiene la facultad de decir si o no, y en cualquier momento si considerare que una imposición no es aceptable, pues tiene la facultad de decir, y el contrato así lo establece, que no quiere seguir, ahí no hay imposición está la libertad de las partes de ver si lo quieren continuar o no”*

Resaltó que todas las marcas quieren conservar su imagen, toda la experiencia de la marca debe ser uniforme en toda la red.

Y en cuanto a la relación contractual con Madautos dijo que siempre había sido la misma, bajo los mismos parámetros durante todo el tiempo que se desarrolló.

5.4. En su declaración Jorge Neira informó que fungió como gerente de desarrollo de concesionarios Ford, y por ese motivo participó en las reuniones con Madautos y la Compañía Colombiana Automotriz con el fin de separar las vitrinas y espacios de las marcas así como de los equipos de trabajo de una y otra, en las instalaciones de uno u otros con representantes de las 3 entidades, y las decisiones se tomaban en forma conjunta, en armonía, concertadas. Resaltó que esa política de independizar todos los concesionarios fue una decisión a nivel nacional.

5.5. Felix Guevara en su declaración manifestó, que la relación comercial entre Madautos y Ford Motor de Colombia se manejó de la misma manera siempre desde 2001 hasta 2011. Señaló que en el 2008 se les pidió la separación de las vitrinas y para ello se hicieron muchas reuniones, a las que él no asistió, en las que participaron representantes de Ford, Mazda y Madautos, hasta que llegaron a un acuerdo más de 2 años después;

refirió que la independización implicaba una ampliación para separar entradas, salas de ventas y talleres, trabajo que requería licencia de construcción que finalmente no fue aprobada por la Curaduría por un tema de uso del suelo, lo que se comunicó a Ford para explorar otras alternativas y la respuesta fue la terminación del contrato. Dijo que después de terminado el contrato, pidieron les remitiera el documento Gidsa que había firmado Enrique Guzmán en 2004, y del que tuvo conocimiento en 2012 cuando les enviaron unas copias.

En cuanto a los documentos visibles a folios 282 y 305 del cuaderno 1 A, aceptó haberlos firmado, pero no consideró necesario hacer aclaración sobre el contenido referente al contrato Gidsa.

5.6. Luis Gabriel Mojica, ingeniero mecánico que labora con Madautos desde 2006, manejaba la posventa informó sobre la relación con Ford al respecto, dijo que tenían un nivel de garantías muy alto, muchas quejas, reclamos de los clientes por fallas reiterativas de los vehículos. Participó en las reuniones de Madautos, Ford y Mazda tendiente a la separación de las vitrinas *“donde Mazda y Ford nos hacían unas exigencias sobre digamos los puestos requeridos, los puestos de trabajo requeridos, las dimensiones que estos debían de tener, la cantidad de puestos, digamos la parte de la imagen corporativa como debía ser”*; las reuniones eran duales porque habían de tener la aprobación de las dos marcas y el proyecto fue aprobado por las dos: Ford y Mazda, según dijo recordar el acuerdo final se dio *“en abril de 2011”*.

Indicó que la ampliación exigió en el momento de la demolición se afectó parte de su área, trabajos que empezaron dijo recordar en el año 2010; uno de los requerimientos de Ford era que en el mismo lugar quedara la vitrina y el taller.

Contestó que todos los servicios posventa se realizaban en un solo taller compartido en el que se atendían a todas las marcas. Respecto al personal señaló que *“la mayor diferencia estaba en los técnicos especialistas de la marca, (...) más o menos teníamos cinco técnicos exclusivos de la marca Ford más unos auxiliares técnicos SENA que hacían prácticas con nosotros, en la marca Ford podían haber tres dependiendo del número que tuvieramos, teníamos el analista de garantías que era exclusivo de Ford, por la cantidad de garantías que manejaba, teníamos los asesores de repuestos exclusivos Ford, los asesores de servicio exclusivos Ford, ... y había personal que si lo compartíamos entre todas las marcas, el jefe de repuestos, el jefe de taller, yo, si, digamos lo compartíamos entre todas las marcas, ... nosotros no podíamos mezclar la*

operación propia no la podíamos mezclar”; y en cuanto al número respecto de empleados de cada marca dijo que eso variaba, a veces Mazda podía tener cuatro, otras igual, Hyundai tres, Fiat, y otro para los usados.

5.7. Luz Elena del Castillo Trucco, vinculada laboralmente con Ford Motor Colombia desde agosto de 2008, entidad que tiene contrato de concesión con concesionarios en Colombia dijo que *“es un contrato universal, el Gidsa”*, que no sólo se aplica en Colombia sino en toda la región alrededor 25 países, cuando asumió el cargo una de las tareas que le encomendaron fue acelerar el proceso de separación de las marcas Mazda y Ford, era algo que venía de años anteriores, separar las fuerzas de ventas, un plan de separación ante el consumidor, una imagen de marca diferente para cada una y lo mismo en el taller, y dentro del taller unos puestos exclusivos para Ford con los cursos de entrenamiento y preparación de la marca; el proceso se hizo en todo el país, la mayoría de concesionarios cumplieron en el 2010. En equipos paralelos y conjunto con Mazda y los concesionarios se trabajaron las propuestas, en lo que fueron bastante flexibles.

Explicó que Ford no tiene un modelo de negocio sólo con vitrina, sino era condición prestar servicio posventa con unos estándares de marca: taller y repuestos, por lo que las propuestas de Madiautos de sólo vitrina no eran opción. Y el punto de Morato era uno de los más importantes en el mercado automotriz de la ciudad, por lo que eligieron quedarse en ese sitio y cabían allí ambas marcas; además, desde el principio en el año 2000 un compromiso era retirar Hyundai del taller conjunto, lo que nunca se cumplió.

Informó que normalmente se firma carta de intención y al par de años los contratos Gidsa, *“ese es un proceso normal, siempre hay una carta de intención, se miran todos los cumplimientos de las cosas y ya después se firma el contrato Gidsa como en una segunda etapa”*.

Destacó que fueron varios incumplimientos de Madiautos que, sumados, llevaron a la terminación del contrato: el retiro de Hyundai del taller; tener los puestos suficientes de taller asignados para Ford para prestar un servicio adecuado y diferenciado para la marca; y uno de los más importantes *“el no haber separado las vitrinas, ni haber tenido un plan claro de separación de vitrinas, lo teníamos aprobado pero no vimos evolución”*, que fueron las más preocupantes, porque ya habían sido requeridos por otros motivos: la exhibición en sitio no autorizado en la autopista norte, publicidad no aprobada.

Dijo que le dieron un manual de imagen

general, sobre el que el concesionario hacía el render y presentaba la propuesta; el render debía incluir la vitrina, la entrada, la distribución de los puestos de trabajo, la distribución de los puestos de taller asignados, básicamente eso era lo que se examinaba para autorizarlo con el fin de cuidar la imagen de la marca de cara al cliente; planos arquitectónicos específicos detallados de construcción no.

Resaltó que Madiautos no hizo ningún tipo de reparo sobre las inversiones que tendría que hacer para la separación, y en su criterio no tendrían que ser muy altas.

5.8. José Armando García, trabajador de Ford Motor Colombia desde el 8 de enero de 2008, se desempeñó como gerente nacional posventa. Indicó que a mediados de 2008 se inició un proceso conjunto con Mazda para restituir la individualidad y la dedicación exclusiva de recursos para cada una de las marcas; por ello se remitió comunicación a todos los concesionarios que tenían operación dual, la presentación de propuestas con ese objetivo. En lo que a Madiautos concierne señaló que fue tortuoso y dilatado el trámite, se realizaron múltiples reuniones, suscribieron actas y cruzaron comunicaciones; y funcionarios de las tres entidades evaluaban las propuestas que presentaba el concesionario, luego de diversos incumplimientos Madiautos informó que la licencia de construcción no le había sido autorizada.

Señaló que en ningún momento se exigió la ampliación del local, de cara a su propia realidad cada concesionario dimensionaba sus necesidades en cuanto a su operación de servicio, de taller, los puestos de trabajo para que su atención fuera adecuada y presentaba la propuesta; se les requería una clara diferenciación para cada una de las marcas. No en todos los casos se requirió ampliación, sino simplemente remodelaciones, lo que cada concesionario determinaba para elaborar y presentar su propuesta. En el caso de Madiautos, en su taller atendía vehículos de marca Hyundai, y se le pidió retirar esa operación y la de usados, cosa que nunca se dio.

Resaltó que Ford no interviene en el diseño ni en las estructuras, lo que incluye el manual de imagen es garantizar la apariencia de los puntos de venta, uso de colores, uniformes del personal, color de pisos y paredes, materiales de fachadas sobre las cuales se instala el logo de la marca; en taller, igual en temas de color de paredes y señales.

En el caso de Madiautos había en taller una mezcla de mecánicos de las diferentes marcas.

Aclaró que compartir las bases de datos de

venta de vehículos y los adquirentes se funda en el dar cabal cumplimiento a la responsabilidad solidaria frente al estatuto del consumidor.

Destacó que en la relación con Madiautos frente a las conversaciones con sus funcionarios les recordaba el cumplimiento de las estipulaciones del Gidsa, sin que ellos manifestaran desconocerlas, *“era absolutamente claro que existía un documento que regía la relación y en ningún momento se anotó desconocerlo”*.

6. Hasta aquí evaluado el material probatorio reseñado aparece claro que la relación comercial ajustada entre la aquí demandante Madiautos, y Ford Motor Colombia sucursal, fue un contrato de distribución integrada: así se indicó en la carta de intención de 21 de noviembre de 2000, lo revelan las diversas comunicaciones cruzadas entre aquellas, de manera coincidente lo refirieron los representantes legales de las entidades enfrentadas y en ese sentido concordaron los declarantes.

Además, de la forma como se desarrolló el vínculo comercial emergen los elementos que la jurisprudencia ha identificado como propias del mismo, pues la demandada Ford Motor atendiendo la solicitud que le hiciera el representante de la demandante, le concedió la prerrogativa de unirse a su red de comercialización de sus productos (vehículos y repuestos), manteniendo un importante grado de control de la actividad, si bien es cierto aquella le vendía a Madiautos los automotores, repuestos, herramientas, para que éste los revendiera, y la utilidad de éste consistía en la diferencia entre el precio de adquisición y el de colocación o venta.

Sin duda la relación tuvo origen el 21 de noviembre de 2000 cuando Enrique Guzmán, representante de Madiautos manifestó a Ford Motor Colombia que aceptaba las condiciones plasmadas en la carta de intención de esa misma calenda.

7. En punto de las reglas contractuales surgió uno de los temas de controversia en el litigio, pues mientras la demandada dijo que la mencionada carta de intención fue reemplazada en el año 2004 cuando el mismo Enrique Guzmán en nombre de Madiautos suscribió el llamado contrato Gidsa que es el contrato universal que rige la relación con todos los concesionarios Ford en el mundo; la parte actora si bien admitió haber firmado dos ejemplares y devolverlos para ser suscrito por el funcionario de Ford Motor Company que el mismo documento establecía, después no volvió a saber de él, ni le remitieron una copia suscrita, sólo luego de finiquitado el contrato y ante su requerimiento obtuvo que se la

entregaran, aunque con una enmendadura en la antefirma de quien lo suscribía por Ford, y quien lo rubricó fue quien en 2008 era el representante de Ford Motor Colombia Sucursal.

Sobre la eficacia del mentado contrato Gidsa, como lo señala el recurrente, al resolver las excepciones previas el 2 de agosto de 2018, la *a quo* consideró que de las pretensiones no se desprendía la necesidad de vincular a terceros (Ford Motor Company), y el contrato suscrito por la demandante y una tercera sociedad en el 2004 no modificaba la forma como estaban integrados los extremos de la *litis* ni las pretensiones, pues no se infería de la demanda *“una pretensión encaminada a declarar la nulidad de un contrato de concesión que ha sido denominado “GIDSA”, pues es incontrovertible que estamos ante dos relaciones contractuales diferentes, donde no coinciden el objeto, las partes o las fechas como ha sido descrito en el libelo”*, y siendo ello así tampoco podía invocarse una cláusula compromisoria que no aparece pactada en el contrato objeto de discusión; descartando que fuera el pluricitado contrato Gidsa el que vinculaba a las partes y, por tanto, no era la fuente de la disputa litigiosa.

Tampoco puede pasarse inadvertido que la tacha de falsedad propuesta respecto de dicho documento fue rechazada en auto de 2 de agosto de 2018, tras considerarse que no se desconocía la firma impuesta, sino la antefirma, enmendadura aceptada por la demandada y apreciable a simple vista, de allí que lo pertinente era apreciarlo conforme lo advierte el artículo 252 del estatuto procesal, proveído que al resolverse el recurso de reposición propiciado por la demandante fue mantenido incólume, y la apelación subsidiariamente concedida, fue recurso desistido por su promotor.

Ahora evaluadas las pruebas surge evidente que Madiautos conocía el contenido y alcance del aludido documento Gidsa, no sólo porque en el 2004 su representante lo suscribió, sino porque en manera alguna hicieron patente manifestación de sorpresa cuando al comunicársele la terminación de la relación, Ford Motor Colombia Sucursal invocara cláusulas del Gidsa; nada dijeron al respecto en la respuesta que los representantes legales dirigieron el 2 de septiembre de 2011; como tampoco expresaron extrañeza cuando fue citado en otras comunicaciones.

Además, lo respaldaron en el documento *“ACUERDO EN RELACION CON EL CONTRATO DENOMINADO GIDSA CELEBRADO ENTRE FORD MOTOR COMPANY (US) Y DISTRIBUIDORA MAYORISTA DE AUTOMOVILES*

MADIAUTOS S.A.S. DE FECHA MARZO 30 de 2004”, suscrito el 8 de septiembre de 2011 por Enrique Guzmán Galvez y Felix Darío Guevara Cadena en nombre de Madiautos (folios 282-283 cuaderno 1 A), en el que reiterativamente se citaron estipulaciones del Gidsa; de la misma forma procedió el señor Guevara Cadena, al firmar el documento fechado 10 de agosto de 2012 con el que se liquidó el contrato (folios 305-311 cuaderno 1 A).

7.1. Postulado consagrado desde la Carta Política es el de la buena fe, artículo 83: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquéllos adelanten ante éstas”, de allí que cuando se impute mala fe en la conducta de alguna persona deba probarse. El mencionado principio desde antes se encuentra concebido legalmente en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, en materia contractual, de allí que, según el

primero: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”; y, en el segundo, “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”. Acerca del mismo ha dicho la jurisprudencia:

“Sobre la aplicación y desarrollo de tal principio, la Corporación, en tiempo cercano, sostuvo:

En cuanto a esa regla de oro como es la buena fe, no solo se erige en pilar de toda negociación sino que, además, de su percepción dimanan otros derechos o deberes, precisamente, por descollar como un referente inamovible de un debido comportamiento contractual. La buena fe contribuye a que en la proyección, celebración, desarrollo y terminación de uno cualquiera de los negocios que los interesados puedan llegar a celebrar, concurren valores que lleven a uno u otro a comportarse a tono con lo previsto y ajustado.

La Corte Suprema, en multitud de eventos, ha expuesto lo que sigue:

En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas -sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en

las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación.

Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico -constitucional y legal-, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará’.

La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en tensión a que se desdobla, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada ‘buena fe subjetiva’ (creencia o confianza), al igual que en la ‘objetiva’ (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil.

La subjetiva, in genere, propende por el respeto -o tutela- de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo (‘actitud de conciencia’ o ‘estado psicológico’), connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria. La objetiva, en cambio, trascendiendo el referido estado psicológico, se traduce en una regla -o norma orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera prenegocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la

cosa; de reserva o secreto, etc.).

Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de unicum, respecto de una sola de ellas (...) -Hace notar la Sala- (CSJ SC 2 de agosto de 2001, Exp. No. 6146, revalidado el tema, entre otras, en decisiones de 19 de diciembre de 2006, Exp., n° 10363 y 29 de junio de 2007, Exp., n° 1998 04690 01)”

7.2. Debe resaltarse que en la decisión censurada el *a quo* expresó categóricamente que con base en las documentales aportadas y las declaraciones recibidas, la entidad demandada por intermedio de su gerente general y el representante de Madiautos habían reconocido la existencia del contrato GIDSA, documento del que se cuestionó su validez y eficacia luego de culminada la relación comercial, tema que dijo no abordaba por resultar ajeno al objeto del proceso; precisando sí, que los representantes legales de las partes admitieron que la relación comercial siempre fue la misma desde un comienzo, sin tener ninguna variación con la suscripción del mencionado GIDSA, concluyendo que lo que siempre existió entre las partes desde noviembre de 2000 hasta diciembre de 2011, fue una concesión y no una agencia comercial.

Ciertamente la decisión adoptada por la juez de primer grado no se basó exclusivamente en el documento GIDSA, sino en los documentos y declaraciones recaudadas en el curso del proceso que dieron cuenta que las condiciones recogidas en el referido instrumento las partes las aceptaron, y al no tratarse de un pliego *ad substantiam actus* como lo propone el apelante, su existencia podía probarse por otros medios como efectivamente lo determinó.

Respecto a este tema la Corte Suprema de Justicia ha señalado: “(...) cuando se está frente a una forma probatoria, la ausencia de ésta no lesiona la validez del acto o contrato, pues éste cobra vida con independencia de ella y es eficaz en sí mismo. Otra es la suerte del contrato en el evento de tener que probarse, pues es allí donde surge la dificultad por la ausencia de las formas predispuestas con dicha finalidad, pero sin que tal cosa signifique que el respectivo acto o contrato no pueda probarse, porque ese tipo de formalidades puede ser suplido, eventualmente, por otros medios de pruebas, como lo ha aceptado la práctica jurisprudencial, al contrario de lo que acontece con las formalidades *ad solemnitatem* que no pueden ser suplidas por ningún otro medio de prueba (...)”.

Los casos más comunes que conforme a la norma sustancial se requiere instrumento público son los estipulados en los artículos 313, 730, 1070, 1078, 1457, 1460, 1843, 1846,

1857, 2292, 2434, 2457, es decir, menester es documento *ad substantiam actus*, dentro de los cuales no se encuentra el contrato de distribución, concesión o agencia comercial.

Conforme a lo hasta aquí dicho, queda desvirtuado el primer argumento en torno a la utilización o valoración del documento denominado GIDSA, que como se explicó no fue tenido en cuenta en sí, pero si los otros documentos y las declaraciones recaudadas que prueban que las partes dieron por sentadas las cláusulas del referido contrato, entiéndase que no se le esta dando valor al manuscrito sino a lo aceptado por las partes con sus manifestaciones y a los documentos que muestran su voluntad de aceptar los elementos característicos del contrato y las obligaciones que de allí emergen.

8. Ocupada la Sala sobre tema del abuso de la posición dominante, ha de memorarse que sobre ello ha indicado la Corte Suprema de Justicia:

“Específicamente aludiendo a las cláusulas aludidas, la Sala anotó:

Cumple anotar que tratándose de negocios jurídicos concluidos y desarrollados a través de la adhesión a condiciones generales de contratación, como -por regla- sucede con el de seguro, la legislación comparada y la doctrina universal, de tiempo atrás, han situado en primer plano la necesidad de delimitar su contenido, particularmente para “excluir aquellas cláusulas que sirven para proporcionar ventajas egoístas a costa del contratante individual” (...)

De esta manera, en caso de preterirse el equilibrio contractual, no solo se utiliza impropriamente un esquema válido -y hoy muy socorrido- de configuración del negocio jurídico, en el que no obstante que ‘el adherente no manifieste una exquisita y plena voluntad sobre el clausulado, porque se ve sometido al dilema de aceptar todo el contrato o renunciar al bien o al servicio’, en cualquier caso, ‘no puede discutirse que existe voluntad contractual’, o que ese acto no revista ‘el carácter de contrato’, sino que también abusa de su derecho y de su específica posición, de ordinario dominante o prevalente, en franca contravía de los derechos de los consumidores (arts. 78, 95 nral. 1° y 333 inc. 4° C. Pol. y demás disposiciones concordantes), eclipsando al mismo tiempo el potísimo axioma de la buena fe, dada la confianza que el tomador -consumidor, lato sensu deposita en un profesional de la actividad comercial, al que acude para trasladarle -figuradamente- un riesgo por el que ha de pagarle una prima (art. 1037 C. de Co.), en la seguridad de que si el suceso incierto configurativo del riesgo asegurado se materializa, esto es, cuando éste muda su condición ontológica (in potencia a in

actus), el asegurador asumirá las consecuencias económicas o patrimoniales desfavorables que de él deriven, pues esta es su 'expectativa objetivamente razonable', como lo enseñan determinados autores, la que precisamente sirvió de báculo para contratar el seguro. (CSJ SC de 2 feb. 2001, rad. n.º 5670).

Tal deber interpretativo en el juzgamiento de las referidas cláusulas es de orden constitucional, comoquiera que la Carta Política, como también lo expuso esta Corte en la providencia citada, previó que es deber del Estado evitar o controlar cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional (art. 333, inc. 4º).

Esta tendencia asimismo ha sido expuesta por la doctrina especializada, al señalar, refiriéndose al control de las condiciones generales abusivas de los contratos, que «(l)os límites al ejercicio de la actividad empresarial están entonces ordenados también a perseguir aquella situación de aprovechamiento económico. Las formas en que se manifiesta este desequilibrio son innumerables: (...) En breve reseña, dichos instrumentos consisten particularmente, y en primer término, en la predisposición unilateral de condiciones negociales uniformes y abusivas. (...) El derecho del consumidor a la seguridad económica y su correlato, el deber legal de garantía de la empresa, abrazan, como sustento de jerarquía constitucional y dentro de un plexo defensivo de derechos humanos fundamentales, el imperativo del control de las cláusulas abusivas predispuestas en los contratos por adhesión. El objetivo de la protección postulada en estos términos es tema central de los modernos sistemas de control de los contratos, y –cuadre destacarlo una vez más– no consiste en hacer triunfar los derechos de una categoría social sobre los de otra, sino, en un marco de convivencia de intereses, restablecer la igualdad real en las relaciones negociales, amenazada en detrimento del consumidor.»

8.1. Insiste la parte demandante en que la entidad demandada ejerció abusivamente su posición contractual dominante durante su ejecución y al darlo por terminado; pero ciertamente no aterrizó de manera concreta cual fue esa estipulación abusiva impuesta por la demandada de la que hizo uso en detrimento de los intereses de la actora.

El hecho de que la relación provenga de un contrato de adhesión, en sí mismo no es reprochable, ni ilegal; como tampoco lo es que en una relación negocial alguna de las partes tenga una posición de superioridad o dominante; lo reprochable es que se abuse de

esa condición en menoscabo del otro contratante.

Tal como *ut supra* se relacionó en la carta de intención, de 21 de noviembre de 200030, que sin demoras aceptó Madiautos, se establecieron las condiciones para el otorgamiento del convenio de ventas, en el que Ford Motor de Colombia enfatizó que uno de los motivos que los impulsaba a “nombrarles concesionarios autorizados” era precisamente la ubicación de Madiautos en la “**Vitrina de Ventas y Taller en la Transversal 49 No. 96-95**” de esta ciudad, recalcando que no podía comercializar ni abrir otros puntos de venta o servicios sin previa autorización escrita. Luego, no puede calificarse de abusivo el que con posterioridad no hubiese aceptado que la distribución de sus mercancías por Madiautos se trasladara a otro sitio, ni a seccionar la operación para tener sólo vitrina; pues claramente Ford expresó que esa fue una razón que lo indujo a contratar, además de todas las explicaciones sobre la ubicación estratégica que representa en el mercado automotriz capitalino que expusieron varios declarantes.

Otra condición explícita plasmada en esa carta, y aceptada sin reparos por Madiautos, fue que “*Las instalaciones deberán ser acondicionadas, organizadas e identificadas de acuerdo con nuestras guías corporativas de diseño de instalaciones de concesionarios*” e incluso disponer áreas adicionales para atender “*el crecimiento de las operaciones de vehículos nuevos, respuestos, servicio técnico y vehículos usados*”, adecuaciones extensivas al área de servicio y repuestos “*Con el objeto de prestar una eficiente atención en servicio técnico y repuestos a los usuarios de productos Ford*” y “*adquirir “las herramientas y manuales técnicos necesarias para la operación Ford”*”

Igualmente se convino que Madiautos debería “*manejar única y exclusivamente las marcas Ford y Mazda*”, pudiendo comercializar vehículos “*usados de diversas marcas*”.

Así mismo, se acordó un volumen de ventas planificado, por ende, ninguna extrañeza podía causarle que se le requiriera para hacer oportunamente los pedidos, o se atendieran los resultados de ventas establecidos.

Comprometiéndose Madiautos, a “*cumplir, en todo momento, con los planes de acción operativos que Ford Motor de Colombia Suc. Le requiera, a través de nuestro personal autorizado en cada una de las distintas áreas del negocio, dentro del proceso de inicio, desarrollo y estandarización de sus operaciones*”.

Todo lo cual, se itera, fue aceptado

inmediatamente y sin reservas por Enrique Guzmán, representante de Madautos, quien recalcó que dejarían de vender vehículos nuevos Fiat y Hyundai a partir de diciembre de ese año.

Como lo dijeron las partes, la relación contractual mientras duró siempre fue la misma; aunque es indiscutible que sí llegaron a un acuerdo para modificar lo originalmente convenido: en efecto, inicialmente se autorizó la operación dual Mazda-Ford, pero no es menos cierto que al menos desde enero de 2005 empezaron a hablar de acuerdos tendientes a la independización de las marcas, así lo expresó el mismo Enrique Guzmán en la carta de 16 de marzo de 2005, refiriéndose a lo concertado en reunión de enero de ese año en donde anotó *“se han independizado las fuerzas de ventas de las marcas MAZDA-FORD y se independizarán las salas de exhibición a más tardar a fines de 2005”* (folio 133 cuaderno 1A).

Sobre el tema, concretamente aparece que el 1º de abril de 2008 el Director Gerente General de Ford Colombia y el Presidente Ejecutivo de la Compañía Colombiana Automotriz, aludiendo a comunicaciones precedentes, conjuntamente expresaron a Enrique Guzmán, Gerente General de Madautos, que como las condiciones del mercado habían variado sustancialmente y *“han llevado tanto a Ford como a Mazda a buscar la diferenciación y separación de su imagen en las instalaciones de sus concesionarios”*, era necesario que Madautos presentara *“su propuesta formal de separación de las dos marcas cumpla con los estándares de cada una, tal como se detalla en el anexo”*.

Tácitamente Madautos aceptó lo requerido, pues presentó propuestas de separación, sobre las que se hicieron observaciones por parte de Ford.

Después de varios meses, finalmente el 28 de octubre de 2008 se reunieron los representantes de Ford, de la Compañía Colombiana Automotriz SA y de Madautos; suscribiéndose acta de compromiso en la que éste, en cuanto a la separación de la operación de ventas, servicio y repuestos de las marcas Mazda y Ford, expresamente se comprometió a proceder con la separación *“a más tardar el treinta (30) de Junio de 2008”* (sic), proponiendo 3 opciones y señalando que en abril de 2009 se verificaría el cumplimiento del cronograma fijado.

Sin duda, hubo un acuerdo de voluntades dirigido a modificar el inicial convenio de distribución dual Ford-Mazda, para independizar las operaciones de ambas marcas y, atendiendo lo pedido por ellas, Madautos se obligó a individualizar los productos y

servicios de una y otra marca respetando los estándares diferenciadores según las exigencias tanto de Mazda como de Ford.

Desde entonces, se surtieron una serie de requerimientos por parte de Ford hacia Madautos por el incumplimiento de las actividades señaladas en los plazos concertados y de observaciones.

Hasta aquí, tampoco se observa una conducta abusiva por parte de Ford, de un lado porque desde la misma aceptación de la carta de intención, Madautos asumió el deber de hacer las adecuaciones a sus instalaciones atendiendo los estándares organizacionales de aquella, e incluso hacer ampliaciones en la medida que evolucionara y crecieran las ventas; por otra parte, la solicitud de independización de operaciones (vitrina, sala de exhibición, taller, repuestos) no fue decisión exclusiva de Ford Motor Colombia, sino de manera conjunta con la Compañía Colombiana Automotriz, que también tenía el interés en el mismo propósito para sus productos y servicios Mazda; siendo importante señalar que tal determinación de separación de operaciones no se tomó sólo respecto de Madautos, sino a nivel nacional en todos los distribuidores del país.

8.2. Ahora bien, las exigencias de Ford no lucen extraordinarias, de hecho se invitó a todos los distribuidores duales en el país a presentar sus propuestas que, evaluadas y aprobadas, en su gran mayoría se materializaron en el año 2010. No se trató de especificaciones impuestas por Ford o por Mazda, sino de propuestas desarrolladas y presentadas por Madautos, discutidas, examinadas y concertadas en múltiples reuniones en las que participaron equipos de funcionarios de las tres compañías, como así al unísono lo dijeron los representantes de las partes en sus interrogatorios, y los testigos; también de ello dan cuenta las misivas cruzadas.

El 25 de noviembre de 2009, Luz Elena del Castillo instó al señor Guzmán a *“ponerse al día con estos estándares mínimos de operación Ford”*, advirtiéndole que contaba con 8 meses para que de manera gradual los reuniera y fuesen satisfechos a más tardar en julio de 2010; pero, llegada esta fecha ello no había ocurrido, aún así Ford amplió plazos para entregas de planos, para el inicio de obras y sí, en efecto, el 13 de agosto de 2010 verificó en la sede de Morato que sólo estaba pendiente la licencia de construcción; sin embargo, no puede desconocerse que 4 meses después el mismo señor Guzmán Galvez solicitó autorización de un punto de venta e informó que la obra de Morato estaba *“paralizada”* a la espera del otorgamiento de la licencia.

El 21 de enero de 2011 la Curaduría Urbana 1, enteró a la demandante del acta de observaciones a la solicitud de licencia de construcción, en la que se consignó, entre otros motivos, que no se cumplían las condiciones para concederla por razón del uso del suelo; circunstancia que se comunicó a Ford Motor casi dos meses después, el 11 de marzo. Desde esa calenda, transcurrieron cuatro meses sin que haya constancia de que se hubiese propuesto por Madiautos otra solución, fue entonces cuando Ford Motor de Colombia Sucursal comunicó la determinación de terminación unilateral del contrato.

De este recuento emerge ausente una conducta caprichosa, arbitraria, inflexible por parte de la demandada Ford en el tema de separación de vitrina de los productos Mazda, si en consideración se tiene que quien ideó, diseño y presentó la propuesta fue Madiautos; discutida, evaluada y concertada se elaboró un cronograma para su realización; se concedieron plazos que fueron ampliados; también se evidencia el reiterado incumplimiento de su compromiso por la demandante, y que, si bien se presentó un obstáculo al no concederse la licencia de construcción, no es menos cierto que después de presentado el escollo Madiautos no hizo patente su disposición de atender el requerimiento de independización de operaciones de Ford y Mazda mediante el ofrecimiento de otras alternativas o propuestas, sólo después de que se le comunicó de la terminación del contrato, afanosamente propuso dejarle a Ford toda la sede de Morato y sacar de allí a Mazda.

8.3. Además, la determinación de Ford Motor de Colombia Sucursal no surgió de manera “intempestiva”, pues transcurrieron cerca de tres años sin que se satisficiera el compromiso adquirido por Madiautos de independizar las operaciones de Ford y Mazda; y tampoco, se trató de una decisión inesperada, pues ya en varias comunicaciones se le había advertido que si persistía en la desatención de las cargas contractuales se daría por terminado el contrato; particularmente, en la carta de 25 de noviembre de 2009 se destacó “*que el cumplimiento de los compromisos adquiridos conjuntamente con Uds. es indispensable para que Madiautos siga representando a la marca Ford en Bogotá*”, ya en el mismo sentido funcionarios de Ford habían reconvenido en ese sentido a Madiautos (folios 22 cuaderno 1; 137, 180, 215, 222 del cuaderno 1 A).

8.4. En cuanto al retiro de la operación Hyundai fue un compromiso de Madiautos desde noviembre de 2000; y en el que en diversas comunicaciones Ford puso de presente su incumplimiento, así se registró en la carta de 26 de marzo de 2009, y

posteriormente se dio plazo hasta el 30 de noviembre de ese año; sin embargo, tal compromiso no aparece demostrado que hubiese sido cabal y oportunamente honrado.

8.5. Del precedente análisis se concluye que las conductas arbitrarias que se le endilgaron a la parte demandada son infundadas, como quiera que la decisión de terminación del contrato que lo ligaba a la demandante se fundó en el reiterado incumplimiento de ésta a las cargas contractuales que asumió. Se sigue de ello que, las pretensiones indemnizatorias no podían obtener decisión favorable.

8.6. La crítica a la valoración de los elementos probatorios que, según el artículo 176 de la ley 1564 de 2012, deben “... *ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos*”, resulta infundada, pues además de haberse consignado en la providencia, la juzgadora hizo el justiprecio del conjunto de pruebas recaudadas, de manera ponderada y conforme a las reglas de la sana crítica.

9. En lo que sí asiste razón al apelante es en que de sus pretensiones tuvo acogida la pretensión primera subsidiaria, y así declaró la *a quo* la existencia de un negocio jurídico entre las partes, luego no había lugar a condenarla en costas, al menos totalmente. En ese sentido se modificará el numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia de primer grado, para condenar en costas a la actora en proporción al triunfo de sus aspiraciones procesales.

10. De otro lado, en lo que concierne a un pronunciamiento expreso sobre las excepciones formuladas por la defensa, ha de decirse que la mayoría de ellas se encaminaron a enervar la pretensión primera principal que reclamaba se declarara la existencia de una agencia comercial de hecho entre las partes y de las que no se ocupó la juez de primer grado, al considerar innecesario cuando concluyó que no fue esa la relación entre las partes; así mismo, a través de ellas como defensa blandió el pluricitado GIDSA que, como ya se dijo, fue sopesado como un elemento probatorio más.

Además, se opuso como excepción “*La relación mercantil objeto del proceso se caracteriza como un contrato de concesión mercantil y no como un contrato de agencia.*”, que fue precisamente la conclusión a la que se arribó en primera instancia, agregándose que esa relación terminó con justa causa y no por una determinación abusiva o de mala fe de la demandada. Y es que antes de abordar el estudio de la defensa, la juzgadora escudriñó la concurrencia de los presupuestos necesarios para la prosperidad de las pretensiones y al no

hallarlos cabalmente demostrados suficiente resultaba para denegarlas, sin que fuese necesario emprender un análisis expreso de las excepciones; hermenéutica que por sí misma no entraña un atentado a los derechos de las partes, ni resta solidez a la decisión adoptada.

Corolario de lo *in extenso* explicado, los argumentos del recurrente carecen de la

contundencia para enervar la decisión judicial que reprocha.

8. En este orden de ideas, se confirmará la sentencia cuestionada y se impondrá condena en costas de esta instancia a la parte demandante, al tenor del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

**RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL – ACCIDENTE DE TRANSITO
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103003201000658 01.**

TESIS

En verdad al plenario no obra prueba contundente que esclarezca como sucedieron los hechos, carga demostrativa que, se insiste, gravitaba en la parte demandante; sin que sea factible fundar la decisión en la baraja de hipótesis planteadas, ni tampoco corresponde al Juzgador escudriñar para deducir cual fue la más probable, cuando ni siquiera los expertos pudieron emitir una respuesta concluyente al respecto.

ANTECEDENTES

1. Los señores José Fabio y Jorge Ardila Moreno, a través de apoderado judicial, instauraron demanda en contra de Samuel Jesús de la Hoz González y la Transportadora del Atlántico .A., en la que formularon las siguientes pretensiones:

1.1. Declarar civil y extracontractualmente responsable a Samuel Jesús de la Hoz González, en su calidad de conductor y solidariamente a la Transportadora del Atlántico S.A., en su calidad de locatario del vehículo de placas UYY-807, de todos y cada uno de los daños y perjuicios ocasionados a los señores José Fabio y Jorge Ardila Moreno, con ocasión del accidente de tránsito ocurrido en la Avenida Boyacá con calle 49 Sur, el 13 de diciembre de 2008, con la buseta de placas SDC-300, motor 4075395, servicio público, marca Dodge, color marfil, negro, rojo, verde, jade, serie PT 934210, modelo 1979, con capacidad 29 pasajeros, matrícula de Bogotá.

1.2. En consecuencia, los demandados pagarán en forma solidaria a los demandantes \$88'700.000.oo, y lo demás que se establezca en el litigio, como indemnización de los perjuicios materiales a título de daño emergente ocasionados por la destrucción total del vehículo de placas SDC-300.

1.3. Así mismo, los demandados pagarán en forma solidaria a los demandantes \$99'000.000.oo, y lo demás que se establezca

en el litigio, como indemnización de los perjuicios materiales a título de lucro cesante ocasionados por el accidente a la buseta de placas SDC-300.

1.4. Los demandados pagarán en forma solidaria a los demandantes, los intereses sobre la suma que se fije como indemnización, liquidados desde el momento de los hechos y hasta el pago de la obligación.

1.5. Se condene a los demandados a pagar solidariamente a los demandantes la indexación respectiva desde la fecha de ocurrencia del siniestro hasta el de pago de la obligación.

1.6. Se de aplicación a lo dispuesto en el artículo 22 de la ley 640 de 2001 y, en consecuencia aplique las sanciones establecidas contra el demandado Samuel Jesús de la Hoz González, en su calidad de conductor, en razón a su inasistencia a la audiencia de conciliación celebrada en el Centro de Conciliación del Transporte el 24 de agosto de 2009, a las 11 am, condenándolo a pagar la multa correspondiente a favor del Consejo Superior de la Judicatura de conformidad con lo establecido en el artículo 35 de la norma citada.

1.7. Condenar a los demandados a pagar en forma solidaria a los demandantes las costas del proceso.

LA APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, a través de su

abogado, soportó su disenso en que en el fallo

se hace referencia a unas partes del dictamen del Centro Internacional de Investigación Forense y Criminalística (FCI), pero dejó de tener en cuenta otras, donde se puede verificar la responsabilidad que le asiste a la tractomula que ocasionó el accidente.

Frente a los testimonios de los señores Humberto Prada y Omar Sobrino, si bien el de este último fue desestimado, en la valoración de aquel, se debía considerar que era empleado (escolta) de la empresa demandada, circunstancia que hacía poco creíble su versión y mucho más cuando el escolta de la parte trasera tomó el carril que transitaba el tracto camión, tal como lo registró uno de los testigos.

Dentro del término a que se refiere el artículo 322 de la Ley 1564 de 2012, el recurrente amplió los reparos anotando que el informe de tránsito aportado, sin reproche u objeción por los demandados, es prueba idónea, conducente y pertinente para establecer la responsabilidad del conductor de la tractomula de placas UYY 807, Samuel de la Hoz González, por falta de observación, cuidado y especial maniobra del rodante al transitar por la zona urbana, esto es, la Avenida Boyacá con calle 49 sur, llevando una carga sobredimensionada, como lo muestran las fotos arrimadas.

Anotó que, el juez como director del proceso debió aplicar las presunciones a que se refiere el artículo 166 de la Ley 1564 de 2012, a efectos de establecer al momento de decidir, luego de un alto grado de estudio y aplicando los principios de equidad, justicia, reparación, la prevalencia del derecho sustancial sobre el procedimental, así como el acceso a la justicia y la garantía para reclamar el pago del daño que se ha causado, conforme al artículo 2341 del Código Civil.

Reprochó que se haya manifestado en la sentencia que la parte demandante no cumplió con la carga probatoria, por cuanto no se probó el daño y el perjuicio.

Aludió a que el tractocamión de placas UYY 807 transportaba una carga sobredimensionada, tipo de carga que tiene un desplazamiento especial, pues al sobresalir puede ocasionar un accidente, siendo necesario llevar las alertas para que los usuarios de la vía que van en igual sentido, no se vean afectados. En su criterio se demostró con el álbum fotográfico que el responsable directo del daño fue el vehículo de placas UYY807, al transitar por la vía por donde se desplazaba el rodante de placas SDC300; faltando el operador del primero al deber objetivo de cuidado y en especial el de preveer que como su carga estaba por fuera de los parámetros de longitud del trailer, sobredimensionada, y no obstante de

disponer de escoltas tanto en la parte anterior y posterior, no previó el posible daño que podía ocasionar al no calcular el espacio de desplazamiento, lo que devino en que la carga sobresaliente impactara, enganchara y arrastrara a la buseta de placas SDC300.

Añadió que era importante tener en cuenta la realidad de los hechos, al observar el informe de accidente, y la versión del conductor de la buseta quien de manera desprevenida narró como sucedió el accidente, lo que hace que la autoridad de tránsito haya indicado “*NO DETERMINE HIPÓTESIS DE RESPONSABILIDAD*”.

Dijo que el tractocamión conducido por el señor De La Hoz González, fue codificado por la autoridad de tránsito con la hipótesis 157, lo que determina que la responsabilidad recae en este conductor al conocer el contenido de su carga. Además, de transitar por la izquierda y a una velocidad superior a la permitida.

Concluyó que no es posible argumentar que el vehículo de placas UYY-807, adicional a su peso, a la carga que transportaba en su trailer y la velocidad no permitida que llevaba, hubiera ejercido una fuerza física de tal magnitud que enganchara la buseta y ésta a la vez golpeó la tractomula estacionada, arrastrándolos a ambos, tanto así que presentan huellas de arrastre de 15.20 metros y 11 metros. Incumpliendo el conductor con sus obligaciones de acuerdo al artículo 1° del Código Nacional de Tránsito y la Resolución 4959 de 2006, norma última que en su artículo 3° define la carga extradimensionada.

Siendo evidente que tanto el conductor como la empresa no cumplieron con las normas, surgiendo de allí la responsabilidad imputada.

Reitera que se cumplían los requisitos de la responsabilidad civil, el hecho, la culpa, el nexo causal y el daño, explicando a su favor que si el señor De la Hoz González hubiera actuado en derecho el accidente no se habría producido.

Insistió que el daño se probó no solo con la demanda, sino con los demás medios de prueba, entre ellos las fotos tomadas en el sitio de los hechos, donde se observa la posición final de los automotores y el daño total al vehículo de placas SDC-300. En cuanto al nexo causal indicó que dicho vínculo se mantiene y de allí se configura la responsabilidad civil.

Acotó que existe evidencia que da certeza sobre la infracción de tránsito que se aduce al responsable, cumpliendo de esta forma con la carga que impone el artículo 167 de la Ley 1564 de 2012, frente a la responsabilidad a la

que se refiere los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, y conforme a la sentencia de la CSJ CS de mayo 21 de 1983, máximo cuando existe la

presunción de culpa y bajo esta presunción de responsabilidad es que el juzgador debe determinar la de los aquí demandados; correspondiendo al demandante solo acreditar el daño y la relación causal.

Insistió en que las versiones de Omar Sobrino y Humberto Prada no son creíbles, no sólo por su dependencia laboral de la demandada, sino por las inconsistencias en su dicho. Refirió que lo que sí es claro y contundente en el informe de accidente, como la carga sobre dimensionada que llevaba el traco camión, al sobresalir su parte trasera derecha se enganchó con la parte trasera izquierda de la buseta, lo que indica que el cabezote y parte delantera de la tractomula ya habían avanzado.

Dijo tener claro que se ésta frente a una actividad peligrosa y que al demandante le correspondía demostrar, como en efecto lo

hizo, la culpa probada por el responsable del accidente, esto es, el vehículo de placas UYY-807.

Finalmente anotó, que al estar demostrado el hecho y el daño, los demandados son directamente responsables de todos los daños y perjuicios que se reclaman, para lo cual se debe tener en cuenta que la buseta prestaba el servicio público de pasajeros, que por efecto de la colisión quedó inservible, por tanto, arrojó perjuicios por concepto de daño emergente, lucro cesante presente y futuro, y la vida útil de dicho rodante aun se encuentra vigente.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, el apoderado insistió en los reparos y agregó que el tractocamión no respetó las dimensiones propias de cada carril, superó el límite de velocidad al desplazarse entre 38 y 51 kilómetros por hora, no conservó la distancia de seguridad debida y efectuó una maniobra imprudente de izquierda a derecha invadiendo el carril de desplazamiento del bus.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo el recurso de apelación propiciado por la parte actora contra la sentencia que expidió el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, el 10 de diciembre de 2019.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados ante esta Sede, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. Ocupada la atención de la Sala en la responsabilidad endilgada a la parte demandada, debe anotarse que se trata la acción en esta oportunidad propiciada, de una responsabilidad civil extracontractual.

Por ser doctrina que descansa sin duda en el artículo 2341 del Código Civil, se tiene por verdad sabida que quien por sí o a través de sus agentes causa a otro un daño, originado en hecho o culpa suya, está obligado a resarcirlo, lo que equivale a decir que quien reclame a su vez indemnización por igual concepto, tendrá que demostrar los elementos de esta responsabilidad: (i) un autor o sujeto, que lo es quien causa el daño; (ii) la culpa o dolo del mismo; (iii) el daño o perjuicio ocasionado al

sujeto pasivo y, (iv) la relación de causalidad entre el daño y la culpa del sujeto que lo causó.

Empero, cuando el daño tiene origen en actividades que el legislador, en atención a que por su propia naturaleza o por los medios empleados para llevarlas a cabo están mayormente expuestas a provocar accidentes, ha calificado como riesgosas o peligrosas, apoyándose en el artículo 2356 del Código Civil, la jurisprudencia ha implantado un régimen conceptual y probatorio cuya misión no es otra que la de favorecer a las víctimas de ese tipo de actividades en que el hombre, provocando con sus propias labores situaciones capaces de romper el equilibrio antes existente, pone de hecho a los demás en un peligro inminente de recibir lesión en su persona o en sus bienes. (G.J. Tomos CLII, pág. 108, y CLV, pág. 210). En el anterior paradigma, cuando al hecho dañino se añade un elemento de actividad peligrosa, genera una especial modalidad de estudio que ha cobrado ríos de tinta en la doctrina y la jurisprudencia.

4. La responsabilidad civil extracontractual por el ejercicio de actividades peligrosas descansa en el artículo 2356 del Código Civil a partir de un principio según el cual: “*Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta*”. Significa lo anterior, el contenido propio de una “*teoría de la culpa*” capaz de establecer la “*presunción*” de la misma en el autor del daño, con beneficio concomitante en cabeza de la víctima reflejado en el aspecto probatorio quien, al no tener ya

que demostrarla (la culpa del agente), solamente le resta la carga de acreditar: i) la **autoría o sujeto activo**, que lo es quien causa el daño; ii) el **daño o perjuicio** causado al sujeto pasivo; y, iii) el **nexo causal** o de causalidad entre el daño y la culpa del autor del daño. En tanto, al demandado le corresponde, si busca ser exonerado, probar algún supuesto que estructure: fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o de un tercero que hubiere sido la causa exclusiva del accidente.

5. Con las anteriores premisas, un marco conceptual de responsabilidad civil extracontractual de culpa presunta (responsabilidad subjetiva), sucumbe ante la causa extraña; ahora, al preceder concurrencia de culpas, por aplicación del artículo 2357 del Código Civil, se abre paso la reducción de la condena: *“La apreciación del daño está sujeta a la reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*, en cuya misma dirección apunta la doctrina:

“Tomemos el caso del peatón que es atropellado por un automotor; con base en el acervo probatorio, el juez puede encontrarse con lo siguiente: 1. Adicional a la actividad peligrosa del demandado, se halló una culpa exclusiva de este: la víctima deberá ser indemnizada en su totalidad. 2. Solo existía la prueba de que el daño se causó por medio de una actividad peligrosa, sin que hubiese culpa adicional del demandado, ni culpa del peatón: también habrá indemnización total, ya que la peligrosidad de la actividad es lo que crea la culpabilidad. 3. Se prueba culpa de la víctima: habrá reducción, haya o no culpa adicional del demandado; en este caso, habrá culpa de parte y parte y, en consecuencia, el artículo 2357 del Código Civil será aplicable. 4. Si la actividad de la víctima es causa exclusiva del daño, la exoneración del demandado será total, sin importar lo culposo de este hecho de la víctima; ese hecho, culposo o no, es una causa extraña que libera al demandado”.

6. La controversia traída en esta oportunidad para su definición ante la jurisdicción, tiene como sustrato fáctico probado el hecho que el señor Omar Yesid Camargo Díaz manejaba la buseta de placas SDC300 de propiedad de los demandantes, en tanto el señor Samuel de la Hoz conducía el tractocamión de placas UYY807 - del que para la época de los hechos era locataria

Transportadora del Atlántico S.A., entidad que en el curso del proceso adquirió la calidad de dueña del automotor citado-, y Arciso Sánchez estaba al frente del carro cisterna de placas TET205 que también resultó involucrado en el choque, es decir, los tres desarrollaban actividades peligrosas y en ese contexto se produjo el accidente. Particularidades que

imponen tomar como referente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que al respecto, *in extenso*, puntualizó:

“En análogo sentido, a propósito del régimen legal aplicable a las actividades peligrosas concurrentes, la Corte tuvo oportunidad de precisar, lo siguiente: “(...) e) En las actividades peligrosas concurrentes, el régimen jurídico aplicable es el consagrado en el artículo 2356 del Código Civil y, en su caso, las normas jurídicas que existan sobre la actividad concreta.

“La problemática, en tales casos, no se desplaza, convierte o deviene en la responsabilidad por culpa, ni tampoco se aplica en estrictez su regulación cuando el juzgador encuentra probada una culpa del autor o de la víctima, en cuyo caso, la apreciará no en cuanto al juicio de reproche que de allí pudiere desprenderse sino en la virtualidad objetiva de la conducta y en la secuencia causal que se haya producido para la generación del daño, para determinar, en su discreta, autónoma y ponderada tarea axiológica de evaluar las probanzas según las reglas de experiencia, la sana crítica y la persuasión racional, cuando es causa única o concurrente del daño, y, en este último supuesto, su incidencia, para definir si hay lugar a responsabilidad o no.

“Más exactamente, el fallador apreciará el marco de circunstancias en que se produce el daño, sus condiciones de modo, tiempo y lugar, la naturaleza, equivalencia o asimetría de las actividades peligrosas concurrentes, sus características, complejidad, grado o magnitud de riesgo o peligro, los riesgos específicos, las situaciones concretas de especial riesgo y peligrosidad, y en particular, la incidencia causal de la conducta de los sujetos, precisando cuál es la determinante (imputatio facti) del quebranto, por cuanto desde el punto de vista normativo (imputatio iuris) el fundamento jurídico de esta responsabilidad (...) se remite al riesgo o peligro. “A este propósito, cuando la causa del daño es la conducta o actividad que se halle en la exclusiva esfera de riesgo de uno de los sujetos, éste será responsable único y a contrario sensu, concurriendo ambas, se determina su contribución o participación para mitigar o atenuar el deber de repararlo.

“De esta manera, el juzgador valorará la conducta de las partes en su materialidad objetiva y, en caso de encontrar probada también una culpa o dolo del sujeto, establecerá su relevancia no en razón al factor culposo o doloso, sino al comportamiento objetivamente considerado en todo cuanto respecta a su incidencia causal.” (Subraya la Sala)

En posterior pronunciamiento dijo el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“1.3 También es factible que suceda, cual aconteció en el escenario debatido, que ambos extremos de la relación procesal estuvieran ejercitando concomitantemente actividades de peligro, evento en el cual surge para el fallador la obligación de establecer mediante un cuidadoso estudio de las pruebas la incidencia del comportamiento desplegado por aquellos, respecto del acontecer fáctico que motivó la reclamación pecuniaria.

Al demandarse a quien causó una lesión como resultado de desarrollar una actividad calificada como peligrosa y, al tiempo, el opositor aduce culpa de la víctima, es menester estudiar cuál se excluye, acontecimiento en el que, ha precisado la Corporación:

“en la ejecución de esa tarea evaluativa no se puede inadvertir ‘que para que se configure la culpa de la víctima, como hecho exonerativo de responsabilidad civil, debe aparecer de manera clara su influencia en la ocurrencia del daño, tanto como para que, no obstante la naturaleza y entidad de la actividad peligrosa, ésta deba considerarse irrelevante o apenas concurrente dentro del conjunto de sucesos que constituyen la cadena causal antecedente del resultado dañoso’. Lo anterior es así por cuanto, en tratándose ‘de la concurrencia de causas que se produce cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro (G. J. Tomos LXI, pág. 60, LXXVII, pág. 699, y CLXXXVIII, pág. 186, Primer Semestre, (...)) Reiterado en CSJ CS Jul. 25 de 2014, radiación n. 2006-00315).”

En decisión más reciente indicó esa Corporación:

“De ahí, que cuando concurren roles riesgosos en la causación del daño, tampoco resulta congruente aludir a la compensación de culpas, sino a la participación concausal o concurrencia de causas. Y ello, no puede ser de otro modo, por cuanto demostrada la conducta, el comportamiento o la actividad peligrosa como primer elemento, establecido el daño como requisito consecuencial, y comprobado el vínculo de causalidad entre la acción y el resultado, el agente únicamente puede exonerarse demostrando causa extraña; de manera que a éste, no le basta justificar ausencia de culpa sino la ruptura del nexo causal para liberarse de la obligación

indemnizatoria”

De manera tal que, cuando el daño tiene ocurrencia en ejercicio simultáneo de actividades peligrosas, como en el presente caso sucedió, no se puede predicar la presunción de responsabilidad en el demandado, gravitando en quien pretenda la reparación de los perjuicios la carga de probar **todos** los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual, incluido el subjetivo o culpa del demandado, para lo cual obviamente debe aparecer descartada la injerencia de la víctima en la producción del daño.

7. Siguiendo tales directrices, en el *sub lite* lo primero que debe destacarse es el hecho indiscutido de que en la colisión se vieron involucrados tres vehículos, ergo, estamos ante la concurrencia de múltiples agentes que desplegaban actividades peligrosas o riesgosas, por tanto debe examinarse si en el plenario obran probanzas que demuestren los aludidos presupuestos así como la incidencia en la generación del hecho dañino de la conducta de cada uno de los conductores involucrados en la colisión, evaluando las circunstancias propias del evento.

Lo anterior impone verificar las circunstancias en que el choque se produjo, habiendo aseverado el extremo actor que ello ocurrió porque el tractocamión de placas UYY807 circulaba con una “carga extra dimensional, sin escolta y al tratar de adelantar a la buseta de placas SDC 300 no pudo operar con la diligencia y cuidado que se requiere para la actividad peligrosa que desempeñaba y no logró calcular la dimensión de su carga con relación al cabezote del tractocamión ...” -hecho 2º- agregando que Samuel de la Hoz, “condujo imprudentemente, invadiendo el carril del vehículo SDC300, con la carga extradimensionada que llevaba y sin escoltas como lo señala la norma para estos eventos ...” -hecho 5º-, siendo ello la causa eficiente del choque.

Una evaluación de los escasos medios de convicción, uno a uno y en conjunto, lo que muestran es versiones diferentes acerca de las circunstancias en que tuvo lugar el accidente:

7.1. El conductor de la buseta, Omar Yesid Camargo dijo “cuando yo me dirigía por la avenida Boyacá, exactamente no conozco la dirección, estaba bajando el puente de la sevillana, me dirigía de norte a sur, a una velocidad aproximada de 20 a 30 Km cuando bajo una tractomula que iba sin escoltas porque los escoltas iban adelante, cogiéndome la parte izquierda de la buseta, ósea (sic) de atrás, con una máquina que iba totalmente salida de la carrocería y arrastrándome

lentamente unos 15 mts. Y me llevo (sic) a colisionar contra otra tractomula ocasionando un accidente de mayores consecuencias, ...”, y refiriéndose a la tractomula UYY807 refirió “Posiblemente transitaba a una velocidad no permitida, puesto que al bajar el puente de la Sevillana en sentido norte sur se dejó coger ventaja de ella encontrándose entre el separador y el vehículo que yo conducía, perdiendo el control de él y ocasionando el accidente ocurrido”.

7.2. El declarante Omar Antonio Sobrino Mendoza, tecnólogo en seguridad vial, manifestó *“es sobre un accidente de tránsito sucedió en el año 2008, en la ciudad de Bogotá en la Avenida Boyacá, donde íbamos transportando una carga extra dimensionada o sea una carga larga, alta y ancha, nos desplazábamos por la Avenida con el equipo completo, dos camionetas, dos tecnólogos de seguridad vial, dos conductores de la camioneta”* cumpliendo la normativa para tránsito en zona urbana *“en el momento del accidente había una tractomula cisterna de esas que transportan combustible parqueada al lado derecho de la Avenida, nos desplazábamos por nuestro carril adelantado iba una Buseta o digamos que al mismo nivel de la Tractomula que llevamos en la carga extra dimensionada, cuando el conductor de la buseta ve la tracto mula parqueada al lado derecho trato de salir y la carga extra dimensionada que llevamos la golpeo (sic) con el lado más ancho de la carga lanzándola hacia la tracto mula que estaba parqueada (sic) ocasionando daños materiales.”* informó que el vehículo en el que se desplazaba era escolta de la carga en la parte delantera, pero como era su deber prestar seguridad *“alcance a ver el accidente”*, indagado sobre el automotor estacionado advirtió *“Yo en ningún momento vi alguna señal, ni conos, ni triángulos, ni luces de parqueo del vehículo estacionado, e incluso el conductor no se encontraba dentro del vehículo”.*

7.3. El testigo Humberto Prada, también tecnólogo vial iba como escolta del tractocamión pero en la parte trasera como técnico palettero, narró: *“nosotros íbamos por nuestro carril izquierdo, ese es un punto muy transitado, y una buseta trato (sic) de adelantar la carga que llevábamos en el carril de la buseta, pero con mala suerte que a los pocos metros había una mula de líquido inflamable orillada al lado derecho, como iban a una velocidad paralela, en un segundo la buseta quiso como frenar cuando se vio encerrada entre los vehículos, pero con la oruga de la retroexcavadora que llevábamos en la carga, esta la engancho (sic) en fracciones de segundos produciéndose el accidente,”* así mismo informó que el carro estacionado no tenía señales de advertencia y

que en la parte delantera iba el carro escolta en el que iba como técnico palettero el señor Omar Sobrino.

7.4. La señora Yury Valencia Ariza, no aportó mayor información sobre las circunstancias en que ocurrió el choque; indicó que ella acababa de abordar la buseta, se sentó en la silla delantera mientras buscaba el dinero para pagar el pasaje, le pidió a otro pasajero que lo pasara para no levantarse y que le quitaran la silla y en ese momento *“yo sentí un estrujón y pues sentía que la buseta seguía caminado como si fuera empujada por algo”*, por lo que se agachó y se imaginó que había pasado algo *“y quede yo como inconsciente”*, por lo que sintió el golpe pero no vio exactamente lo que pasó.

7.5. El señor Javier Carreño nada puede decir sobre la ocurrencia de los hechos, pues tan sólo le consta que al parqueadero a su cargo fue llevada la buseta luego del insuceso.

7.6. El informe policial de tránsito No. AO-047497910, da cuenta que el choque se produjo en la Avenida Boyacá a la altura de la calle 49 sur, describe que se trataba de una vía recta, plana con bermas, de un solo sentido, una calzada, tres carriles, asfaltada y en buen estado, con demarcación en línea de borde. En el croquis se aprecia que la tractomula de la demandada quedó exactamente paralela al separador en el carril izquierdo por el que se desplazaba, observándose al lado derecho de la vía el carrotanque y entre ambos la buseta. Se dejaron las hipótesis del conductor de la buseta *“me dirigía por la derecha yo iba adelante el señor de la mula venía a velocidad por la izquierda me pasó con el cabezote y con la carga que iba salida una máquina me arrastró y me hizo estrellar con la mula parqueada”*; en la hipótesis del automotor detenido en la vía se lee: *“me acababa de estacionar para hacer una llamada cuando sentí el impacto de la buseta contra mi vehículo al ser arrastrada por otra tractomula”*, la versión del otro conductor es ininteligible.

Si bien es cierto dicho informe tiene pleno valor probatorio, pues proviene de una autoridad pública, no lo es menos que como medio de convicción debe analizarse atendiendo las reglas de la sana crítica, en conjunto con los restantes elementos de prueba a partir de un sistema de apreciación racional.

Aunado a que el artículo 144 inciso primero de la Ley 769 de 2002 establece que el informe policial de accidente de tránsito es un informe descriptivo que debe contener, entre otros, el estado de la vía, la huella de frenada, el grado de visibilidad, la colocación de los vehículos y la distancia.

Conforme a lo dicho, se tiene que el informe de policía no hace prueba por sí solo de la

responsabilidad y las versiones que de los implicados allí se consignan son meras hipótesis, evidencia que luego de cumplir unos requisitos para su incorporación debe ser valorado con los demás medios de prueba.

7.7. El informe aportado por la demandante con el libelo introductorio, practicado el 17 de abril de 2009 por el Centro Internacional de Investigaciones Forenses y Criminalísticas (FCI), se basó en el informe policial de accidente de tránsito, 7 fotografías, audio con la versión del conductor de la buseta plano topográfico del lugar de los hechos, describe los daños de los 3 vehículos dejando la nota que *“Las anteriores descripciones de los daños de los vehículos involucrados en los hechos se encuentran sujetas a cambios ya que no se cuenta con el expertito técnico de los automotores”*, igualmente se anotó allí que *“No es posible determinar tanto la posible área de impacto o calcular las velocidades pre-impacto, post-impacto y al momento del contacto así como tampoco las posiciones relativas de contacto, debido a que no se lograron plasmar las posiciones finales de los elementos materia de prueba en el plano topográfico realizado por FCI ya que en el croquis de la policía hacen falta medidas que no permiten acotar las evidencias a los puntos de referencia”*

7.8. Las fotografías sólo muestran la posición final de los automotores, las que aparecen a folio 4 tomadas muy cerca no permiten apreciar una panorámica de la escena, se ve el frente de los tres automotores destacándose que el tractocamión lleva el aviso de peligro, y que el cabezote del carrotanque de placas TET205 quedó subido en el andén; la primera foto del folio 5 del tractocamión de la demandada solo se alcanza a ver las llantas traseras, y las demás fotos son sólo de la buseta.

8. Con ese soporte probatorio, no se demuestra la causa eficiente del accidente que propuso la parte demandante en su demanda, ni tampoco las que vino a plantear al sustentar la apelación atinentes a que no se respetaron las dimensiones propias de cada carril, a que el tractocamión iba excediendo los límites de velocidad, ni conservó la distancia de seguridad debida, ni la de *“efectuar una maniobra imprudente de izquierda a derecha invadiendo el carril de desplazamiento del bus”*.

En verdad al plenario no obra prueba contundente que esclarezca como sucedieron los hechos, carga demostrativa que, se insiste, gravitaba en la parte demandante; sin que sea factible fundar la decisión en la baraja de hipótesis planteadas, ni tampoco corresponde al Juzgador escudriñar para deducir cual fue la más probable, cuando ni siquiera los expertos

podieron emitir una respuesta concluyente al respecto.

La versión del conductor de la buseta, examinada con sumo rigor pues no puede soslayarse que fue uno de los agentes partícipes de las actividades peligrosas e involucrado en el choque, no haya respaldo en otras probanzas; enfatizó que el tractocamión iba sin escoltas, pero los otros declarantes precisamente eran quienes como técnicos paleteros iban cumpliendo esa misión de acompañamiento al automotor con la carga sobredimensionada. Además se arrimaron al plenario los documentos que dan cuenta del Registro como operador de carga extradimensionada otorgado a Transportadora del Atlántico Ltda., entre otros para el vehículo de placas UYY807 y la camabaja RO864, el permiso vigente para el transporte de carga extradimensionada que con tal fin le fuera concedido al mismo vehículo con las longitudes autorizadas: posterior sobresaliente 3.00; ancho 3,60 y alto 4,40; sin que exista prueba de que se hubiesen transgredido esos límites.

Y la mera manifestación que al respecto hace la parte demandante resulta insuficiente, por razón que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba de lo que afirme, tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo onus probandi incumbit actori no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez”

9. Dentro del precedente contexto no se avizora que el justiprecio probatorio realizado por el juez de primer grado sea caprichoso, incompleto o carente de sindéresis.

10. Finalmente, respecto al elemento daño, debe anotarse que una cosa es la demostración del estado en que quedó la buseta luego del accidente y, otra totalmente diferente es la prueba de los perjuicios; y siempre procede el estudio de estos últimos, si se ha superado la demostración de la responsabilidad de los demandados, lo que como ya ha sido decantado no se logró, pues aparece en entredicho que fue

el actuar del conductor de la buseta la que pudo ocasionar el siniestro.

11. Ante el escenario jurídico y probatorio que acaba de analizarse los argumentos del censor resultan infundados, por lo que se mantendrá la decisión del juzgado de primer grado. Ante el fracaso del recurso, se condenará en costas al apelante vencido.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 11001310303120150052701.

TESIS

En este orden de ideas, es claro que examinados uno a uno y en conjunto los medios probatorios acopiados no logran establecer el momento exacto de la interversión de la condición de la señora Rincón Buitrago de tenedora en la que llegó a ocupar la casa a poseedora exclusiva, autónoma e independiente; calenda imprescindible como puntal para determinar si de manera continua e ininterrumpida completó el término legal exigido para adquirir por el modo invocado. Ante tal falencia probatoria, las pretensiones de la usucapiente debían ser negadas como efectivamente lo dispuso el *a quo*.

ANTECEDENTES

1. La señora María Diofir Rincón Buitrago, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de Luis Jaime Bordón Borbón, en la que planteó las siguientes pretensiones:

1.1. Declarar que la demandante adquirió por prescripción extraordinaria el dominio el inmueble urbano ubicado en la Carrera 110 Bis No. 69B-39 predio identificado con el folio de matrícula No. 50C-1016166; correspondiente a un lote de terreno junto con la edificación en él levantada consistente en 3 plantas: en el primer piso garaje y apartamento independiente; en el segundo y tercer piso sendos apartamentos, con un área aproximadamente de 160 mts² y que se encuentra comprendido dentro de los linderos tomados de la Escritura Pública No. 3201 de fecha 27 de noviembre de 1987 de la Notaría 38 del Círculo de Bogotá, que aquí se tienen por reproducidos.

1.2. Como consecuencia, se ordene inscribir la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona centro, en el folio de matrícula inmobiliaria. 1.3. Se condene en costas a quien se oponga.

2. Como soporte fáctico del *petitum* narró:

2.1. La señora María Diofir Rincón Buitrago convivió en unión marital de hecho con el señor Luis Jaime Borbón Borbón, quien la llevó a vivir al inmueble de su propiedad para esa época, y que es aquí objeto de pertenencia.

2.2. Los señores Rincón Buitrago y Borbón Borbón vivieron en forma continua en el mismo inmueble desde el mes de agosto de

1993 hasta el 28 de febrero de 2004, surgiendo la sociedad patrimonial de hecho.

2.3. El Juzgado 21 de Familia de Bogotá, dentro del expediente No. 2005-0317, el 20 de octubre de 2005, declaró la unión marital de hecho al igual que la existencia de la sociedad patrimonial de hecho y, como consecuencia, declaró disuelta y en estado de liquidación esta última.

2.4. El inmueble objeto de usucapición, fue excluido de la relación de inventarios y avalúos, dentro del proceso de unión marital de hecho, por ser un bien propio del demandado Borbón Borbón.

2.5. A partir del 28 de noviembre de 2004, el señor Luis Jaime Borbón Borbón abandonó el hogar, sin que haya regresado a la casa que era de su propiedad, donde convivía con la aquí demandante, como quedó reseñado en los numerales 1° y 2° de la sentencia de unión marital de hecho.

2.6. La señora María Diofir Rincón Buitrago tiene la posesión real y material, en forma continua, pacífica, pública e ininterrumpida por más de 10 años, con ánimo de señora y dueña del predio que es objeto de la petición de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, de conformidad con lo establecido en la ley 791 de 2002.

2.7. La posesión que mantiene la demandante sobre el predio objeto del proceso, con ánimo de señora y dueña, la ha acompañado con actos como, en el primer piso conservación y

mantenimiento del inmueble, arreglos de fachada, pintura externa y pintura interior; resanes, arreglo de escape de agua, cambio de pisos en madera, instalación de mueble en la cocina, cambio de marcos de ventanas, levantada y nueva construcción del piso de la fachada, arreglo del piso del garaje, arreglo de puerta, ventana y portones del garaje de la entrada principal, permanente cambio de chapas de puertas internas y cambio de cortinas. En el segundo piso, pintura general, instalación de tejas y canales para techo del patio, arreglo y decoración del baño, cambio de cortinas, instalación de chapa de seguridad y de entrada del segundo piso, instalación de marco repisa de la cocina y mantenimiento permanente de pisos, paredes y techo. En el tercer piso, instalación de cocina integral, pintura interna y revisión del techo e instalación de tejas, instalación de closet de madera en la habitación principal, arreglos y eliminación de humedad y decoración del baño, pintura del hall y escalera, gastos que suman \$36'120.000.00, como aparecen acreditados con las cuentas de cobros que se allegaron. Actos de posesión que prueba manteniendo arrendado el garaje y los apartamentos del primer y segundo piso, ya que en el tercer piso vive la demandante. Igualmente cancela los impuestos desde el año 2006, así como el de valorización. Instalación del servicio público domiciliario del gas, y pago de servicios con que cuenta el inmueble.

2.8. La posesión sobre el inmueble no ha sido interrumpida ni civil ni naturalmente, la ha ejercido de manera pública, pacífica y tranquila, sin violencia, ni clandestinidad; ha ejercido su señorío mediante una permanente continua y adecuada explotación del predio con arrendamientos del primer y segundo piso, construcciones, reparaciones y su debido mantenimiento, durante más de 10 años que lo viene poseyendo; sin que nadie discuta que la demandante es la poseedora.

2.9. El inmueble objeto de la usucapión fue adquirido por el demandado Luis Jaime Borbón Borbón mediante escritura pública No. 3021 del 17 de noviembre de 1987 de la Notaría 38 del Círculo de Bogotá, siendo el único titular de derechos reales sobre dicho inmueble, según el certificado de libertad No. 50C-1016166.

2.10. La demandante ha ejercido la posesión material sobre el predio, en nombre propio, con verdadero ánimo de señora y dueña, sin reconocer dominio ajeno u otros derechos a persona diferente desde el 28 de noviembre de 2004, hasta la presentación de la demanda.

3. Mediante auto del 27 de mayo de 2016, el

Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda, ordenó imprimirle el trámite correspondiente, el traslado por el término de ley y el emplazamiento de las personas indeterminadas.

3.1. El señor Luis Jaime Borbón Borbón, notificado personalmente, en oportunidad acudió al proceso y a través de apoderado judicial contestó la demanda pronunciándose sobre los hechos, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: (i) *Interrupción de la Prescripción*, (ii) *Falta de requisitos para cumplir el tiempo de prescripción definido por la ley*, y (iii) *No le asiste el derecho por ser mera tenedora*. Además, formuló demanda de reconvencción (Folios 109 a 114 cuaderno 1).

3.2. El 22 de noviembre de 2017, se notificó el curador *ad litem* de las personas indeterminadas, previo el cumplimiento de los trámites de rigor (Folio 174 cuaderno 1); empero, el auxiliar guardó silencio durante el traslado de la demanda.

4. En la demanda de mutua petición el señor Borbón Borbón formuló las siguientes pretensiones:

4.1. Que se declare que al señor Luis Jaime Borbón Borbón le pertenece el dominio plano, absoluto y exclusivo el inmueble descrito y alindado objeto de la demanda de pertenencia, que se ubica en la Carrera 110 Bis No. 69 B -39 de la actual nomenclatura, matrícula inmobiliaria No. 50C-1016166 y cédula catastral 69 109C 19 – Chip AAA0152AWWAK.

4.2. En consecuencia, se ordene a la demandada, restituir al señor Luis Jaime Borbón, dentro de los seis (6) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia el bien raíz en cuestión.

4.3. Se condene a la señora Rincón Buitrago a pagar al señor Luis Jaime Borbón el valor de los frutos naturales o civiles percibidos, así como los que hubiera podido percibir el demandante con mediana inteligencia y cuidado desde el 1° de enero de 2009, a título del 50% del canon mensual de arrendamiento que estimó y discriminó así:

Concepto	Total	anual
adeudado		
De enero a diciembre de 2009, a razón de \$500.000.00	\$6'000.000.00	
De enero a diciembre de 2010, a razón de \$550.000.00		

\$6'600.000.00
 De enero a diciembre de 2011, a razón de \$600.000.00
 \$7'200.000.00
 De enero a diciembre de 2012, a razón de \$650.000.00
 \$7'800.000.00
 De enero a diciembre de 2013, a razón de \$700.000.00
 \$8'400.000.00
 De enero a diciembre de 2014, a razón de \$750.000.00
 \$9'000.000.00
 De enero a diciembre de 2015, a razón de \$800.000.00
 \$9'600.000.00
 De enero a julio de 2016, a razón de \$850.000.00
 \$5'950.000.00
 TOTAL

\$60'550.000.00

4.4. Que el demandante Luis Jaime Borbón Borbón no esta obligado a reconocer ni pagar las expensas necesarias ni las mejoras útiles de conformidad con lo establecido en el artículo 966 del Código Civil, por tratarse de una mera tenedora.

4.5. Que en la restitución en favor del demandante, se tenga en cuenta igualmente las cosas muebles que por adhesión o destinación formen parte del inmueble objeto de reivindicación, de conformidad con lo establecido en el Título 1° del Libro 2° del Código Civil.

4.6. Condenar a la demandada al pago de las costas.

LA APELACIÓN

El apoderado de la demandante original impugnó la sentencia de primer grado, anotando que el *a quo* centró su decisión en el tiempo que exige la ley para adquirir por prescripción, teniéndolo por no cumplido a pesar que en la demanda se indicó que tal posesión la ostentaba desde el 28 de noviembre de 2004, contrariando lo declarado por los testigos que informaron que ella era la señora y dueña, que usufrutuaba el bien, que el demandado jamás volvió a entrar al inmueble desde esa data.

Indicó que los testigos del demandado eran amañados, pues respecto al vehículo del demandado que guardaba en el predio era porque el hijo de la demandante trabajaba con aquel; la testigo Useche esposa de otro de los testigos, dijo no constarle nada y la señora Adelina dijo que no sabía nada, que ella en el 2006 había vendido el inmueble, por lo que faltó profundidad en el estudio de los tres testigos del señor Borbón Borbón en razón a su

falta de coherencia.

Agregó que no debía haber ninguna interversión pues la demandante siempre había poseído el predio y el demandado jamás volvió a la casa después del 28 de noviembre de 2004, sin que el registro de la liquidación el 7 de julio de 2010 interfiera o afecte su posesión.

Manifestó que no se pidió por la contraparte la ratificación de las declaraciones extrajudicio aportadas con la demanda, por lo que hacían plena prueba de su contenido, y no podía abogar en su defensa y menos tener por cierto el dicho de la misma parte demandada.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, el apoderado sustentó el recurso insistiendo en los reparos con similares argumentos, como es que le dio mayor credibilidad a los testigos de la parte demandada sin existir asidero probatorio.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo el recurso de apelación formulado por la demandante inicial contra la sentencia de primer grado.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados ante esta Colegiatura, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado

en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. Conforme al artículo 2512 de la Codificación Civil "*La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción*". De dicha orientación normativa, entre otras dispuestas en el ordenamiento jurídico, se extrae que el modo prescriptivo puede ser ordinario o

extraordinario. Tratándose de este último, los requisitos para que opere atañen a los siguientes: *i*) la naturaleza prescriptible del bien; *ii*) la identidad del mismo con la cosa que se pretende y, *iii*) la posesión pacífica, pública e ininterrumpida del prescribiente durante el tiempo que exige la ley.

4. En el caso en estudio, fracasó la solicitud de la usucapiente pues el juez *a quo* no halló probado el último de los presupuestos reseñados, esto es, la calidad de poseedora de la señora María Diofir Rincón por el término legalmente requerido. Al examinar el acervo probatorio se constata que, en efecto, tal circunstancia no fue demostrada.

En primer lugar, la parte demandante confesó en su libelo introductorio que al predio que persigue en usucapición ingresó en compañía del señor Luis Jaime Borbón quien la llevó a vivir al inmueble de su propiedad, y juntos convivieron allí desde el mes de agosto de 1993 hasta el 28 de noviembre de 2004, surgiendo de allí la sociedad patrimonial de hecho que fue declarada mediante sentencia proferida el 20 de octubre de 2005, por el Juzgado 21 de Familia de Bogotá, declarándola disuelta y en estado de liquidación.

Así mismo, la señora Diofir Rincón aceptó que dentro del referido proceso fue excluido el predio ubicado en la Carrera 110 Bis No. 69 B -39 de la relación de inventarios y avalúos por tratarse de un bien propio del demandado señor Luis Jaime Borbón Borbón.

Luego, evidente es que la señora Rincón Buitrago llegó al bien con la aquiescencia del dueño, y por razón de su relación de pareja permaneció en él; mientras duró la convivencia no puede entonces decirse que poseía junto con el propietario.

De allí que, debía demostrarse con contundencia la época o momento en que la señora Diofir Rincón repudió cualquier derecho que tuviera frente al bien raíz el señor Luis Jaime Borbón y trocó su calidad de mera habitante de la casa a una verdadera poseedora, ama y señora, no sólo en su fuero interno, sino que ese ánimo lo hizo patente ante terceros y respecto del propietario inscrito.

5. Frente a un asunto de similares contornos, dijo la Corte Suprema de Justicia:

«al contrario de lo determinado en el fallo de primera instancia, del haz de acreditación dimanó que la censora no logró asumir el onus probandi que le concernía a fin de satisfacer todos los presupuestos axiológicos de la acción de pertenencia impetrada, pues no pudo acreditar la calidad de poseedora al efecto invocada, amén que tampoco denotó que

hubiera

operado a su favor la terminación de la mera tenencia e iniciación de la posesión en vista de que no demostró «en qué momento se rebeló en contra de su compañero para ejercer de manera exclusiva los actos de posesión, y desconociéndolo como titular del dominio» para «empezar [a] ejercer “solitariamente” actos de señora y dueña», de donde emergió que la usucapición que intentó edificar no se materializó, explicativa respetable que no merece reproche desde la óptica ius fundamental» (destacado a propósito).

Igualmente la Corte recientemente memoró:

““(…) Y es que, valga decirlo, según explicitó la Corte en CSJ STC7922-2018, 21 jun. 2018, rad. 2018-01576-00, para que se pueda predicar el ejercicio «posesorio» en cabeza de una persona a partir de la «interversión del título», se precisa: (...)” “(…) [E]l fehaciente cumplimiento de ciertos requisitos que en su conjunto determinan la franca voluntad y actitud relativas a la disposición de la cosa por parte de quien se atribuye el señorío que es menester frente a sí mismo y ante los demás. Por ello, quien toma contacto material con un bien determinado en calidad de «mero tenedor» (persona que reconoce señorío ajeno) no puede pretender usucapir el bien que le fuera entregado a título precario, salvo que sobrevenga una circunstancia nueva que ponga fin a dicha «tenencia», momento en que se inicia una «nueva posesión»; tal hecho ha de constituirse como notorio hito que acredite paladinamente la mutación del «título» por cuanto que, según el artículo 777 del Código Civil, «[e]l simple lapso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión» (se destaca), lo que impone que el interesado debe, en pro de acreditar la «posesión» aseverada, demostrar que su condición inicial de «mera tenencia» cambió con el tiempo, y que por conducto de ello, trocó su «tenencia» al campo del señóramiento en nombre personal, propio de un verdadero «poseedor» -quien ha de tener ínfulas de propietario-.

Surge, pues, la necesidad de evidenciar una intención conductual que apareje la intersión o mutación del «título inicial» (mera tenencia), en pro de enseñar el surgimiento de la «posesión» que se precisa para lograr el reconocimiento de la prescripción adquisitiva deprecada. Por ende, para que la «intersión» del inicial título de aprehensión física sea valedera, debe caldearse en el ánimo -fuero interno- del sujeto en cuestión, una variación volitiva de tal entidad que sea apreciable en el campo objetivo del plano exterior, de forma irrefutable; esto es, la misma debe presentar una evocación absolutamente ostensible, siendo que, se insiste, tal metamorfosis

factual no deviene por el simple hecho de transcurrir el tiempo. No; esta, además, debe exteriorizarse y revestirse con los mismos actos que se esperan de un verdadero «dueño», o sea, aquellos en que desconociéndose cualesquiera dominios extraños, solamente son asiduos en quien puede ejercer conductas propias de los designados ius utendi, fruendi y abutendi sobre el bien; llegado ese momento, y contundida la intención de tenencia -affectio tenendi-, se ha de denotar surgida, sobre el bien objeto de «prescripción adquisitiva», la «intención posesoria» que se requiere, misma que, a efectos del cómputo que se impone para acreditar el término de posesión efectivamente ejercido, se inicia sólo después de acaecida ella -valga decir, la posesión, de donde emerge que el lapso que a partir de allí se inicia debe colmar el período que normativamente se precisa para que proceda la declaración de pertenencia, siendo que en los eventos en que tal no se logra satisfacer lo propio comporta la denegación de lo pretendido por faltar uno de los estructurales requisitos legales que son menester para lo propio, como en el sub lite aconteció.»

6. Siguiendo tales derroteros y aplicados al caso concreto, emerge que la demandante Diofir Rincón no demostró con contundencia el momento en que su estadía en el predio que hoy pretende en usucapión, pasó de ser de una mera tenedora a una verdadera poseedora exclusiva y excluyente; ni tampoco, los hechos o conductas que desplegó de los que se infiera tal emancipación.

Esa situación no se infiere del hecho que la unión marital entre María Diofir y Luis Jaime se extendió hasta el 28 de noviembre de 2004; como tampoco, marca el hito la calenda en que el dueño dejó de habitar el predio; como quiera que lo trascendente es la postura o conducta de quien se dice poseedor. Y aunque la demandante dijo al absolver interrogatorio que después de que el señor Borbón se fue, nunca volvieron a hablar y menos de la casa, lo cierto es que de manera conjunta “*en forma libre y espontánea*” manifestaron su voluntad de que se declarara la existencia de la sociedad patrimonial de hecho y establecieron un plazo hasta el 25 de noviembre de 2005 para su liquidación, en audiencia celebrada el 20 de octubre de 2005 en la que juntos participaron, y como se informó en el hecho 4º de la demanda el predio fue excluido de la relación de inventarios y avalúos por ser bien propio del señor Borbón como lo dispuso el Juzgado 21 de Familia de Bogotá.

Es cierto que los testigos Hortensia Salas, Amparo Angarita, Silvestre Buitrago y Álvaro Naranjo dijeron que el señor Borbón se fue de la casa en noviembre de 2004; pero no expusieron de manera concreta hechos que

desplegados por la señora Diofir mostraran haberle

desconocido derechos a Jaime Borbón. La señora Salas dijo conocerla hace 12 años (o sea hacia el año 2007) y que los arreglos que le hizo a la casa fueron hace 6 o 7 años (o sea hacia 2012); la señora Angarita, prima de la demandante su conocimiento lo deriva precisamente de

ella; el hijo de la demandante, Silvestre Buitrago dijo que después de que Jaime se fue, él mismo le llevaba pertenencias que había dejado en la casa. La mera administración no implica posesión, nótese que el declarante Richard Cardozo dijo haber vivido allí en el año 2001 y que fue el señor Borbón quien le tendió la mano en una situación de crisis pero le advirtió que hablara como Diofir que era quien se entendía con lo de los arriendos, en otras palabras esa administración fue convenida por la pareja, y la testigo Luz Dary Useche informó que el arrendamiento se lo pagaban a cualquiera de los dos.

Por otra parte, la declarante Anadelina Salazar informó que conoció al señor Borbón desde que construyó la casa, ella tenía un establecimiento de comercio y por eso veía a los vecinos, y al señor Borbón lo observó en su casa hasta finales del año 2006 principios del 2007, cuando ella vendió su propiedad.

Las declaraciones extraproceso que se dice no fueron valoradas, la verdad es que mayor información no aportan, pues como lo dijo el *a quo* no prueban la interversión del título, simplemente recitaron el mismo estribillo, sin que manifestaran de donde obtuvieron su conocimiento, ni explicaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar acerca de los hechos que declararon, además que evidente es la falta de espontaneidad de sus idénticas versiones.

Y es que en cuanto a lo expuesto por los testigos en este tipo de asuntos donde se discute la interversión de tenedor a poseedor, la siguiente reflexión hizo la Corte Suprema de Justicia:

*“4.5.2. Desde luego, la mutación debe ser inequívoca, porque de otra manera no puede inferirse el *ánimus domini* de quien procura detentar la cosa para sí, y no en nombre de otro, pues como la misma Corte lo tiene sentado: “(...) el que los testigos hubiesen calificado y tenido los actos del detentador como de posesión, es cuestión francamente irrelevante mientras éste, insístese, no hubiere intervertido su calidad de tenedor en la de poseedor, y, por supuesto, demostrada tal circunstancia (...)” (sentencia 016 de 22 de febrero de 2000).»⁵ (Subrayado fuera del texto)*

7. La prueba documental arrimada por la señora Rincón Buitrago está conformada por contratos de arrendamientos del predio en los que ella funge como arrendadora, que comprenden periodos desde septiembre de 2011 a octubre de 2014. Los recibos de valorización y de impuesto predial a nombre de Luis Jaime Borbón, con constancia de cancelación sin que se determine quién realizó el pago, también aparecen los formularios de impuesto predial de los años 2012, 2014 y 2015, estos sí a nombre de María Diofir Rincón Buitrago, incluso con su firma y cédula. Las facturas de servicios públicos (energía, acueducto, teléfono) aparecen a nombre del señor Borbón algunos y otros a nombre de la señora Rincón; del servicio de gas natural los recibos registran como cliente a la señora María Diofir Rincón y la instalación a instancias de ésta en enero de 2010; y por último, la cuenta de cobro y el contrato para reparaciones locativas a expensas de la señora Rincón, datan del 9 de junio de 2015 y el 7 de abril de 2016.

De todos esos escritos, por sí solos, no puede predicarse indiscutibles actos de posesión, como quiera que el pago de servicios públicos pueden ser realizados incluso por mero tenedores (de hecho en los contratos de arrendamiento los arrendatarios se obligaron a asumir el pago de los servicios), el dar en arrendamiento áreas del inmueble lo puede hacer un administrador, y como ya se dijo aún en la época en que convivían la señora María

Diofir y el señor Luis Jaime aquella era la encargada de esa tarea. En cuanto al pago de tributos, como se anotó los recibos aparecen a nombre del propietario, y sólo tres de ellos a nombre de la señora Rincón. Pero aún si en gracia de discusión se les asignará el mérito pretendido, lo cierto es que sólo mostrarían actos posesorios desde el año 2010, y por tanto para cuando se promovió la acción el 26 de abril de 2016, se encontraba bastante lejos de completar la década indispensable para adquirir por prescripción.

8. En este orden de ideas, es claro que examinados uno a uno y en conjunto los medios probatorios acopiados no logran establecer el momento exacto de la interversión de la condición de la señora Rincón Buitrago de tenedora en la que llegó a ocupar la casa a poseedora exclusiva, autónoma e independiente; calenda imprescindible como puntal para determinar si de manera continua e ininterrumpida completó el término legal exigido para adquirir por el modo invocado.

Ante tal falencia probatoria, las pretensiones de la usucapiante debían ser negadas como efectivamente lo dispuso el *a quo*.

9. Ante el escenario jurídico y probatorio que acaba de analizarse los argumentos del censor resultan infundados, por lo que se mantendrá la decisión del juzgado de primer grado. Ante el fracaso del recurso, se condenará en costas al apelante vencido.

ACCIÓN RESOLUTORIA
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 11001310302020160030602.

TESIS

Gravitaba en el demandante la carga de demostrar los supuestos fácticos en que edificó sus aspiraciones procesales, y ha de soportar los resultados de no atender con diligencia dicha carga así como de la elección de la acción incoada. El fracaso de su proceder no puede atribuírselo a la administración de justicia, la abogada no puede confundir lo que aquí propuso con lo que persigue en los procesos ejecutivos; e inadmisibles es que a través de los dispersos argumentos del recurso de apelación busque un pronunciamiento en escenarios jurídicos diversos.

ANTECEDENTES

1. El señor William Cañón Cortés, a través de apoderada judicial, instauró demanda en contra de Bos Indicus Ltda. (hoy SAS), junto con sus socios Ángela Jaramillo Noratto, Luz Amparo Noratto Gutiérrez, Mariana Jaramillo Noratto, Diego Jaramillo Jaramillo, Gustavo Elías Noratto Gutiérrez, y la sociedad Bubba Inversiones S.A.S., en la que formuló las siguientes pretensiones:

1.1. Se “*DECLARE la RESOLUCIÓN DEL CONTRATO a causa del INCUMPLIMIENTO*

del CONTRATO”, convenio 30 de octubre 2013, a favor del demandante y a cargo de los demandados, tal como lo dispone el artículo 1546 del Código Civil y el 870 del Código de Comercio.

1.2. Declarar que hay lugar al pago de los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, de acuerdo al dictamen pericial allegado.

1.3. En consecuencia, se condene al pago de:

\$191'180.697 por Daño emergente (efectivo); \$764.722 por Daño emergente (4%) y \$114'875.839 por

lucro cesante (rentabilidad), para un total de \$306'821.285.

LA APELACIÓN

La representante judicial del demandante formuló y sustentó los reparos sobre los que erigió su disenso con la sentencia que le fuera adversa en los siguientes puntos:

(i) En cuanto a la declarada falta de legitimación de Ángela Jaramillo Noratto, Mariana Jaramillo Noratto y Gustavo Elías Noratto Gutiérrez; indicó que la representante legal de Bos Indicus Ltda. y el de Bubba Inversiones SAS estaban debidamente facultados y autorizados, como se observa en acta No.10 de asamblea de socios del 3 de abril de 2013 inscrita en registro de la Cámara de Comercio bajo el número 01719604 del libro IX a través de la cual fue nombrada como gerente a Luz Amparo Noratto Gutiérrez, anotación que presume la participación de todos los socios y en la misma se describen de manera puntual sus facultades como representante legal. Aunado a que el certificado de existencia y representación legal de una sociedad, es un documento público, que da garantía a terceros de conocer los actos privados que la crean, modifican o extinguen. Apunta que el citado documento fue analizado por el demandante al momento de decidir y hacer efectiva la inversión propuesta por los señores Diego Jaramillo y Luz Amparo Noratto ya que allí quedó registrado que la gerente representante legal podía incluso negociar cuantías superiores a dos mil millones de pesos. Documento allegado junto con el escrito de la demanda y además solicitado por la Juez de conocimiento con el fin de actualizar la información por el paso del tiempo.

No se explica cómo puede afirmarse, que no se allegó prueba de la autorización que se menciona en el texto del convenio octubre 30 de 2013, *“Como representante legal de la misma y debidamente autorizada por la Junta de Socios en reunión del 10 de septiembre de 2013”*, es decir, que no solo media la autorización que se radicó en la Cámara de Comercio, sino, que existe una adicional indicada al momento de firmar el convenio.

Cuestiona el hecho que de oficio se solicitaron copias de los procesos ejecutivos, pero no se pidió a los demandados allegar copia de las actas de socios.

Añade que la afirmación contenida en el *convenio octubre 30 de 2013*, no se tachó, o se desvirtuó, o se negó por los demandados, que pudiera presumir la falsedad en la información

que registra en la Cámara de Comercio.

En su sentir, se trata de una valoración endeble de los documentos allegados máxime cuando es un documento público en el que acredita la facultad en cuestión.

(ii) En lo concerniente a la responsabilidad de los socios, luego de una transcripción de un texto del cual no citó su procedencia, dijo que no se podía concluir con ligereza que *“es claro que los socios de la responsabilidad limitada no están llamados a responder por las obligaciones de carácter civil o comercial de la sociedad al no existir norma que lo prevea”*, y una afirmación en ese sentido, solo premia el dolo y la mala fe de la sociedades y de sus socios, a través de la decisión de excluirlos de la responsabilidad de cumplir con sus obligaciones, enaltece la cultura de no pago, del engaño y de tantas otras que pueden generarse de la falta de una justicia real.

Reiteró que en acta allegada por los mismos demandados del 1 de agosto de 2014, se evidencia que fue posible que se reunieran y decidieran sobre la venta de las acciones pero nada se dijo de la obligación con el señor William Cañón un tercero de buena fe.

Criticó que a través del curso del proceso, los demandados hayan estado resguardados por las formalidades propias del procedimiento a costa del demandante, a pesar de haber sido debidamente notificados sociedades y socios, por más de tres años a través de argucias dilataron el proceso con el único propósito de evadir su responsabilidad; sin embargo, se ordenó una notificación de un auto a cargo del demandante, sin que mediara consideración por los costos que esa decisión generaría, y a pesar de dar por no contestada la demanda por parte de las sociedades y por los socios oficiosamente les premia con una condena en contra del demandante.

(iii) Anotó que a folio 8 párrafo 6 de la sentencia se indica que debe analizarse la pretensión de incumplimiento de los demás demandados, por lo que se pregunta ¿debería entenderse de Diego Jaramillo y Luz Amparo Noratto?, análisis que dice brilla por su ausencia, además que no solo son representantes legales sino socios, por lo que debe tenerse en cuenta que el artículo 200 del Código de Comercio consagra la responsabilidad solidaria e ilimitada de los administradores por los perjuicios que

hubieren ocasionado a la sociedad, a los socios o a terceros, por dolo o culpa en el ejercicio de sus funciones. Igualmente, en los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

Reiteró que todas las decisiones que Diego Jaramillo y Luz Amparo Noratto tomaron respecto a la negociación que finalizó con el “*convenio octubre 30 2013*” están respaldadas por los socios que integran las sociedades Bos Indicus Ltda. (ahora SAS) y Bubba Inversiones SAS,

aprobación expresa para el caso de aquella en el acta No.10 del 3 de abril de 2013 realizada en asamblea de socios y de ésta en el acta No.3 del 29 de noviembre de 2012 en asamblea de accionistas; pero nada se dijo de la responsabilidad de Diego Jaramillo y Luz Amparo Noratto, pues en vigencia del citado convenio, en acta No. 13 de la junta de socios del 5 de diciembre de 2013 que se inscribió en enero 21 de 2014 se reitera que “*EN LAS RELACIONES FRENTE A TERCEROS, LA SOCIEDAD QUEDARA OBLIGADA POR LOS ACTOS Y CONTRATOS CELEBRADOS POR EL REPRESENTANTE LEGAL...*”.

Se quejó que en lugar de pronunciarse frente a la responsabilidad de Diego Jaramillo y Luz Amparo Noratto se realizó una valoración sesgada de las acciones ejecutivas a las que se vio obligado el demandante adelantar, como lo explicó en el interrogatorio, pero no se le dio la importancia que representa para este proceso; no se tuvo en cuenta que después del último abono por parte del demandante, los representantes legales, negaron la entrada a las instalaciones de las sociedades y sacaron a la persona designada por William Cañón el señor Yamir Durán, tampoco tuvo en cuenta la infinidad de llamadas imprósperas que el demandante hizo a aquellos demandados.

Aseguró, que eran los demandados quienes estaban en la obligación de enviar por escrito a través de correo certificado o electrónico el requerimiento a William Cañón, sin embargo pasó más de un mes sin que mediara comunicación por parte de los socios y por esta razón se vio obligado a iniciar el cobro de los títulos de la supuesta garantía. También a través de una denuncia penal se informó de las actuaciones de los socios y representantes legales y la fiscalía no le dio trámite en razón a que se trata de un incumplimiento según ellos civil, sin que le dieran curso a la denuncia por la entrega de dos cheques sin fondos y la orden de no pago sin justificación.

(iv) En cuanto a los procesos ejecutivos dijo que el fin de los mismos era que a través de las cautelas se pudiera satisfacer las acreencias. Pese a ser de análisis por parte del Juzgado 35

Civil Municipal y del 28 Civil del Circuito incluso en segunda instancia ya que las dos sentencias fueron apeladas, si era viable o no el cobro de los dos cheques y el pagaré; quedó claro y fue materia de exclusión en uno de ellos el valor del pagaré, por lo que no se entiende la razón que para este caso la juez de instancia vuelva a referirse al tema cuando ya es cosa juzgada.

Lo cierto es que a pesar de haber ordenado seguir adelante con la ejecución el Juez 28 Civil del Circuito, determinó que las garantías reales que fueron embargadas debían ser levantadas y el ejecutivo del Juzgado 35 Civil Municipal el cual era remanente corría con la misma suerte, es decir que de nada sirvió el fallo si no era efectivo el pago.

Anotó que contrario a lo estimado por la juez de instancia los dineros que se pudieron recuperar fueron gracias a este proceso de incumplimiento, pues junto con la contestación allegada por Diego Jaramillo, los demandados pusieron en conocimiento esa información; señaló que gracias a la “descongestión judicial” y el recorrido insólito por varios despachos a los que se vieron sometidos los dos procesos ejecutivos no había sido posible saber que esos dineros habían sido puestos a disposición del Juzgado 35 Civil Municipal, evidenciándose en el proceso ejecutivo el sin número de memoriales que se tuvieron que radicar a los juzgados de conocimiento (después de que salieran del 35) en búsqueda de esa información sin éxito, sin embargo cuando fueron ubicados los dineros y recuperados se dio parte de inmediato a este despacho, conducta del demandante calificada como si quisiera abusar del derecho, cuando lo único que ha pretendido es que de la misma forma que entregó su dinero le sea devuelto por los demandados.

Alega que el fin de la administración de justicia es dar a cada quien lo que le corresponde de acuerdo a su deontología, es decir, lo que todas las partes esperan y aspiran en un proceso judicial pronto y justo, pero para William Cañón no ha sido el caso, ha recurrido a las acciones que la ley prevé para restablecer sus derechos y en todos los despachos judiciales se ha enfrentado a un sin número de actuaciones injustas, negatorias y dilatorias, en cada una de las audiencias de conciliación que se han surtidos en los juzgados y fiscalía los demandados han manifestado y reconocido los dineros adeudados y que no pueden pagar.

Censuró que teniendo como respaldar las obligaciones con bienes inmuebles de propiedad de los socios, los encargados de administrar justicia sean garantes del incumplimiento. En su sentir, es inadmisibles que cuestionen el cumplimiento del único

perjudicado en el negocio, y de la buena fe de sus acciones, cuando está demostrado que cumplió de manera impecable con los pagos y las condiciones del acuerdo.

Se queja de la declaración oficiosa de inejecución del *CONVENIO OCTUBRE 30 2013*, cuando de viva voz frente a la juez de conocimiento, los representantes legales de las sociedades demandadas reconocen la deuda y no acceden al pago de la diferencia, es decir, el capital aportado por el señor Cañón y los dineros entregados por el Juzgado 35 CM, cuando los representantes legales de Bos Indicus Ltda. y de Bubba Inversiones SAS recibieron los dineros aportados por William Cañón y los manejan a su arbitrio y se declara la inejecución del contrato, si no media documento o comunicado alguno que prevea alguna inconformidad de parte de las sociedades y sus socios respecto de la actitud u acciones de la persona que aporta unos dineros de buena fe con la única pretensión de ser socio y participar en el negocio y sacar de la crisis a las dos sociedades.

Solo a través de las contestaciones de las demandas ejecutivas y de ésta, manifiestan los demandados odiosamente, a través de sus apoderados, que les molestaba la actitud de William Cañón y que según ellos acabó con las sociedades, cuando en los interrogatorios los demandados Ángela, Mariana y Gustavo Elías niegan conocer al inversionista y posible socio.

La abogada recurrente pregunta si no se percibe que Luz Amparo Noratto y Diego Jaramillo orquestaron una estrategia para conseguir dinero fácil a expensas y en detrimento de la buena fe de un tercero, y ahora son premiados no solo con ser exonerados y excusados del deber moral y natural de cumplir con el convenio sino que sin haber contestado en tiempo ni haber objetado el dictamen pericial presentado se condene al afectado en perjuicios por valor de veinticinco millones, además de levantar las medidas cautelares.

Anota que con la decisión se premia la mala fe y se promueve a través de esta sentencia la injusticia, pasando por encima de la recta

administración de la misma, pues desde el momento en que Diego Jaramillo presentó escrito de excepciones, se debió pronunciar y no desgastar a la parte afectada como lo hizo.

Expone la indignación que le genera que en nombre del procedimiento se puedan premiar conductas que deben ser condenadas. William Cañón cumpliendo con lo requerido para este tipo de procesos, a través de un profesional, presenta un dictamen pericial que se ajusta a lo que él proyectó al momento de analizar la inversión según lo ofrecido por los representantes legales autorizados por los socios en conjunto, el actor no es un prestamista ni cosa que se le parezca, es un ganadero de profesión con el conocimiento en el objeto de las sociedades y tenía pleno convencimiento que con su inversión tanto, Bos Indicus Ltda. como Bubba Inversiones SAS saldrían adelante, no contaba con los balances alterados que fueron descubiertos a través de la persona de confianza Yamid Durán días después de firmado el acuerdo, téngase en cuenta que en ese momento se hubiese podido retractar y dejar de pagar lo pactado, contrario a eso siguió adelante con los pagos en una clara manifestación de salvar el negocio, que por regla general es uno de los principios en derecho comercial.

El dictamen pericial no tiene una proyección caprichosa o contraria a derecho, o se ciñe estrictamente a lo que hubiese podido ganar como socio de las sociedades si los demandados lo hubiesen permitido.

Registra que el resultado de la operación llevada a la fecha de presentación de la demanda es otra situación en contra de William Cañón, pues sobre él la juez de instancia basó la tasación del perjuicio de los demandados, cuando no fue objetado, además se entiende que ello es viable cuando se pretenden sumas exorbitantes y caprichosas alejadas de la realidad que no hayan sido demostradas.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, la apoderada sustentó el recurso radicando un escrito igual al presentado ante el juez de primer grado.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo el recurso de apelación propiciado por la parte demandante frente a la sentencia de primer grado.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y

exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante en la primera instancia, sustentados en esta audiencia, atendiendo la pretensión impugnativa que rige el recurso de apelación de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

Importante advertencia, pues la competencia del Superior se circunscribe a examinar los puntuales aspectos que el apelante reprocha a

la sentencia expedida en este asunto; de allí que todas las quejas relativas al desarrollo del proceso: la dilación que dice promovieron los demandados, la innecesaria notificación a la que alude, el no haber dictado sentencia una vez

propuesta la excepción, o no haber pedido oficiosamente documentos a los demandados, resultan irrelevantes, máxime cuando en la oportunidad legalmente prevista para ello no hizo manifestación al respecto, ni formuló medio de impugnación, como tampoco incidente de nulidad; ergo, por virtud del principio de preclusión tardío es su reproche; y en verdad, en la gestión procesal no se avizora irregularidad que tenga la potencialidad de abrogar el trámite desarrollado.

Tampoco tienen incidencia las vicisitudes presentadas en los procesos ejecutivos que impulsó el demandante Cañón Cortés, ni lo dispuesto por la Fiscalía frente a la denuncia que dice instauró, actuaciones extrañas a ésta que ocupa la atención de la Sala y sobre las cuales no se

hará ningún examen, pues dado el límite de la competencia no pueden ser evaluadas.

3. Para responder los argumentos de la impugnante y definir así el recurso, importa memorar que los efectos jurídicos de la demanda son de dos clases: (i) sustanciales o materiales: (a) le da al derecho sustancial el carácter de litigioso, (b) interrumpe la prescripción o hace inoperante la caducidad; y (ii) procesales: (a) determina los sujetos de la relación jurídico procesal, (b) fija la competencia, (c) delimita el interés y la legitimación en la causa de demandante y demandado; (d) determina el contenido y alcance del debate judicial y, por consiguiente, el trámite por el cual se debe surtir, garantiza el derecho de contradicción y defensa del demandado, delimita la fase probatoria, fija el marco en el que ha de proferirse la sentencia (su congruencia).

El principio de congruencia reglamentado en el artículo 281 de la ley 1564 de 2012 (305 del Código de Procedimiento Civil) el cual indica que *“La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley”* aspecto sobre el cual se ha pronunciado la jurisprudencia como sigue:

“Así lo ha expuesto la Sala al señalar que: [e]l principio dispositivo que inspira el proceso civil, conduce a que la petición de justicia que realizan las partes delimite la tarea del juez y a que éste, por consiguiente, al dictar sentencia, deba circunscribir su

pronunciamiento a lo reclamado por ellas y a los fundamentos de hecho que hubieren delineado, salvo el caso de las excepciones que la ley permite reconocer de oficio, cuando aparecen acreditadas en el proceso (...) Sobre el particular, la Sala ha sido insistente en que ‘(...) son las partes quienes están en posesión de los elementos de juicio necesarios para estimar la dimensión del agravio que padecen, con el fin de que sobre esa premisa restringente intervenga el órgano jurisdiccional, a quien le está vedado por tanto, sustituir a la víctima en la definición de los contornos a los que ha de circunscribirse el reclamo y por tanto ceñirse la sentencia, salvo que la ley expresamente abra un espacio a la oficiosidad (...) Al fin y al cabo, la tarea judicial es reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes’ (Cas. Civ., sentencia del 22 de enero de 2007, expediente No. 11001-3103-017-1998-04851-01) (...) En este escenario, el principio de congruencia establecido en el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil impide el desbordamiento de la competencia del juez para resolver la contienda más allá de lo pedido por las partes (ultra petita), o por asuntos ajenos a lo solicitado (extra petita) o con olvido de lo que ellas han planteado (citra petita) (...) En caso de presentarse tal descarrío, su ocurrencia puede enunciarse en casación a través de la causal segunda prevista en el artículo 368 ibídem, pues, valga decirlo, una sentencia judicial de esos contornos agravia súbitamente a la parte que actuó confiada en los límites trazados durante el litigio, toda vez que al ser soslayados por el juez al momento de definirlo, le impiden ejercer a plenitud su derecho a la defensa’ Sentencia del 9 de diciembre de 2011, exp. 1992-05900.”

4. En el *sub lite*, los claros términos planteados en el libelo genitor resultan ser los derroteros y límites a los que se debe circunscribir la jurisdicción para resolver la controversia sometida al escrutinio y decisión judicial.

Y, la parte demandante – en su acto introductorio– reclamó la declaratoria de resolución del contrato – convenio 30 de octubre 2013, a causa del incumplimiento de los demandados.

Por tanto, los dispersos argumentos dirigidos a la responsabilidad de los administradores de las sociedades, y de los mismos socios, al enriquecimiento sin causa, al reconocimiento de obligaciones, resultan inocuos, como quiera que el *petitum* no se encausó a declaraciones en tal sentido.

5. Delimitado el radio de acción, incumbe entonces examinar la viabilidad de la acción

resolutoria deprecada, consagrada en el artículo 1546 de Código Civil:

“En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.”

Según el inciso segundo del precepto transcrito consagra acciones **alternativas** facultando al contratante cumplido para pedir: la resolución del contrato o su cumplimiento; ese carácter alternativo de las acciones quiere decir que el ejercicio de ambas no es lógica ni jurídicamente posible de manera simultánea por la contradicción que entre ellas se advierte, aunque se trate de procesos separados; no es admisible que coetáneamente se depreque la resolución, esto es, el aniquilamiento del contrato, para que vuelvan las cosas al estado anterior a la celebración de éste, y al propio tiempo se reclame el cumplimiento o satisfacción de las obligaciones pactadas en el contrato.

Por otro lado, de vieja data ha sostenido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tras interpretar el artículo 1546 del Código Civil, que para la prosperidad de cualquiera de las dos acciones previstas en dicha disposición, la resolución, ora el cumplimiento, ambas con indemnización de perjuicios, es necesario que confluyan dos requisitos: a) que el contratante contra quien se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, que consiste en “no haberse cumplido la obligación” o “haberse cumplido imperfectamente” o “haberse retardado el cumplimiento”; y b) que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo, que estriba en que quien pide la resolución o el cumplimiento de la obligación no esté en mora de cumplir las propias, de lo contrario obtendrá un resultado adverso.

Se tiene entonces que, el contratante que reclama la operancia de los efectos así previstos debe mostrar al aparato jurisdiccional que por su parte, satisfizo plenamente la carga obligacional que asumió en el negocio jurídico cuyo acato depreca de su contraparte, ora, que se allanó a atenderla. Así lo ha precisado la jurisprudencia:

“El comportamiento indebido de uno de los convencionalistas, reclama del otro contratante para legitimarlo en su acción en la esfera del 1546 una conducta leal con la que negocialmente se comprometió; de tal manera que si quien demanda igualmente abandona el programa contractual, por esa sola razón

carece de la acción resolutoria, prevista en ese precepto.

El postulado acompasa, con la idea que comunica al artículo 1609 ejusdem. El cual de modo lapidario prevé que en los acuerdos de aquella índole ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro por su lado no cumpla, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos; por supuesto, no se puede hablar de mora en la ejecución de los actos comprometidos, si de otro lado quien aspire a deducir efectos de ello no hizo lo propio con los deberes jurídicos que estaban en la esfera de su responsabilidad.

En este sentido la doctrina de la Sala tiene sentando, de vieja data, que la prerrogativa que la primera de las normas traídas “(...) le concede a los contratantes para solicitar la resolución derivada del incumplimiento, esta deferida a favor de aquella parte que haya observado fidelidad en los compromisos que surgen del pacto (...)”, habida cuenta que su “(...) contenido literal (...) pone de manifiesto que esa facultad legal no esta al alcance del contratante incumplido para liberarse de sus obligaciones””(CSJ, Sent. 2006-0023, jun 24/2014. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona)”

El artículo 870 del Código de Comercio, consagra en similares términos la acción resolutoria:

“En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios”

Es que como lo ha puntualizado la jurisprudencia:

“El principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes”. Este postulado se encuentra establecido en el artículo 1602 del Código Civil, a cuyo tenor “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”. En un sentido similar, el Código de Comercio define el contrato como un “acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial...”. (Art. 864)

En virtud del presupuesto normativo de la libertad de estipulación de los contratantes, la parte que cumple o se allana a cumplir está facultada para solicitar judicialmente al deudor incumplido la ejecución de la prestación que se encuentra a su cargo, o bien la resolución del contrato si a ello hubiere lugar, según su libre opción.”

Y refiriéndose a los artículos citados añadió:

“En estos enunciados normativos se materializa la voluntad del legislador patrio de consagrar la fuerza vinculante de los contratos, es decir su función ordenadora de las relaciones sociales, al tiempo que reconoce su carácter interpretativo del negocio jurídico.

El contenido del contrato sólo puede ser creado, modificado o extinguido por la voluntad de las partes o por la propia ley de modo expreso, sin que sea procedente realizar en tal punto interpretaciones extensivas. Por ello, al juez no le está permitido desconocer el consentimiento de los contratantes dentro de los contornos de la buena fe, como tampoco las causas expresamente previstas en normas positivas para afectar la validez de los convenios o privarlos de sus efectos.”

6. A esta altura conveniente es examinar la legitimación en la causa, presupuesto indispensable para la procedencia de la pretensión, considerada como cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, respecto de la cual tiene establecido la jurisprudencia:

“Aunque la garantía de acceso a la administración de justicia ... constituye un principio de orden constitucional, solamente «el titular de derechos o quien puede llegar a serlo, está facultado para ponerla en funcionamiento, frente al obligado a respetarlos o mantenerlos indemnes», de tal modo que si alguna de las partes carece de esa condición «se presentaría una restricción para actuar o comparecer, sin que se trate de un aspecto procesal susceptible de subsanación, sino que, por su trascendencia, tiene una connotación sustancial que impide abordar el fondo de la contienda» (CSJ SC 4468, 9 Abr. 2014, Rad. 2008-00069-01) y, por lo tanto, se erige en «motivo para decidirla adversamente» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628).”

Y resalta que:

“Acoger la pretensión en la sentencia depende de, entre otros requisitos, que «se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...). Si

el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628, reiterado en CSJ SC, 26 Jul. 2013, Rad. 2004-00263- 01).”

Indiscutible es que la legitimación en la causa no es cuestión baladí; se trata de un presupuesto imprescindible que debe aparecer satisfecho para que se abra el camino del éxito para la pretensión.

6.1. En el *sub lite*, solamente aquellos que intervinieron en el contrato, pueden ejercer la acción de resolución con indemnización de perjuicios, máxime cuando quien la puede pedir es el contratante cumplido frente a los que no honraron los compromisos que allí adquirieron. Para establecer quienes ostentan la legitimación basta con remitirnos al documento en el que se consignaron las estipulaciones acordadas.

Remitidos al escrito que aparece a folio 2 titulado “*CONVENIO OCTUBRE 30 2013*” se observa que en él intervinieron, de un lado como “vendedores” Diego Jaramillo como socio de BOS INDICUS Ltda. y quien al rubricar el documento lo hizo en su calidad de representante legal de Bubba Inversiones SAS y Luz Amparo Noratto Gutiérrez como socia y representante legal de Bos Indicus Ltda., y de otro, como “comprador” el señor William Cañón Cortés, acordando “*después de amplias conversaciones, asociarse, con el fin de lograr que BOS INDICUS Ltda. alcance los fines para los que fue creada*”; luego, se itera, sólo quienes participaron en el convenio se encuentran legitimados para afrontar el litigio.

En consecuencia, los socios individualmente considerados, particularmente Ángela Jaramillo Noratto, Mariana Jaramillo Noratto y Gustavo Elías Noratto Gutiérrez carecen de legitimación, como quiera que ni celebraron el contrato, ni asumieron en él obligaciones, ni comprometieron su responsabilidad personal; como tampoco los representantes de las sociedades actuaron en nombre de estas personas naturales; aún más, ni siquiera el demandante explicó la razón por la cual los demandó, ni señaló cuales fueron esas obligaciones contractuales que incumplieron.

La autorización de la Junta de Socios a que se alude en el contrato, no traduce un mandato por el cual pudiese la representante legal de Bos Indicus obligar personalmente a los socios, se trataba de la aprobación del ente societario necesaria para la modificación de la naturaleza de la sociedad y por ende de los estatutos.

El mismo demandante admitió que “*el convenio lo celebró con personas jurídicas por medio de sus representantes*”.

Recuérdese que “*La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados*” advierte el artículo 98 del Estatuto Mercantil, el ente ficticio adquiere capacidad jurídica que conserva hasta su liquidación, por lo que se convierte en sujeto de derechos y obligaciones, independientes de las de sus socios.

Se insiste, el tema de la responsabilidad de los socios no tenía porque ser examinado, pues la acción propiciada no se dirigió a ello, ni al descorrimiento del velo corporativo, ni a la desestimación de la personalidad jurídica de la compañía; y los perjuicios deprecados lo son como consecuencia de la resolución del contrato, no se trata de la acción indemnizatoria derivada de actos fraudulentos de la empresa.

En conclusión, acertada fue la decisión de la juez de primer grado al declarar la falta de legitimación pasiva respecto de las personas naturales mencionadas.

7. Ahora, corresponde estudiar si el demandante estaba habilitado para ejercer la acción resolutoria. Anticipando la Sala que no lo estaba por las siguientes razones:

7.1. En primer lugar, porque como se señaló en el numeral 5 de este capítulo, legalmente tenía la facultad de elegir una entre las dos acciones que le otorga el artículo 1546 del Código Civil: la resolución del contrato o su ejecución, y optó por esto último.

En efecto, confesó en la demanda que como garantía del cumplimiento de lo convenido le fueron entregados dos cheques y un pagaré (hechos 6 y 7) títulos valores de los que allegó fotocopia (folios 4-10 cuaderno 1 A); los que procedió a cobrar propiciando sendos procesos ejecutivos que cursan en los Juzgados 28 y 35 Civiles del Circuito de esta ciudad (hecho 11).

Además, obran copias del proceso 1100140030352014- 447 en el que el Juzgado 35 Civil Municipal de Bogotá libró orden de pago el 25 de junio de 2014 a favor del aquí demandante y a cargo de Bos Indicus Ltda. y Bubba Inversiones SAS por los derechos incorporados en el pagaré 3445, en copia obra a folio 382 y corresponde a la copia del folio 4, actuación en la que se dictó sentencia el 21 de agosto de 2015 que declaró no probadas las defensas y dispuso seguir con la ejecución; decisión que causó ejecutoria una vez declarada desierta la apelación

que contra ella se formuló, por lo que aprobadas la liquidación del crédito y las costas incluso se ha hecho entrega de dineros al demandante Cañón Cortés (folios 517, 527 cuaderno 1B) e incluso se decretaron medidas cautelares sobre bienes de las allí ejecutadas.

También se aportó copia de las sentencias proferidas en primera y segunda instancia, en el proceso ejecutivo 110013103028201400554, impulsado por el señor Cañón Cortés contra Bos Indicus SAS y Luz Amparo Noratto Gutiérrez con base en los cheques #4668676 y 5818675 (los mismos que dijo recibió en garantía en el hecho 6 de la demanda génesis de este proceso); en las que se declaró la falta de legitimación de la demandada persona natural y un doble cobro, se ordenó seguir con la ejecución conforme al mandamiento de pago pero descontando \$60'000.000,00, decretó el remate previo avalúo de los bienes de la persona jurídica demandada; levantando las cautelas respecto de la señora Noratto (folios 781-793, 831-833 cuaderno 1B).

La consideración del demandante en cuanto a que ninguna de esas ejecuciones fue eficaz “*puesto que las medidas cautelares no han sido prosperas*” (sic) (hecho 12), no justifica el impulso de otra acción (la que nos ocupa) para que “*se declare el incumplimiento del contrato se resuelva y pueda recuperar de esta manera su inversión*”, pues en su criterio “*ejecutivamente no fue posible hacerlo*” (hecho 13); habida cuenta que la acción resolutoria no puede usarse como una herramienta para recaudar lo que en procesos ejecutivos no se ha solucionado.

7.2. De otro lado, y pasando inadvertido lo anterior, lo cierto es que en este asunto el señor Cañón no acreditó ser contratante cumplido, pues como ya se anotó siendo el contrato “*ley para las partes*”, según lo pregonaba el artículo 1602 *ídem*, se imponía a la parte actora demostrar que en la forma y términos convenidos satisfizo las obligaciones que asumió al celebrar el negocio denominado “*convenio octubre 30 2013*”, o al menos, estuvo presto a honrarlas.

Conforme al material probatorio arrimado al plenario se tiene que en el “*convenio octubre 30 2013*”, los contratantes acordaron:

“*Primera. Objeto: El ingreso del señor William Cañón Cortes, identificado con cédula de ciudadanía No. 19303445 de Bogotá será el nuevo postulado y aceptado para compra del 45% de acciones de la compañía BOS INDICUS SAS (Hoy sociedad Limitada), y se denominara socio a nombre propio o a quien el SEÑOR CAÑON designe en el momento de*

la legalización provista para el día 30 de enero del 2014.

PARÁGRAFO PRIMERO: Valor: Reunida la junta de socios el día 10 de septiembre de 2013, se acordó que el valor total del 45% de las acciones de la compañía BOS INDICUS LTDA con NIT 830.146.650-6 será de ciento cincuenta millones de pesos (\$150'000.000,00) incluyendo el 36% de acciones que tienen en la compañía BUBBA INVERSIONES SAS con NIT 900.546.428- 7. Los cuales serán para pagar pasivos adquiridos por la compañía según balances anexos. Estos \$150'000.000.00 Millones serán cancelados por el señor cañón en el transcurso que se toma para la legalización de documentos y hasta un plazo máximo del 30 de enero de 2014.

NOTA. Los pasivos pendientes de pago después de los 150.000.000 serán asumidos por BOS INDICUS LTDA hasta el monto de 30.000.000 millones más, es decir hasta un valor total de \$180.000.000. Si resultare algún otro pasivo después de esta cantidad estos pasivos serán asumidos y pagados por los socios anteriores a la negociación.

Segunda: Mecanismo: Se llevara a cabo una reforma estatutaria para el ingreso del señor Cañón Cortes o a quien el designe.

Tercera: Obligaciones: A – BOS INDICUS LTDA, en cabeza de su representante legal se obliga a: 1) Transformarse en SAS, previo al ingreso del señor Cañón Cortes como ya estaba

convenido entre los socios; 2) reformar los estatutos para la debida legalización e ingreso de un nuevo socio; 3) presentar el balance actualizado de la compañías (sic); 4) de la compañía BUBBA INVERSIONES SAS con NIT 9000546.428-7 se debe con pasivos a cero pesos. 5) realizar los debidos ajustes administrativos, para que el nuevo socio tenga un representante permanente en el área administrativa; 6) inscribir en la Cámara de Comercio de Bogotá la reforma; 7) realizar todos los trámites necesarios tanto internos como externos, incluida la DIAN y cualquier otra entidad y/o autoridad que así lo exija, para que BOS INDICUS pueda operar legalmente; 8) BOS INDICUS modificara su participación en Bubba Inversiones SAS, para quedar gasta en el 52% de participación. B- El señor William Cañón Cortes o a quien designe a su vez se obliga a: 1) entrar como socio de la Compañía; 2) realizar el aporte acordado por la suma de ciento cincuenta millones de pesos (\$150.000.000); 3) colaborar en

todos los trámites necesarios, tanto ante notario como ante cualquier autoridad que así lo requiera, ya sea personalmente o mediante apoderado para llevar a buen término lo estipulado en este Convenio”.

De esos compromisos sólo aparece atendido el segundo en cuanto al aporte económico en el monto fijado, aunque luego propició su recaudo judicial en procesos ejecutivos en los que obtuvo decisión a su favor y se le han entregado dineros.

Según la cláusula primera el objeto del contrato la legalización de la calidad de socio del señor Cañón o de la persona que él designara estaba prevista para el 30 de enero de 2014; sin que aquí se demostrara que compareció personalmente o que informó de la persona a quien debía inscribirse en la mentada calidad; ni que hubiera prestado su colaboración para consumir lo estipulado en el contrato.

Sus quejas, se dirigen más bien a indicar que se retractó pues considera que fue engañado, que se enteró de una “cantidad de irregularidades a nivel financiero”, que se “habían tomado decisiones sin su consentimiento” y se despidió a una persona de su confianza; circunstancias que le descalifican como contratante cumplido, pues una de sus obligaciones era “entrar como socio”, y su conducta demostró no tener el ánimo de asociarse, pues ante las desavenencias presentadas “a la negativa de un acuerdo o de a devolución de los dineros” procedió a cobrar los títulos valores que recibió en garantía e instaurar las acciones judiciales para su recaudo -así lo narró en los hechos 5 a 8 y 11 de la demanda y se desprende de las copias de los expedientes de los procesos ejecutivos-, las que a la postre tornaron en inejecutable el contrato.

Pero adicionalmente, es que no se concretó ni probó cuál o cuáles de las obligaciones de las demandadas fueron incumplidas, pues como lo estudió la juez de primera instancia, la sociedad Bos Indicus se transformó de Ltda. a S.A.S. según acta de socios de 5 de diciembre de 2013 inscrita en el registro mercantil el 21 de enero de 2014; y estando pendiente la transferencia de las acciones en tanto el señor Cañón informara a nombre de quien endosarlas, se instauraron las acciones ejecutivas.

El aquí demandante sabía a ciencia cierta que su intervención en este negocio tenía como propósito inyectar económicamente a la sociedad Bos Indicus Ltda. (hoy S.A.S.), por tanto, no es de recibo que luego de manifestar expresamente en el interrogatorio que el negocio había dado rentabilidad en los dos meses que estuvo al frente de la administración de la empresa, por intermedio del señor Yamil Duran Garzón (su yerno), quien como testigo lo corroboró, sin mediar justificación alguna haya procedido a poner en circulación los títulos valores que había exigido le fueran entregados en señal de garantía. Es decir, él mismo demandante adelantó su propio

proceso analítico, declaró que los vendedores habían incumplido y eso lo autorizaba a llenar los títulos para cobrarlos, cuando las estipulaciones a que habían llegado se estaban cumpliendo o por los menos las personas jurídicas estaban actuando en esa línea.

8. La crítica a la declaratoria oficiosa de excepciones es infundada, en primer lugar porque lo que preliminarmente debe examinar en el haz probatorio el juzgador es la confluencia de los requisitos sustanciales para el éxito de la pretensión, que de no concurrir signa el fracaso de ésta; en segundo lugar, porque *“en cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa”* impone el artículo 282 de la ley 1564 de 2012. Además, distorsiona la recurrente el objeto del litigio que ella misma planteó: éste es un proceso declarativo de resolución de contrato por petición expresa de la misma parte actora; ya en los procesos ejecutivos se definió sobre las obligaciones a cargo de los demandados derivadas de los títulos valores dados en garantía; dichas actuaciones no pueden ser aquí controvertidas, sólo sirven de elemento de convicción para evaluar la procedencia de la acción resolutoria.

Adicionalmente, el fallo pedido fue en derecho, no en equidad, por ende, el escrutinio y decisión debe fundarse en las normas que dentro del ordenamiento jurídico resultan las aplicables al conflicto, y en las pruebas legal y oportunamente allegadas a la actuación.

Gravitaba en el demandante la carga de demostrar los supuestos fácticos en que edificó sus aspiraciones procesales, y ha de soportar los resultados de no atender con diligencia dicha carga así como de la elección de la acción incoada. El fracaso de su proceder no puede atribuírselo a la administración de justicia, la abogada no puede confundir lo que aquí propuso con lo que persigue en los procesos ejecutivos; e inadmisibile es que a través de los dispersos argumentos del recurso de apelación busque un pronunciamiento en escenarios jurídicos diversos.

Sabe la litigante que en todos los actos jurídicos se presume la buena fe, y se predica de todos las partes contratantes y, cuando se endilga mala fe en el proceder de alguien debe probarse, en este asunto pese a calificar la actividad de las demandadas de mala fe, ninguna probanza en tal sentido aportó.

9. Finalmente, en cuanto a la queja frente a la condena por \$25'000.000.00, es claro que ésta corresponde no a perjuicios, sino a las costas del proceso y más puntualmente a las agencias

en derecho como lo indica el numeral 5° de la parte resolutive de la sentencia, monto que no puede ser revisado en sede de apelación de la sentencia, pues la ley adjetiva civil previó mecanismo especial para cuestionarlo en el artículo 366 numeral 5°.

En cuanto a la condena en abstracto por perjuicios, se trata de la sanción preceptiva ordenada por el inciso 3° del numeral 10 del artículo 597 de la Ley 1564 de 2012 y su párrafo, cuando se levantan las medidas cautelares. Luego ningún reproche cabe a la determinación que en ese sentido adoptó la juez de primera instancia.

10. Ante el escenario jurídico y probatorio que acaba de analizarse los argumentos del censor resultan infundados, por lo que se mantendrá la decisión del juzgado de primer grado. Ante el fracaso del recurso, se condenará en costas al apelante vencido.