



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1 DE DICIEMBRE 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

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	PÁG. 2 – 5
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN	PÁG. 5 - 10
LAUDO ARBITRAL	PÁG. 10 - 18
RESOLUCIÓN NEGOCIO JURÍDICO	PÁG. 19 -31
CONTRATO DE FIDUCIA – RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	PÁG. 31 - 37
PROCESO EJECUTIVO – CARTA DE INSTRUCCIONES	PÁG. 37 - 44
AGENCIA COMERCIAL – CONTRATO DE SERVICIOS	PÁG. 44 - 52

SALA CIVIL

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA RADICADO: 110012203000201901668 00

Tesis: En el caso, la recurrente alegó dos causales de revisión, cuyo estudio se abordará en el orden en que fueron formuladas. La primera, consistente en “**3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas**”, se requiere, para su consolidación, como se deduce de su enunciado, que (i) la condena judicial por falso testimonio se hubiere producido con posterioridad al fallo objeto del recurso y, (ii) que la decisión revisada haya sido edificada o sustentada en la versión suministrada por la persona que posteriormente resulta condenada por haber faltado a la verdad.

La segunda causal invocada en esta oportunidad es la del numeral 7: “Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad”, acerca de la cual se ha indicado: “8.3.1. La causal séptima de revisión –aducida en primer término por el impugnante- se concibe como un mecanismo propicio para garantizar a las partes, a quienes debieron serlo o a los sujetos cuya citación era forzosa, el derecho de defensa y contradicción que les fue vulnerado en los casos en los que el respectivo proceso se adelantó ignorándolos.”

Corolario de lo anterior, al no configurarse ninguna de las causales invocadas por la demandante en revisión, se declarará infundado el recurso extraordinario de revisión propuesto, y por mandato del inciso final del artículo 359 de la ley 1564 de 2012 se condenará en costas y perjuicios a la recurrente.

ANTECEDENTES

1. María del Carmen Zárate Sarmiento, por intermedio de apoderado judicial, impetró recurso extraordinario de revisión contra el fallo de primera instancia atrás reseñado con fundamento en las causales 3ª y 7ª del artículo 355 de la ley 1564 de 2012, a fin de que se declare su invalidez junto con las demás actuaciones adoptadas por la misma autoridad judicial en la sentencia del 31 de agosto de 2017.

2. Fundamentó su solicitud en los siguientes hechos:

2.1. Ante el Juzgado 21 Civil Municipal los señores Claudia Patricia Urrego Mahecha y José Absalón Urrego Moreno promovieron proceso reivindicatorio en contra de María del Carmen Zárate Sarmiento bajo el radicado No. 2007- 01182, a fin de obtener la restitución del bien ubicado en la carrera 91D #57D-12 sur, folio de matrícula 50S- 40215301, y el pago de frutos civiles dejados de percibir.

2.2. En el referido expediente se abrió a pruebas y se decretó el interrogatorio de la señora Claudia Patricia Urrego quien al absolverlo manifestó, bajo la gravedad de juramento, no conocer a la señora María del Carmen Zárate Sarmiento, motivo por el cual esta última formuló denuncia por falso testimonio en el 2010.

2.3. El proceso reivindicatorio fue suspendido en el 2014 hasta que se resolviera el proceso penal contra Claudia Patricia Urrego.

2.4. Así mismo, en el citado año la apoderada de María del Carmen Zárate Sarmiento renunció al poder otorgado para que la representara en el proceso reivindicatorio, sin

que el juzgado de conocimiento le hubiese notificado en debida forma de dicha circunstancia, por lo que no tuvo una defensa técnica para salvaguardar sus intereses.

2.5. El proceso penal cursó en el Juzgado 25 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, y en decisión del 6 de octubre de 2016 condenó a Claudia Patricia Urrego Mahecha por estar incurso en el injusto penal de falso testimonio, en condición de autora material.

2.6. La decisión se basó en que la citada ciudadana faltó al deber legal y moral de decir la verdad, habida cuenta que en el interrogatorio de parte en el aludido proceso reivindicatorio, como en la causa adelantada ante el Juzgado 11 de Familia aseguró no conocer a la señora María del Carmen Zárate, a sabiendas que habían departido en varias ocasiones y en reuniones familiares.

2.7. La decisión fue apelada y confirmada en sentencia del 8 de noviembre de 2016 por lo que la declaración de la señora Claudia Patricia Urrego carece de credibilidad y confianza. Finalmente, el recurso de casación fue declarado desierto.

2.8. En providencia del 28 de abril de 2017 el Juzgado 14 Civil Municipal asumió el conocimiento del proceso por descongestión, ordenó reanudar el proceso y tampoco se notificó a la actora de dicha decisión, pues para esa data continuaba sin abogado.

2.9. Para la fecha de la sentencia no había terminado el proceso penal, habida cuenta que estaba en desarrollo el incidente de reparación integral.

2.10. El Juzgado 14 Civil Municipal profirió sentencia el 31 de agosto de 2017, en el que decretó que el dominio pleno y absoluto le pertenece a Claudia Patricia Urrego Mahecha y José Absalón Urrego Moreno, sin tener en cuenta que a raíz del falso testimonio declarado penalmente contra la primera, debió anularse desde el interrogatorio de parte en adelante y era procedente volver a evacuar dicha etapa procesal.

2.11. No se tuvo en cuenta que la demandada no fue notificada en debida forma sobre la renuncia de su apoderada desde octubre de 2014, y se reanudó el proceso sin defensa técnica.

2.12. La sentencia objeto de estudio quedó en firme el 4 de septiembre de 2017.

TRÁMITE DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

3. Presentada la demanda correspondiente y subsanadas las deficiencias advertidas a la misma, por auto del 18 de septiembre de 2019 se ordenó al Juzgado 14 Civil Municipal la remisión del expediente, siendo recibido por esta Corporación el 15 de octubre de 2019.

En auto del 18 de octubre de 2019 se admitió la demanda contra Claudia Patricia Urrego Mahecha y José Absalón Urrego Moreno, quienes fueron notificados por aviso, sin embargo no hicieron pronunciamiento.

El trámite prosiguió con la apertura de pruebas por auto del 23 de abril de 2021, sin fuera necesaria la práctica de alguna.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Sea lo primero indicar, que aunque el inciso final del artículo 358 de la ley 1564 de 2012 prescribe para el trámite del recurso extraordinario de revisión, que «Surtido el traslado a los demandados se decretarán las pruebas pedidas, y se fijará audiencia para practicarlas, oír los alegatos de las partes y proferir la sentencia», la presente decisión se toma de conformidad con lo previsto en el numeral 2º del artículo 278 del citado Estatuto, que autoriza al Juez para dictar sentencia anticipada, total o parcial, «en cualquier estado del proceso», entre otros eventos, «Cuando no hubiere pruebas por practicar», tal como sucede en el caso que hoy ocupa la atención de la Sala.

2. Como una emanación de la soberanía del Estado, se erige la cosa juzgada, la cual supone que una vez agotadas las instancias y oportunidades dentro del proceso jurisdiccional, la sentencia en firme definidora del debate, no pueda ser objeto de revisión o de

nueva discusión, brindando certeza a las relaciones jurídicas, contribuyendo a la paz social y facilitando que el sistema y la decisión judicial no se muevan en los planos de la provisionalidad, creando inseguridad jurídica.

Sin embargo, como es factible que esa sentencia en firme pueda resultar contraria a la justicia y al derecho, el legislador permite, en forma por demás excepcional y reglada, aniquilarla cuando se esté en presencia de una o de varias de las causales previstas en el artículo 355 del

estatuto procesal adjetivo, las cuales apuntan, unas al imperio de la justicia (numerales 3 y 7), otras al restablecimiento del derecho de defensa en los eventos en que éste haya sido conculcado (numerales 7 y 8), y la otra a la salvaguarda del principio mismo de la cosa juzgada (numeral 9).

3. Preliminarmente se advierte que en reiteradas ocasiones la jurisprudencia ha puntualizado que el recurso extraordinario de revisión no es una tercera instancia instaurada para que las partes corrijan las deficiencias en que hubieran podido incurrir al momento de defender sus

intereses en el interior del proceso, contrario sensu es un recurso extraordinario de impugnación de las sentencias cuya finalidad consiste en corregir los errores cometidos por el juzgador al momento de proferirlas, por lo tanto sólo es procedente cuando se configuran las causales taxativas previstas por el legislador para tal efecto, y “no para enmendar situaciones adversas que, con intervención de alguno de los sujetos procesales, hubieren podido evitarse o remediarse en donde se dictó la sentencia de la cual se implora revisión”.

Este recurso extraordinario es el instrumento concebido “para atender aquellas situaciones críticas en las que a pesar de la presunción de legalidad que petrifica las sentencias amparadas por la cosa juzgada, ellas no pueden subsistir cuando han sido producidas con grave desconocimiento de los principios basilares del proceso, pues la defensa a ultranza de la cosa juzgada, sin mirar la manera irregular como a ella se llegó, causaría más desasosiego que seguridad jurídica, habida cuenta de que el recurso de revisión guarda correspondencia con la dimensión descomunal del agravio que para el ordenamiento acarrearía una sentencia inicua, iniquidad que define el propio legislador al trazar con precisión los motivos por los cuales puede abatirse un fallo en firme”; por lo tanto sólo es procedente cuando se configuran las causales taxativas previstas por el legislador para tal efecto, en ese sentido memoró esa providencia:

“2. Sobre el carácter restricto del recurso de revisión suelen citarse, entre otros, el fallo 6 de diciembre de 1991, en él la Corte expresó que “ la revisión es entonces un recurso eminentemente extraordinario y, por lo tanto, sometido a específicas causales señaladas con criterio limitativo, al punto de no resultar procedente la vía impugnativa si oportuna y cabalmente no se prueba la existencia de una de ellas” (GJ. Tomo CCXII, No. 2451, pág. 311). En el mismo sentido las sentencias de 12 de noviembre de 1974, 25 de noviembre de 1986, 27 de marzo de 1987, 16, 19 y 30 de septiembre de 1996, 14 de enero de 1998, 22 de septiembre de 1999, 4 de diciembre de 2000 y 16 de febrero de 2004; criterio reiterado además en los autos de 19 de enero de 1994, 22 de junio y 15 de marzo de 1994.

Igualmente, la naturaleza extraordinaria del recurso de revisión se muestra en que, a juicio de la Corte, tal medio de impugnación “ fue instrumentado con la única finalidad de aniquilar los efectos de la cosa juzgada material que se predique de una sentencia, cuando ella ha ido proferida con violación del derecho de defensa, o con respaldo en medios probatorios luego descalificados por la justicia penal”. (Sent. Rev. de 13 de enero de 2004, Exp. No. 0211-01).

Se ha dicho entonces que el recurso de revisión no puede ser usado como intento de revivir el debate probatorio, ni para volver sobre aspectos de pura interpretación legal. De ello da muestra la sentencia de 13 de enero de 2004, exp. No. 0211-01, en la que la Corte doctrinó acerca de que el recurso extraordinario no autoriza “un análisis panorámico del debate procesal, sino de establecer, por las precisas y taxativas causales que estableció el legislador en el artículo 380 Código de Procedimiento Civil, si el fallo, desde esa perspectiva, arremete contra las garantías procesales que dichas causales protegen. De allí, entonces, que “los errores de apreciación probatoria en que haya podido incurrir el juez al proferirlo, son aspectos ajenos al recurso de revisión” ICXLVIII, pág. 187., pues este “no constituye una tercera instancia en la que pueda replantearse el litigio; ni es “medio conducente para reparar cualquier irregularidad de la sentencia, o su indebida fundamentación” 2 -Sentencia 076 de 11 de marzo de 1991-.”

Además, en cuanto a las causales que abren paso a la prosperidad de este recurso extraordinario debe tenerse en cuenta que deben ser situaciones novedosas, “en esta sede únicamente tienen cabida las verdaderas novedades procesales, es decir, aquellas «circunstancias que, en términos generales, son extrínsecas o ajenas al proceso en el cual se profirió la sentencia que por tal medio se

impugna» y que «constituyen aspectos novedosos frente a él, bien por haber tenido lugar con posterioridad al pronunciamiento de aquélla, ora porque pese a antecederla, eran ignorados por la parte que recurre, pues en una y otra hipótesis se tiene en cuenta que su inexistencia o su desconocimiento redundó en la adopción de una resolución injusta» (CSJ SC 234 1º dic. 2000, Rad. 7754), perspectiva que entonces orientará el análisis de la causal propuesta por el impugnante”.

4. En el caso, la recurrente alegó dos causales de revisión, cuyo estudio se abordará en el orden en que fueron formuladas.

4.1. La primera, consistente en “**3. Haberse basado la sentencia en declaraciones de personas que fueron condenadas por falso testimonio en razón de ellas**”, se requiere, para su consolidación, como se deduce de su enunciado, que (i) la condena judicial por falso testimonio se hubiere producido con posterioridad al fallo objeto del recurso y, (ii) que la decisión revisada haya sido edificada o sustentada en la versión suministrada por la persona que posteriormente resulta condenada por haber faltado a la verdad.

Supuestos que no confluyen en el presente caso, porque de un lado, las sentencias de primera y segunda instancia en la causa penal fueron proferidas con antelación a la providencia cuestionada mediante este recurso extraordinario: en efecto, que la sentencia del Juzgado 25 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá que halló responsable a la señora Urrego Mahecha por el punible de falso testimonio data del 6 de octubre de 2016 y, la emitida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal que confirmó integralmente tal determinación, fue expedida el 8 de noviembre de 2016; inclusive, dichas piezas procesales fueron incorporadas al expediente mediante providencia del 28 de abril de 2017, lo que permitió reanudar la actuación procesal, habiéndose expedido sentencia el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado 14 Civil Municipal de Bogotá.

Por otro lado, la sentencia cuestionada en sede de revisión no se basó en el interrogatorio absuelto por Claudia Patricia Urrego Mahecha quien se limitó a contestar que no conocía a la señora Zárate; por el contrario tal ni siquiera fue mencionado en la providencia, cuya labor argumentativa se fundó en la valoración de la prueba documental recopilada y de las declaraciones de Mariana Urrego, Flor Marina Urrego, Rosa Urrego, Guillermo Martín Marín, así como en la confesión de María del Carmen Zárate, es decir, la declaración de culpable a Claudia Patricia Urrego ni le quita ni le pone a la decisión que por esta vía se revisa.

4.2. La segunda causal invocada en esta oportunidad es la del numeral: **“Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad”**, acerca de la cual se ha indicado:

“8.3.1. La causal séptima de revisión –aducida en primer término por el impugnante– se concibe como un mecanismo propicio para garantizar a las partes, a quienes debieron serlo o a los sujetos cuya citación era forzosa, el derecho de defensa y contradicción que les fue vulnerado en los casos en los que el respectivo proceso se adelantó ignorándolos.”

Ha puntualizado la jurisprudencia los presupuestos para el éxito de esta causal así:

“De la precedente disposición se determinan como condiciones para la prosperidad del recurso extraordinario de revisión, las siguientes:

3.1. Presentarse uno cualquiera de los siguientes eventos: «indebida representación, falta de notificación o emplazamiento». Este requerimiento implica que no toda irregularidad en la vinculación al proceso da cabida al motivo de revisión extraordinario. Debe tratarse de aquélla que le impida al revisionista hacerse parte en el mismo, y con ello ejercer su derecho de defensa.

Sólo así podría aceptarse la revisión de una sentencia ejecutoriada pues proferida con desconocimiento del derecho de defensa de quien debe ser vinculado, no lograría estructurarse

la cosa juzgada, y por esa vía, daría lugar a su invalidación a través de ese recurso extraordinario.

En relación con la causal invocada, esta Corporación, en vigencia del Código de Procedimiento Civil que guarda armonía con el actual compendio normativo, en fallo CSJSC 7882-2018, rad. 2012-02174-00, sostuvo:

«[L]a disposición apunta a proteger el derecho fundamental al debido proceso en su más prístina manifestación, como es la posibilidad de ser enterado de la actuación judicial iniciada en contra y, por esa senda, acceder al abanico de posibilidades de contradicción que brinda el ordenamiento jurídico, pues, de no darse aquella, queda cercenada de tajo cualquier posibilidad ulterior de ejercicio de esos privilegios»

3.2. Que la nulidad «no haya sido saneada», según lo dispuesto, por el artículo 136 del Código General del Proceso, sustitutivo del 144 del Estatuto Procedimental Civil.

Lo anterior pone de presente que al recurrente le corresponde demostrar que la nulidad invocada, no ha sido convalidada por cualquiera de los medios contemplados en la ley procesal, pues de haberlo hecho, la causal de revisión se torna inane”.

Revisada la actuación, se evidencia que la causal alegada no guarda relación con lo argumentado como causal de revisión, pues se trata en sí, de la no vinculación del interesado al proceso, más no a la defensa técnica.

Obsérvese que la señora Zárate del auto admisorio del proceso reivindicatorio examinado fue notificada personalmente el 3 de marzo de 2008 (folio 114), a través de profesional del derecho contestó la demanda y a lo largo del trámite hasta el 24 de octubre de 2014 cuando por virtud de la renuncia aceptada a su apoderada cesó esta en su gestión (folio 437-439), por lo que emerge coruscante que fue cabalmente notificada del proceso en su contra y debía estar enterada plenamente tanto del litigio civil como del penal, de este último por ser la denunciante.

Pero además, lo infundado del alegato se evidencia cuando se advierte que de la renuncia de su abogada se le enteró mediante sendos telegramas remitidos a la “cra 91D # 57D- 12 sur” misma dirección del predio objeto de reivindicación que fue también la relacionada en el libelo con el que se propuso el recurso de revisión que nos ocupa, y a la “Carrera 104 No. 58-04 sur”, en los que consta el sello de “Servicios Postales Nacionales S.A.”, sin que hayan sido rehusados.

Y es que luego de la vinculación del demandado al proceso, las providencias que se profirieran en el curso del litigio se notifican por estado, más no personalmente como lo esgrime la recurrente, luego de la renuncia de su apoderada, ni de la reanudación del proceso, ni de ninguna otra providencia debía noticiársele directamente.

Por último, tampoco se avizora que dentro del trámite del proceso reivindicatorio hubiese alegado la nulidad de la sentencia por la falta de notificación que aquí esgrimió.

5. Corolario de lo anterior, al no configurarse ninguna de las causales invocadas por la demandante en revisión, se declarará infundado el recurso extraordinario de revisión propuesto, y por mandato del inciso final del artículo 359 de la ley 1564 de 2012 se condenará en costas y perjuicios a la recurrente.

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110012203000202000245 00.

Tesis: En resumen, a partir de la pruebas recolectadas en el trámite de este recurso, no se constata que se haya amenazado o quebrantado el derecho de defensa de la revisionista, toda vez que si el auto admisorio de la demanda se le notificó por aviso entregado en la “carrera 46 # 50-63 Ed. Playa Oriental” fue porque ese era el lugar que la parte actora conocía que además fue el lugar donde le proveyó el servicio y correspondía a aquel que la profesional había registrado ante las autoridades de salud, sin que se hubiese demostrado el actuar temerario de la señora Villa García, en otras palabras, no se desvirtuó el proceder de buena fe en esta.

Corolario de lo anterior, al no configurarse la causal invocada por la demandante en revisión, se declarará infundado el recurso extraordinario y, como consunción, por virtud del artículo 359. de la ley adjetiva civil se le condenará en costas y perjuicios a la recurrente.

ANTECEDENTES

1. Delly Herma Gutiérrez Aristizábal, por intermedio de apoderado judicial, impetró recurso extraordinario de revisión contra el fallo de primera instancia atrás reseñado con fundamento en la causal 7ª del artículo 355 de la ley 1564 de 2012, a fin de que se declare la nulidad “de todo lo actuado y ordenar se inicie el proceso desde la notificación” en el proceso radicado 2015-27508.

2. Como sustento del recurso expuso los siguientes hechos:

2.1. Ante la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio la señora Gladys Emilsen Villa García formuló acción de protección al consumidor contra Delly Herma Gutiérrez Aristizábal por presunta publicidad engañosa, violación al deber de información y cobro de lo no debido, bajo el argumento que la demandada no había prestado un servicio odontológico de calidad, ni idóneo, ni mucho menos satisfizo las necesidades expuestas por la paciente, por lo que pretendía la restitución total del dinero pagado, \$5.450.000 indexado.

2.2. Previo al inicio de la citada acción, la señora Emilsen Villa presentó reclamación directa la que nunca fue recibida, tal como consta en el expediente objeto de revisión, pues en la guía solo aparece la firma del remitente más no de recibido.

2.3. Con la subsanación se indicó como dirección de notificación de la demandada el consultorio ubicado en el edificio Playa Oriental, en la ciudad de Medellín. Pese a ello, la allí demandante no anunció la dirección electrónica de notificación de la demandada, ni el celular, pese a que tenía conocimiento de esos datos.

2.4. Previo a la admisión de la demanda la Superintendencia de Industria y Comercio ofició a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia para que informara los datos de la señora Gutiérrez; sin embargo, fueron suministrados los del

consultorio que para ese momento ya no ocupaba.

2.5. En el auto admisorio del 3 de noviembre de 2015 se dispuso que la demandada debía ser notificada por el medio más expedito.

2.6. La notificación por aviso se surtió el 5 de noviembre de 2015; no obstante, se envió al consultorio que ya no ocupaba la aquí demandante. Reza en el certificado que el aviso fue recibido por Alejandro Goetz, vigilante del edificio, quien ni siquiera la conocía.

2.7. En el proceso ya referido se llevó a cabo audiencia el 25 de abril de 2016 sin la presencia de la aquí demandante, abogado o curador ad litem que la representara.

2.8. La actora se enteró de la acción de protección al consumidor en octubre de 2018, debido al cobro coactivo adelantado, impetrado por la Superintendencia de Industria y Comercio el cual sí le fue remitido al inmueble de su propiedad. La multa impuesta excede el 1.500% del valor pretendido en el citado proceso.

**TRÁMITE DEL RECURSO
EXTRAORDINARIO**

Presentada la demanda correspondiente y subsanadas las deficiencias advertidas a la misma, por auto del 9 de marzo de 2020 se ordenó a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio la remisión del expediente.

Arribado el plenario requerido, en auto del 16 de julio de 2020 se admitió la demanda contra Gladys Emilsen Villa García quien fue notificada y guardó silencio.

El trámite prosiguió con la apertura del debate probatorio por auto del 6 de julio del año en curso en el que se citó para interrogatorio de parte.

En audiencia virtual celebrada el 28 de julio de 2021 se practicó el interrogatorio que absolvió

la señora Villa García; seguidamente, los abogados presentaron sus conclusiones finales y se anunció por la Sala que el fallo se proferiría por escrito.

ANÁLISIS DE LA SALA

1. Como una emanación de la soberanía del Estado se erige la cosa juzgada, la cual supone que una vez agotadas las instancias y oportunidades dentro del proceso jurisdiccional, la sentencia en firme definidora del debate, no pueda ser objeto de revisión o de nueva discusión, brindando certeza a las relaciones jurídicas, contribuyendo a la paz social y facilitando que el sistema y la decisión judicial no se muevan en los planos de la provisionalidad, creando inseguridad jurídica.

Sin embargo, como es factible que esa sentencia en firme pueda resultar contraria a la justicia y al derecho, el legislador permite, en forma excepcional y reglada, aniquilarla cuando se esté en presencia de una o de varias de las causales previstas en el artículo 355 del estatuto procesal adjetivo, las cuales apuntan, unas al imperio de la justicia (numerales 3 y 7), otras al restablecimiento del derecho de defensa en los eventos en que éste haya sido conculcado (numerales 7 y 8), y la otra a la salvaguarda del principio mismo de la cosa juzgada (numeral 9).

3. El recurso que se analiza, precisamente por ser excepcional, requiere de la puntual delimitación de su campo de acción, pues de otro modo su naturaleza extraordinaria quedaría desvirtuada y la inmutabilidad de la sentencia sufriría un grave demérito.

Es por ello que la Corte, con especial empeño, ha destacado los aspectos que son vedados al recurso, y así, por ejemplo, ha sostenido: *“este medio extraordinario de impugnación de impugna la puerta para tornar el replanteamiento de temas ya litigados y decididos en proceso anterior, ni es la vía normal para corregir los yerros jurídicos o probatorios que hayan cometido las partes en litigio precedente, ni es camino para mejorar la prueba mal aducida o dejada de aportar, ni sirve para encontrar una nueva oportunidad para proponer excepciones o para alegar hechos no expuestos en la causa petendi.”* (Sentencias de 24 de abril de 1980 y de 3 de septiembre de 1996, Exp.: 5231; reiteradas en sentencia de 8 de junio de 2011. Exp.: 2006-545-00)

Como ya ha sido expresado, *“el recurso de revisión no se instituyó para que los litigantes remedien errores cometidos en el proceso en que se dictó la sentencia que se impugna. El recurso de revisión tiende derechamente a la entronización de la garantía de la justicia, al*

derecho de defensa claramente conculcado y al imperio de la cosa juzgada material”. (Sentencias de 16 de septiembre de 1983; de 30 de junio de 1988; de 24 de noviembre de 1992)

4. En esta oportunidad la recurrente fincó su petición el causal 7ª del artículo 355 de la ley 1564 de 2012 que establece como motivo de revisión: *“Estar el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad”*, alegando que no fue notificada de la existencia del proceso de acción de protección al consumidor, pues los actos remitidos con tal propósito lo fueron a una dirección en la cual ya no tenía su domicilio.

La causal séptima de revisión aducida, se concibe como un mecanismo propicio para garantizar a las partes, a quienes debieron serlo o a los sujetos cuya citación era forzosa, el derecho de defensa y contradicción que les fue vulnerado en los casos en los que el respectivo proceso se adelantó ignorándolos; como quiera que la notificación de la existencia del proceso a la parte demandada, es el acto procesal esencial sobre el que se erige la relación jurídica procesal, y que hace viable el pronunciamiento judicial.

De igual forma, sobre la nulidad por indebida notificación o emplazamiento como motivo de revisión, la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado:

“La revisión fundada en esta causal exige ausencia de saneamiento o convalidación de nulidad por indebida representación o por falta de notificación a través de cualquiera de los medios previstos en el artículo 144 del estatuto procesal civil.

De acuerdo con la expresada disposición, el vicio se subsana ‘cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente’. Por tanto, únicamente es la persona afectada ‘que no haya actuado en el proceso después de ocurrido el vicio sin alegarlo, la legitimada para invocar la nulidad, la cual puede hacer valer mediante recurso de revisión, más cuando no ha contado con otras oportunidades como las autorizadas por el artículo 142 del C.P.C’ (...), no puede proponerla ‘quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien no la alegó como excepción previa, habiendo tenido oportunidad para hacerlo’ (inciso 1 artículo 143 Código de Procedimiento Civil), de modo que sí posteriormente la alega, el juez debe rechazarla de plano”.

De donde se sigue que, cuando se enarbola la causal séptima como cimiennto de la demanda

de revisión, el recurso extraordinario no puede resultar victorioso al recurrente que ha convalidado la nulidad aducida abdicando del uso de los mecanismos ordinarios de defensa judicial a su disposición.

5. Como primer aspecto a resaltar es que, en el proceso objeto de revisión no compareció la señora Gutiérrez, ni se registra que en alguna forma haya convalidado la nulidad alegada, por lo cual se abre paso el estudio del recurso extraordinario formulado; máxime, cuando la primera y única intervención de la aquí recurrente fue una acción de tutela con el objeto de que se dejara sin efecto las actuaciones administrativas por las cuales se le requirió y se le impuso una multa.

Y si bien es cierto el artículo 134 de la ley 1564 de 2012 establece que puede alegarse la nulidad del proceso “por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, (...) como excepción en la ejecución de la sentencia o, mediante recurso de revisión, si no se pudo alegar por la parte en las anteriores oportunidades”; no lo es menos que no aparece acreditado que la señora Villa García hubiese propiciado el cobro coactivo de las prestaciones que a su favor fueron reconocidas y a cargo de la señora Gutiérrez en la sentencia expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, como para decir que dentro de esa ejecución tuvo la oportunidad esta última de pregonar la mencionada causal de nulidad.

Así las cosas, se continuará con el estudio del recurso formulado.

6. La declaración de ese conocimiento, como se desglosa del encadenamiento de los artículos 79, 80 y 81 de la ley procesal civil, debe proveerla quien aduce no haber sido enterado, pues no es suficiente con que éste acredite que para el período de la notificación moraba o laboraba en un lugar distinto a aquel en el cual se le notificó, sino que es ineludible acreditar que el demandante lo sabía y pese a ello obró con el propósito de esconder el proceso en su contra, quebrantando, de esa manera, el derecho de defensa del demandado. Así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia:

“El referido motivo de revisión parte de una premisa garante del derecho de contradicción: que el interesado pueda reclamar contra la falta de notificación o de emplazamiento en legal forma, cuando se le haya dejado en imposibilidad de comparecer al proceso, pese a que el demandante tenía conocimiento del lugar en donde hubiera podido surtir la respectiva notificación.

Su fundamento «está en la injusticia que

implica adelantar un proceso a espaldas de a quien ha debido brindársele la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, o cuando menos de ser oído, notificándolo o emplazándolo debidamente, o asegurando su correcta representación». (CSJ SC, 9 Abr. 2007).

3. La prueba de ese conocimiento, como se desprende del contexto del artículo 319 de la ley procesal civil, debe suministrarla el recurrente en revisión, pues le corresponde demostrar que para la época de su vinculación al proceso residía en un lugar distinto a aquel en el cual se intentó su notificación, y que a pesar de que el demandante conocía esa circunstancia actuó de mala fe o con el inicuo propósito de ocultarle el proceso iniciado en su contra, vulnerando, de esa manera, el derecho de defensa del demandado.

Respecto de ese tema, esta Corporación ha expresado: «...que el supuesto factual de esa nulidad supone que el revisionista demuestre cabalmente la falsedad o inexactitud de la afirmación, acerca del desconocimiento del lugar donde podía localizarse al demandado, de modo de comprobar que a la postre fue indebido el emplazamiento». (CSJ SC 1 Dic. 1995, Rad. 5082)

De igual modo se ha explicado que «corre por cuenta del recurrente la carga de la prueba, de modo que le corresponde demostrar que efectivamente se presenta el supuesto de hecho que autoriza la revisión de la sentencia, compromiso que sube de tono si se tiene en cuenta que el presente es un recurso extraordinario y que, con su auxilio, se pretende socavar el principio de la cosa juzgada formal». (CSJ SC 2 Feb. 2009, Rad. 2000-00814-00)

En el mismo sentido, se ha enfatizado que para la estructuración de la referida causal «se exige que aparezca plenamente probado en el expediente que para la época en que se presentó la demanda en el proceso en que se profirió la sentencia objeto de revisión, la demandante conocía el lugar de domicilio o residencia en el que se hubiera notificado personalmente al recurrente». (G.J. CCXLIX, Vol. II, pág. 1717) [Subrayas de la Sala]”

7. En el caso que ocupa la atención de la Sala, lo primero que ha de destacarse es que dentro del proceso de protección al consumidor la notificación de la demandada Gutiérrez no se verificó por emplazamiento, sino mediante aviso, mecanismo que consideró más expedito el juez cognoscente en auto 85747 de 3 de noviembre de 2015, a tono con la ley 1480 de 2011, siendo la misma Superintendencia quien lo remitió a través de Servicios Postales de Colombia S.A., empresa de mensajería que certificó sobre su gestión “fue entregado

efectivamente en la dirección señalada”.

La revisionista no probó por ningún medio que la demandante en el proceso de protección al consumidor o su poderdante obraron malintencionadamente y omitieron informar de una dirección distinta a aquella en que se verificó la notificación por aviso de la señora Gutiérrez, además que surtido ese acto procesal efectivamente en la dirección comercial o profesional publicada y registrada de la doctora Gutiérrez, no era necesario propiciar otra notificación en lugares distintos.

En efecto, de las pruebas obrantes en el expediente se evidencia, de una parte, que en el proceso protección al consumidor se inadmitió la demanda mediante auto del 19 de mayo de 2015 y, claramente el interesado manifestó que la odontóloga Delly Herma Gutiérrez Aristizábal se ubicaría *“en la carrera 46 #50-63 consultorio 906 teléfono 231-81- 05 Edificio Playa Oriental de la Ciudad de Medellín”*, lo que guarda relación directa con los recibos de caja expedidos por la demandada, pues en estos se citó como dirección de ubicación la del consultorio.

En todo caso, en aras de identificar plenamente al proveedor del servicio objeto de la demanda, la Superintendencia de Industria y Comercio dispuso oficiar a la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia¹⁰ y la respuesta otorgada fue que efectivamente la odontóloga Delly Herma Gutiérrez Aristizábal tenía tal dirección de notificación. Además, obra copia de una constancia de habilitación en el registro especial de prestadores de servicios de salud en la que se expone que, la dirección administrativa de la prestadora Delly Herman Gutiérrez Aristizábal era la ya anunciada.

Lo anterior conlleva a concluir que efectivamente, la dirección indicada en la demanda de acción de protección de consumidor era la de la revisionista para el año 2015.

Tampoco las restantes probanzas prácticas en el trámite del recurso extraordinario demuestran que el demandante o su apoderada conocían el nuevo domicilio de la demandada al momento de la presentación de su demanda.

Y a demostrar la mala fe de la señora Villa García no se abonó con el interrogatorio que absolviera en el que, al cuestionársele si tenía conocimiento de que la doctora Gutiérrez se iba a viajar fuera del país contestó contundentemente que no y, al preguntársele si recordaba que en marzo de 2014 la doctora Gutiérrez la había remitido a otro especialista ya que no podía atenderla precisamente por que saldría del país y no trabajaría más acá, indicó que se le presentó una urgencia y la llamó pero

no la pudo atender por que tenía algo pendiente y como no soportaba el dolor acudió al servicio de urgencias, dijo no recordar *“si la doctora me envió donde alguien”*. Dijo tener claro que *“ella y yo nunca tratamos que ella se iba a ir”*; y también contestó negativamente a la pregunta relativa a que si sabía que a partir del segundo trimestre de 2015 ya no laboraba en ese consultorio.

Adicionalmente, se indagó a la señora Gladys Emilsen Villa si había recibido una cotización del tratamiento odontológico de la doctora Delly Gutiérrez, a lo que contestó *“sí, creo que sí”*; empero, lo cierto es que el documento no obra en el expediente, no fue aducido como prueba por la recurrente quien tan sólo deprecó como probanza documental la actuación surtida en el proceso ante la Superintendencia, en todo caso, se desconoce su contenido. Ahora, sí lo pretendido es sostener que esa cotización tenía algún dato de contacto adicional, como el número teléfono como lo manifestó en el escrito petitorio, ello no es suficiente para endilgarle mala fe a la señora Gladys Villa.

Respecto de la conciliación memorada en la audiencia, en la que la señora Villa aceptó haber remitido la citación a la residencia de la señora Gutiérrez, debe precisarse que, si bien es cierto ello implica una confesión en los términos del artículo 191 de la ley 1564 de 2012, es decir, que conocía otro lugar de enteramiento del proceso; no es menos cierto que ello no implica mala fe, porque el hecho de conocer

varios lugares donde localizar a su contraparte no significaba que tenía hacerla en todos ellos, bastaba con hacer la gestión de notificación con las formalidades de ley con resultado positivo como sucedió en este caso, lo que hacía inocuo intentar la notificación en otros lugares o por otros medios como el correo electrónico.

8. Es más, al iniciar el trámite administrativo para el posterior cobro coactivo de la multa por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, el 6 de mayo de 2017 se le notificó la providencia por la cual *“se le requiere para que acredite el cumplimiento de la orden contenida en la sentencia”* en la misma dirección en la que se le enteró de la acción de protección al consumidor, es decir, en la *“carrera 46 # 50-63 Ed. Playa Oriental”*; y solo hasta el 21 de junio de 2018, con el intento de notificación de la providencia que impone la multa resultó la devolución del aviso por *“traslado”*.

9. En resumen, a partir de las pruebas recolectadas en el trámite de este recurso, no se constata que se haya amenazado o quebrantado el derecho de defensa de la revisionista, toda

vez que si el auto admisorio de la demanda se le notificó por aviso entregado en la “carrera 46 # 50-63 Ed. Playa Oriental” fue porque ese era el lugar que la parte actora conocía que además fue el lugar donde le proveyó el servicio y correspondía a aquel que la profesional había registrado ante las autoridades de salud, sin que se hubiese demostrado el actuar temerario de la señora Villa García, en otras palabras, no se desvirtuó

el proceder de buena fe en esta.

10. Corolario de lo anterior, al no configurarse la causal invocada por la demandante en revisión, se declarará infundado el recurso extraordinario y, como consencuencia, por virtud del artículo 359. de la ley adjetiva civil se le condenará en costas y perjuicios a la recurrente.

LAUDO ARBITRAL ANULACIÓN
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110012203000202002000 00.

Tesis: Primer cargo. Se aduce la configuración de la causal 7ª del artículo 41 de Ley 1563 de 2012, según la cual puede propiciarse el recurso de anulación por “[h]aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

Segundo cargo. El otro motivo de nulidad esgrimido se apoya en la causal 8ª del artículo 41 de Ley 1563 de 2012, que se configura al “Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral”.

En consecuencia, como no prospera ninguna de las causales en que se soportó el recurso de anulación interpuesto por la parte convocante, es imperioso declarar infundado el mismo e imponer condena en costas al recurrente.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Aníbal López Trujillo y Cía. S.A.S. (antes S. en C.), en calidad de administradora y representante legal del Edificio de Oficinas Santa Clara – Propiedad Horizontal instauró demanda arbitral en contra de la sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. (antes Telefónica Móviles Colombia S.A.), en la que formuló como pretensiones:

1.1. Declarar que el extremo pasivo incumplió el contrato de arrendamiento Edificio – Celda Chicó Reservado CN 0355-07, iniciado el 1º de mayo de 2007, “por no haber solventado la carga obligacional que se desprendía del mismo, en particular la contenida en la [c]láusula [s]exta del contrato de arrendamiento”.

1.2. En consecuencia, declararlo civil y contractualmente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales causados.

1.3. Declarar la terminación del referido contrato.

1.4. Condenar a Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a cancelar \$181'200.000.00, por concepto de indemnización de perjuicios materiales. Así mismo condenarla a pagar \$770'575.689.00, por concepto del interés pactado en la cláusula décima quinta del contrato, calculada entre la fecha de inicio y la presentación de la demanda, montos actualizados. Y por la sanción plasmada en la cláusula octava del contrato de

arrendamiento.

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

2.1. El 1º de mayo de 2007 inició el contrato de arrendamiento denominado Edificio – Celda Chicó

Reservado CN 0355-07, suscrito entre Aníbal López Trujillo y Cía. S. en C., en calidad de administradora y representante legal del Edificio de Oficinas Santa Clara – Propiedad Horizontal, actuando como arrendador, y Telefónica Móviles Colombia S.A. como arrendataria, cuyo objeto se refirió a la instalación de equipos dentro de las zonas comunes que hacen parte de la copropiedad ubicada en la calle 97 A No. 9ª – 34 de esta ciudad, inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-1412101.

2.2. Mediante escritura pública No. 1751 del 29 de junio de 2012, protocolizada ante la Notaría 69 de Bogotá D.C., registrada en la Cámara de Comercio el 6 de julio de la misma anualidad, se perfeccionó la fusión entre Telefónica Móviles Colombia S.A. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., quedando esta última a cargo de las transacciones comerciales, facturas, contratos y demás actos de aquélla, por ser la absorbente.

2.3. A su vez, por escritura pública No. 1023 del 4 de junio de 2019, otorgada ante la Notaría 8ª de esta ciudad, inscrita en la Cámara de Comercio el día 25 del mismo mes y año, la compañía Aníbal López Trujillo y Cía. S. en C. pasó de ser una sociedad en comandita simple a una por acciones simplificada.

2.4. Aníbal López Trujillo y Cía. S.A.S., identificada con el NIT 901335106-9, tiene la calidad de administradora y representante legal del Edificio de Oficinas Santa Clara – P.H., el cual se constituyó por escritura pública No. 1336 del 20 de junio de 2000, elevada ante la Notaría 32 de Bogotá D.C., registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1412101; amén de que el reglamento de propiedad horizontal está contenido en la escritura pública No. 1771 del 8 de julio de 2003, protocolizada ante la Notaría citada previamente.

2.5. En la primera cláusula del contrato de arrendamiento en mención, se estipuló que se desarrollaría sobre las zonas comunes del Edificio Santa Clara P.H., ubicado en la calle 97 A No. 9ª – 34 de esta ciudad.

2.6. En la cláusula segunda se pactó que la duración del contrato sería de 7 años, prorrogable por un período igual, mismo que se ha venido renovando; siendo el actual canon mensual de \$4'239.548.oo, más \$805.514.oo de IVA.

2.8. Entre las obligaciones de la arrendataria se pactó la de cancelar los servicios públicos (cláusula sexta), para lo cual, con relación al de energía, instalaría un contador independiente para la medición de su facturación periódica; sin embargo, como nunca lo hizo, la copropiedad siempre cubrió la totalidad de su importe.

2.9. A través de diferentes negociaciones adelantadas entre los contratantes, la demandada finalmente reconoció pagar \$1'200.000.oo mensuales, por concepto de reembolso del consumo de energía desde que inició el contrato, es decir, a partir del 1º mayo de 2007.

2.10. A pesar de lo anterior la arrendataria se niega a cancelar los intereses frente a dichas acreencias, contraviniendo así la cláusula décima quinta.

2.11. En reunión celebrada el 7 de octubre de 2019, se estableció que la administradora de la copropiedad remitiría la liquidación total de la deuda, incluidos los intereses; a pesar de haberse así procedido la convocado no ha emitido pronunciamiento alguno.

2.12. Los días 19 y 26 de noviembre de 2019, la sociedad convocada informó que realizó abonos por \$176'400.000.oo y \$5'200.000.oo.

3. El 19 de febrero de 2020, se admitió la demanda arbitral y se dispuso correr traslado a la convocada⁵.

4. Notificada la entidad demandada⁶, oportunamente ejerció su derecho de defensa.

5. Desarrollado el trámite propio del especial trámite arbitral, en audiencia celebrada el 23 de septiembre de 2020 se dio lectura a la parte resolutive del laudo arbitral, en virtud del cual se declaró que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. incumplió el contrato de arrendamiento Edificio – Celda Chico Reservado CN 0355- 07, “*por no haber solventado la carga obligacional que se desprendía de la cláusula sexta del [c]ontrato*”, la declaró responsable por los perjuicios materiales ocasionados a la convocante; condenándola a pagar a favor de ésta: a) \$74'419.911.oo, por concepto de la compensación adeudada de los consumos de energía durante el período comprendido entre los meses de mayo de 2007 y noviembre de 2019. b) \$14'536.689.oo, por intereses de mora debidos hasta la fecha del laudo, c) \$16'651.836.oo, por costas. Advirtiendo que esos valores generan intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la decisión.

A su vez, denegó las pretensiones tercera y sexta de la demanda; declaró prósperas las excepciones nominadas “*Improcedencia del pago de la sanción prevista en la cláusula octava del contrato*” e “*Inexistencia de perjuicios materiales*”, y parcialmente las tituladas “*Improcedencia del cobro de intereses moratorios. Mora creditoris. Inaplicabilidad de mecanismos de corrección monetaria e intereses de mora*” e “*Inexistencia de perjuicios materiales. Excepción de pago de reembolso por concepto de servicio de energía a razón de \$1.200.000 mensuales desde mayo de 2007 hasta julio de 2019*”; los demás mecanismos defensivos se desestimaron.

Aunque la parte actora presentó escrito deprecando aclaración, complementación y corrección del laudo, en Auto No. 17 del 6 de octubre 2020, se desestimó la petición.

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 más 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 esta Colegiatura no tendrá como función el análisis 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 que se encuadren 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 que en el evento en que se reconozca la prosperidad de las causales 1ª a 7ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, se declare la nulidad del laudo; en los demás casos, se corregirá o adicionará.

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

Ahora bien, la naturaleza de esta censura excepcional 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 impone el análisis correspondiente.

6. PRIMER CARGO

Se aduce la configuración de la causal 7ª del artículo 41 de Ley 1563 de 2012, según la cual puede propiciarse el recurso de anulación por “[h]aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo”.

6.1. Frente a esta causal, es importante resaltar que se estructura sólo en el evento en que se evidencia que el Tribunal de Arbitramento se apartó diametralmente de la normativa que rige la materia, eliminando por completo la valoración probatoria y la hermenéutica jurídica, para, en su lugar, dictar la decisión con sustento en sus íntimas convicciones, apelando exclusivamente al sentido común y a la equidad.

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” (resaltado ajeno al texto).

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” (Destaca la Sala).***

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” (Subrayado a propósito).

En lo tocante 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 preferirse 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 (...)”

En particular, frente a la valoración del material probatorio, señaló:

“(...) 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 (...)” (resaltado fuera del texto)

Es más, resulta imperioso destacar que el laudo arbitral no se erige como una segunda instancia, a través de la cual se pueda controvertir la decisión adoptada por el Tribunal de Arbitramento; por lo tanto, al examinar el recurso de anulación se encuentra vedada la posibilidad de efectuar un nuevo estudio del acervo probatorio, tal como lo señaló el Consejo de Estado:

“Por esta razón es que se afirma que al juez

del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión. De otro lado, el recurso de anulación por ser extraordinario sólo puede cimentarse en las causales que la ley ha previsto de manera taxativa y en consecuencia el ataque al laudo que se apoye en causal distinta debe ser rechazado por improcedente. Todo lo anterior se resume, en conclusión, en que el recurso de anulación no constituye una segunda instancia, razón por la cual el laudo no puede ser atacado por errores en el juzgamiento sino por errores en el procedimiento y con fundamento en las causales taxativamente señaladas en la ley” (Subraya la Sala).

En esa misma línea se ha pronunciado la doctrina al precisar los límites del 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 en juzgando 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” (El subrayado no es del texto).

6.2. Con el amplio marco jurisprudencial y doctrinario que se acaba de reseñar, se concluye que, de entrada, existe una presunción que reviste al laudo con la calidad de haberse dictado en derecho, siendo la excepción, que lo hubiere sido en equidad, pues nótese que incluso, ante la duda, se reputa que fue en derecho.

Así las cosas, quien alega la causal debe demostrar con suma claridad que el Tribunal de Arbitramento se alejó por completo de

cualquier postulado jurídico para abordar el tema planteado y, en su lugar, lo decidió desde una óptica completamente personal y apegada al sentido común.

En virtud de tales premisas, para que se demuestre la existencia de un fallo en equidad, debe ser palmaria la abstracción del juzgador en la parte considerativa de la providencia a las normas, la jurisprudencia o la doctrina que aluden al tema debatido; por lo tanto, si tales fuentes del derecho se citaron y se erigieron como el cimiento para la interpretación hermenéutica que realizó el Tribunal, el calificativo de haber sido en equidad queda sin asidero.

6.3. También es importante resaltar que, dada la naturaleza especial del laudo arbitral, el recurso de anulación no se asemeja a una alzada, ni tiene los visos propios de un mecanismo impugnatorio, simplemente contempla la posibilidad de que se verifiquen las causales taxativas consagradas en el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, sin que ello implique, ni por asomo, que esta Corporación se encuentra facultada para cuestionar los argumentos expuestos en el laudo, criticar su contenido o pronunciarse nuevamente acerca del acopio probatorio militante en el plenario, pues tal proceder comportaría una intromisión a la competencia unívoca que las partes le asignaron ab initio al Tribunal de Arbitramento.

6.4 Así las cosas, al examinar los argumentos que soportan la censura, se colige que el recurrente pretende que se declare que la sentencia fue en equidad, toda vez que, en su criterio, no efectuó un riguroso estudio del acervo probatorio, al dejar de valorar los documentos que demostrarían el dolo con el que actuó la parte demandada; se desconoció el deber de restituir los dineros que el Edificio sufragó desde el inicio del contrato, junto con sus respectivos intereses; no se emitió pronunciamiento acerca de la obligación de instalar el contador independiente y de que actualmente se encuentra en mora de hacerlo; se indicó que el mes de junio de 2019 fue la época en que se estructuró la obligación de unos emolumentos que en realidad devienen desde el año 2007; y se calcularon los intereses con fórmula simple cuando debieron ser compuestos.

En este punto, fuerza anotar que, como se anunció en líneas precedentes, el recurso de anulación no se instituyó para ventilar inconformidades en contra de la providencia, ni para exigir que se revise su contenido valorativo, pues dichos pedimentos le están vedados a esta Corporación; por lo tanto, no es competencia de la Sala realizar un estudio minucioso de las pruebas arimadas al proceso,

para establecer si el fallo cuestionado se pronunció individualmente frente a cada una de ellas ni, menos aún, para refutar sus consideraciones. Sobre el particular, debe memorarse que “[e]l recurso extraordinario de anulación no puede ser utilizado como una segunda instancia en la que se pretenda continuar o replantear el debate sobre el fondo del litigio. La decisión del recurso de anulación no entraña el estudio de los razonamientos realizados por el Tribunal Arbitral en cuanto a la aplicación de la ley sustancial, como tampoco la apertura de la discusión por errores de hecho o derecho en materia de valoración probatoria” (Subrayado ajeno al texto).

Así las cosas, entendiendo que la sentencia constituye una unidad de materia, el apelativo de “en equidad” sólo podría endilgarse si su cuerpo careciera de la ausencia de soportes jurídicos, más no simplemente ante la supuesta omisión del análisis conjunto del haz probatorio, o de no haber indicado el mérito de cada medio de convicción, como lo sugiere el recurrente.

6.5. Contrastados los argumentos del inconforme con el laudo arbitral, resulta evidente que el laudo se profirió en derecho, pues basta con observar su estructura para advertir que, después de haber sentado las bases de los problemas jurídicos a resolver, efectuó un análisis detallado del contrato de arrendamiento (que es ley para las partes, artículo 1602 Código Civil), las cláusulas pactadas por las partes, la teoría de las obligaciones “de dar” y “de hacer”, las clases de incumplimiento a título de dolo y culpa [en sus dimensiones de grave, leve y levísima], la definición y alcance de la figura de la novación, la indemnización de perjuicios, la clasificación de los intereses, la indexación junto con las fórmulas para aplicarla, con apoyo en las fuentes tanto legales como jurisprudenciales referentes a la terminación del contrato; ítems que fueron decantados individualmente y examinados desde la perspectiva doctrinal, normativa y jurisprudencial que los contempla.

Es así, que en la sentencia se expusieron con amplitud los efectos sustanciales de los artículos 1495, 1501, 1546, 1600, 1602, 1610, 1613, 1653, 1687, 1973, 1974, 1975, 1977, 1982, 1996 y 2000, 2512 y siguientes del Código Civil, los artículos 13, 20, 870 y 886 del Código de Comercio, la ley 1564 de 2012, la Ley 675 de 2001, innumerables citas jurisprudenciales de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y, un amplio espectro de doctrina de diferentes autores nacionales que han escrito sobre los aspectos precitados, elementos que sirvieron de sustento conjunto para el estudio de las temáticas planteadas y para finalizar con las determinaciones plasmadas en la parte

resolutiva.

Analizados los argumentos sobre los cuales se edificó el recurso, se puede afirmar, sin hesitación, que buscan controvertir lo resuelto por el Tribunal, tras aducir que no valoró todo el acopio probatorio y criticar las posturas asumidas respecto del caso expuesto.

En ese orden de ideas, tal como se indicó en precedencia y como se desprende de los apartes jurisprudenciales señalados con antelación, la censura extraordinaria que nos ocupa no tiene por objeto apelar a una nueva revisión del informativo, por lo que no es dable a esta Corporación emitir conceptos jurídicos acerca de la forma en que debió ventilarse la disputa frente al contrato allegado como base de recaudo, así como tampoco la manera en que debió abordarse su incumplimiento o las repercusiones que generó para ambos extremos procesales, ni hacer una evaluación del caudal de pruebas, pues ello contravendría la competencia asignada a esta Sala, ya que se recuerda que *“al juez del recurso no le es permitido revivir el debate probatorio que se surtió en el trámite arbitral ni entrar a cuestionar los razonamientos jurídicos o la valoración de las probanzas que en su momento hicieron los árbitros para soportar la decisión”*.

6.6. En lo tocante al justiprecio probatorio, al margen de las discrepancias esbozadas por el censor, se observa que en el laudo, después de señalar la diferencia entre la culpa o negligencia grave, la culpa leve o descuido ligero y la culpa o descuido levísimo, y luego de aludir a la acepción de dolo, se concluyó que aunque es reprochable la actitud del extremo pasivo, al no haber avisado oportunamente que el contador que instaló no independizó finalmente el consumo de energía, ello no se enmarcaba dentro de la figura del dolo, en el entendido que el Tribunal no encontró ninguna prueba que demostrara *“su intención manifiesta de causar un daño o perjuicio al patrimonio de la demandante”*; lo dicho permite inferir que si en la providencia se indicó que la actitud asumida por la sociedad convocada se reputa como culposa, a tal deducción llegó después de haber valorado las pruebas militantes en el encuadernamiento, sin que resultara necesario detallar cada una de ellas.

De otro lado, en criterio del panel arbitral, tras analizar los correos, la documental aportada, los testimonios rendidos y los interrogatorios absueltos, en ningún momento desconoció que la obligación de la arrendataria consistente en efectuar el pago periódico del servicio de energía surgió desde que inició el contrato en el año 2007, pues incluso así lo reconocieron ambas partes, lo que sucedió fue que al no

haber existido antes del año 2019 ningún requerimiento sobre el particular, así como tampoco una prueba concreta acerca del valor real que debió haber cancelado la demandada con antelación a dicha anualidad, solo hasta el mes de junio de 2019 se fijó y aceptó un monto determinado, el cual sirvió de base para el cálculo de la mora a partir de ese instante. Así se especificó en la decisión censurada: *“tratándose de una obligación dineraria, el Tribunal tendrá en cuenta que sólo a partir del mes de junio de 2019, cuando la demandante acepta el valor propuesto por la demandada por concepto de reembolso de los consumos de energía pasados, fue constituida en mora la arrendataria y, en consecuencia, sólo a partir de ese momento hay lugar a la causación de intereses sobre las prestaciones adeudadas”*.

Ahora bien, al dilucidar los árbitros sobre el compromiso de instalar un contador independiente para el servicio de energía, se señaló que además de ser una obligación *“de hacer”*, es un elemento accidental del contrato de arrendamiento, el cual evidentemente se incumplió en los términos inicialmente pactados; no obstante, con ocasión de las negociaciones sostenidas por las partes durante el año 2019, en virtud del principio de solidaridad contractual, se mantuvo esa obligación como un hecho futuro, el cual, mientras se cumple, se supeditó al pago de una suma líquida de dinero que compense *“la tasación objetiva de un valor estimado del monto consumido”*; es decir, en criterio del panel arbitral, la voluntad de las partes permitió que se instale el contador en una fecha indeterminada, pero durante ese lapso se retribuya una suma específica a la copropiedad por el servicio de energía.

Finalmente, como dicha Corporación estableció que el reconocimiento concreto de las sumas adeudadas entre los meses de mayo de 2007 y junio de 2019, correspondía a \$1'200.000.00 mensuales, dictaminó que ese valor debía indexarse, más no liquidarse a una tasa de interés moratorio periódico a partir de la fecha en que se hizo exigible cada emolumento. De hecho, luego de efectuar las operaciones aritméticas para traer el monto final a valor actual, aplicó posteriormente la tasa del 2% mensual, en concordancia con lo establecido en la cláusula decima quinta del contrato.

6.7. Lo anterior conlleva a afirmar que el laudo arbitral se erigió en una sólida y extensa aplicación de las normas que dentro del ordenamiento jurídico nacional regulan las situaciones propuestas por el convocante, así como también encuentra sustento en la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina aplicable al caso, referentes al incumplimiento contractual, la

voluntad de las partes, los perjuicios irrogados y su indemnización, los cuales hicieron parte de un enjuiciamiento global, en el que se detallaron los elementos de convicción que conformaron el acervo probatorio y las conclusiones emitidas por la terna arbitral.

Siguiendo tales premisas, la causal invocada resulta infundada porque, en primer lugar, se aludió a un amplio abanico de las fuentes del derecho para sustentar su análisis jurídico, en segundo, se realizó la correspondiente interpretación hermenéutica con sujeción a las pruebas obrantes en el diligenciamiento y, en tercero, no se demostró que el fallo se hubiera proferido con desconocimiento de tales herramientas jurídicas o con una sesgada interpretación de las pruebas, ya que, al contrario, se estudiaron con apego a las pretensiones y a los mecanismos exceptivos.

Por lo demás, no sobra aclarar que el hecho de que en la providencia no se hubieran citado de manera particular y expresa cada uno de los documentos reseñados por el inconforme, no significa que no se hubieran valorado al momento de decidir, pues basta con su apreciación en conjunto para llevar al fallador a la convicción de su decisión; así mismo, que este no es el escenario idóneo para ventilar inconformidades con el análisis jurídico vertido en el laudo, especialmente, frente a la data en que se estructuró la obligación pendiente de pago y las fórmulas para indexar y aplicar intereses, pues ello se encuentra inmerso dentro de su facultad de autonomía decisoria.

6.8. Corolario de lo anterior, refulge diáfano que el laudo en derecho no muta en una determinación en conciencia por la simple discrepancia del extremo recurrente frente a la apreciación probatoria o a sus conclusiones finales, que es lo que, en últimas, formuló 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”.

6.9. 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 censurante.

7. SEGUNDO CARGO

El otro motivo de nulidad esgrimido se apoya en la causal 8ª del artículo 41 de Ley 1563 de

2012, que se configura al “Contener el laudo disposiciones contradictorias, errores aritméticos o errores por omisión o cambio de palabras o alteración de estas, siempre que estén comprendidas en la parte resolutive o influyan en ella y hubieran sido alegados oportunamente ante el tribunal arbitral”.

7.1. De manera preliminar, se advierte que un requisito de procedibilidad de esta hipótesis, impone la necesidad de haber sido esgrimida ante el Tribunal de Arbitramento, exigencia que en el asunto sub examine se encuentra superada toda vez que, una vez conocido el laudo, la parte actora elevó la petición correspondiente, a través del escrito denominado “*Solicitudes de aclaración y complementación*”, en el que pidió las siguientes explicaciones: (i) si la obligación de cancelar los servicios se consideró como sometida a plazo y si el deber de pago se originó en el instante en que fueron cancelados por la copropiedad, (ii) si el compromiso de instalar un contador de energía independiente tenía un término tácito, (iii) las razones para no ordenar la liquidación de los intereses del 2% desde el inicio del contrato, (iv) aclarar el alcance del incumplimiento del extremo pasivo y, (v) por qué se liquidó la deuda desde junio de 2019, sin aplicar una tasa efectiva.

Dichas pretensiones fueron resueltas desfavorablemente por el Tribunal Arbitral el 6 de octubre de 2020, al concluir que no se enmarcaban dentro de ninguno de los criterios de aclaración o complementación, sino que tenían “por objeto renovar la discusión sobre la juridicidad de las cuestiones ya resueltas en el fallo”, puesto que, “[s]e trata, en últimas de inconformidades de la convocante relacionadas a las conclusiones a las que llegó el Tribunal, dirigidas a que éste altere el contenido de la decisión, lo que desborda claramente el alcance y finalidad de la[s] figura[s] procesal[es]”³¹.

7.2. En lo atinente a esta causal, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado:

“[S]e configura la causal: “siempre que habiéndose alegado oportunamente al Tribunal y éste no acceda a su corrección, no sea posible ejecutar la providencia total o parcialmente, porque lo decidido en su parte resolutive en uno o varios de los dictados de ésta se excluyen y oponen entre sí, de tal manera que de pretender cumplirse lo fallado en una parte, simultáneamente veda o aniquila la otra”.

De otro lado, la causal no se presenta cuando los árbitros hubieran valorado de forma contradictoria los medios de prueba del proceso; tampoco permite que se revise el laudo para controvertir su parte motiva con

base en el argumento de que incide en la parte resolutive.

En efecto, lo anterior implicaría que el Consejo de Estado en desarrollo del recurso de anulación pudiera juzgar la valoración o la hermenéutica del tribunal de arbitraje tanto frente a las pruebas como al derecho positivo, lo cual deviene inadmisibile a la luz de la jurisprudencia decantada de la Corporación: “mediante este recurso no es posible impugnar el laudo por aspectos de mérito o de fondo, ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o conclusiones adoptadas por el respectivo Tribunal (resaltado intencional).

En otra oportunidad, la misma Corporación precisó:

“La Ley 1563 dispuso que podían tratarse de errores en la parte motiva, pero condicionó a que influyeran en la parte resolutive. Esta hipótesis ya había sido tratada por la jurisprudencia respecto de la primera hipótesis relativa a la existencia de disposiciones contradictorias, siempre que la contradicción fuera de tal envergadura que imposibilitara el cumplimiento de la decisión, fuere imprescindible para entender su contenido, o habiéndose hecho una remisión expresa, de esta a aquella, no hubiere congruencia. En tal virtud, solo en los eventos en que en la parte motiva se incurran en errores aritméticos o de cálculo que impidan cumplir la decisión, se requieran para entender el contenido de la parte resolutive o resulten incongruentes y hubiera una remisión de esta a aquella, se configura esta causal”.

7.3. Los argumentos torales en que se fundó esta hipótesis se concretan, de un lado, en que existe una flagrante contradicción entre el hecho de haber reconocido que las partes aceptaron la compensación del consumo de energía desde que inició el contrato, pero su liquidación se ordenó a partir del mes de junio de 2019, y del otro, en que debió ordenarse el pago de la mora con el interés compuesto, más no con el simple.

Analizados dichos tópicos, observa la Sala que en realidad ninguno de ellos corresponde a determinaciones contradictorias, así como tampoco a yerros que incidan en la parte resolutive, sino únicamente al desacuerdo de la parte convocante frente a las motivaciones expuestas por el Tribunal, como pasará a explicarse.

El Panel Arbitral en ningún momento desconoció la existencia de las obligaciones adquiridas por la demandada frente a la copropiedad desde el inicio del contrato, atinentes a que se instalara un contador de energía independiente y que el uso continuo de los equipos de telecomunicaciones generó una serie de consumos que debía sufragar; sin embargo, en lo que se hizo bastante énfasis en el laudo, fue en que con ocasión de las conversaciones que sostuvieron las partes durante el año 2019, el consenso acerca de un valor neto equivalente a todas las mensualidades que el Edificio sufragó sobre la cuota-parte que le correspondía a la convocada, fue en el mes de junio de esa anualidad, siendo esa época a partir de la cual debían contabilizarse los respectivos intereses moratorios, pues sólo en esta fecha se pudo establecer un valor real sobre tal concepto.

Así las cosas, tal como se explicó en precedencia, después de establecer un monto concreto en el mes de junio de 2019, a razón de \$1'200.000.00 mensuales, se indexaron todos los valores que se causaron a partir del mes de mayo de 2007 hasta esa fecha, y sobre esa suma final equivalente a \$223'580.100.00, se computaron en lo sucesivo intereses al 2% mensual, de conformidad con la estipulación contractual establecida por las partes.

Con ese panorama, tal como se indicó al resolver la primera causal de anulación, el censurante pretende revivir nuevamente el debate acerca de los puntos que ya fueron decididos y fallados por el Tribunal; por lo tanto, se compartan o no, lo cierto es que a esta Sala le está vedado estudiarlos o controvertirlos.

Así las cosas, los reproches endilgados en realidad no implican un error por omisión o cambio de palabras como lo exige la causal, así como tampoco a decisiones contradictorias, sino que tienen los visos propios de discusiones jurídicas que se atendieron al desatar la instancia y sobre las cuales no se puede volver.

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 parte convocante, es imperioso declarar infundado el mismo e imponer condena en costas al recurrente.

RESOLUCIÓN NEGOCIO JURÍDICO
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 11001310300220160065701.

Tesis: Quiere decir lo anterior que la prestación de hacer, que es esencial a la promesa, se encuentra totalmente satisfecha, lo que evidentemente permite concluir que ese contrato preparatorio, aportado junto con la demanda, quedó extinto y cualquier estudio sobre su existencia, validez y eficacia, así como el análisis acerca de su cumplimiento resulta inútil; ahora bien se resalta que con el simple hecho de la celebración del contrato prometido –la compraventa- el contrato preparatorio, es decir, la promesa de contrato pierde total eficacia sin necesidad de que las partes así lo manifiesten en el documento contentivo de la compraventa propiamente dicha.

ANTECEDENTES

1. La señora Marlene Palma Garzón, mediante apoderado, formuló demanda contra: (i) Fiduciaria Central S.A., como vocera de los patrimonios autónomos: “Fideicomiso Fiducentral SMIII-9”; “Fideicomiso Hotel Embajada” y “Fideicomiso Hotel Wyndham”, (ii) Luis F. Correa y Asociados S.A., y (iii) Andrés Fernando Correa López, en la que planteó las siguientes pretensiones:

1.1. Pretensión principal.

Declarar inexistente el negocio jurídico al que se refiere el documento titulado “*PROMESA DE VENTA DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWER HOTEL EMBAJADA*” suscrito el 4 de septiembre de 2008, modificado por el documento titulado “*OTROS SÍ AL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRA VENTA DE LOS DERECHOS FIDUCIARIOS INHERENTE A LA PROPIEDAD Y OPERACIÓN ECONÓMICA DEL HOTEL EMBAJADA DETERMINADOS COMO MINI SUITE 245 E (245 E)*” suscrito el 4 de mayo del 2009, por Fiduciaria Central S.A., Luis F. Correa y Asociados S.A., y por Marlene Palma Garzón, porque a dicho negocio jurídico le hacen falta sus requisitos o elementos esenciales para ser considerado un contrato en los términos definidos en el artículo 864 del Código de Comercio y en el artículo 1495 del Código Civil.

1.2. Pretensiones subsidiarias.

1.3. Pretensiones consecuenciales de la declaratoria de cualquiera de las anteriores peticiones.

1.4. Quinta pretensión subsidiaria.

1.5. Pretensiones consecuenciales de la quinta pretensión subsidiaria.

1.6. Sexta pretensión subsidiaria.

1.7. Pretensiones consecuenciales de la sexta pretensión subsidiaria.

1.8. Séptima pretensión subsidiaria.

1.9. Octava pretensión subsidiaria.

1.10. Pretensiones consecuenciales de las pretensiones subsidiarias séptima y octava.

1.11. Pretensiones de condena en costas.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de hacer una síntesis del asunto, el *a quo* dijo que el problema a resolver era determinar si había lugar a declarar la nulidad del contrato fiduciario y condenar a la pasiva a pagar los frutos que producen los inmuebles objeto del contrato o si por el contrario debían prosperar las excepciones; para tal fin explicó que la fiducia se caracteriza por ser un acto de confianza en virtud del cual una persona entrega a otra uno o más bienes determinados transfiriendo la nuda propiedad de los mismos, para cumplir con ellos una finalidad específica ya sea en beneficio del fideicomitente o un tercero; negocio que incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, o los negocios denominados fiducia pública de que trata la ley 80 1993.

Indicó que este tipo de negocio se compone por lo general de la fase de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario, que para el caso en estudio era la operación hotelera; intervienen en este tipo de acto los fideicomitentes o constituyentes del negocio, la sociedad fiduciaria, los participantes o inversionistas y los operadores del negocio.

Explicó que, conforme al texto del contrato aportado y sus anexos, y de su clausulado, no puede endilgarse incumplimiento, habida cuenta que las obligaciones de las partes son las adquiridas en el contrato suscrito por ellas, según el artículo 1602 del Código Civil, sin que se observe que se haya comprometido el vendedor ni Fiduciaria Central, ni a entregar rendimientos correspondientes al 1% o cualquier otro porcentaje a lo beneficiarios.

Resaltó que en la escritura pública No. 3254 del 4 de junio de 1997, se indicó como se haría la distribución de los rendimientos a falta de instrucciones, ni tampoco se indica que fuera algún porcentaje concreto, por tanto, concluyó que al no haber sido una obligación contraída por los contratantes, no puede invocarse un

incumplimiento.

Reseñó que el contrato atacado atendió los requisitos generales de los artículos 1602, 1611 y 1615 del Código Civil, y 881 del Código de Comercio, pues el objeto se cumplió a cabalidad, como fue corroborado con los interrogatorios, los informes generales, órdenes de pago y rendimientos del fideicomiso Hotel Embajada, donde se verifica que la demandante es beneficiaria y titular del derecho fiduciario adquirido, por lo que mal puede disponerse la nulidad y /o resolución.

Respecto al objeto de la promesa de compraventa, señaló que está tiene una obligación de hacer, que es un elemento esencial suyo, y al concretarse el acto preparatorio quedó extinto, y cualquier estudio sobre su existencia o validez o eficacia, así como su cumplimiento resulta fútil.

Agregó, que de la lectura de los documentos aportados por la demandante, esta no compró un derecho real sobre un inmueble sino un derecho fiduciario, en esa medida los títulos fiduciarios circulan y pueden ser transferidos sin necesidad de escritura pública, por lo que el negocio jurídico en torno a esos títulos fiduciarios no exigen ningún tipo de solemnidad.

Finalmente manifestó que los rendimientos reclamados jamás fueron garantizados de ninguna forma puesto que la obligación reclamada a cargo de la sociedad Fiduciaria es e medio y no de resultado, mas cuando se trataba de un complejo hotelero que dependía de su construcción y puesta en funcionamiento.

LA APELACIÓN

Como motivos de su disenso planteó la parte demandante:

(i) El estudio realizado solo se limitó a la solicitud de nulidad de la promesa de compraventa, a pesar que fueron acumuladas varias pretensiones, entre ellas, que se declarara inexistente el negocio jurídico por la falta de cumplimiento de los requisitos del artículo 864 del Código de Comercio, y artículo 1495 del Código Civil; la sentencia debió iniciar por el análisis de las otras pretensiones como son las de nulidad de la promesa, nulidad absoluta, resolución por incumplimiento de la promesa, extinción de los fideicomisos SMIII, Hotel Wyndham y Hotel Embajada.

(ii) La resolución de la promesa por incumplimiento no se fundó en el no pago de los rendimientos, sino por que no se atendieron los requisitos o obligaciones a cargo del promitente vendedor concretamente con la

celebración del negocio jurídico prometido en las fechas señaladas en dicha promesa, como se funda la pretensión de inexistencia o nulidad.

(iii) La promesa es nula porque no cumple todos los requisitos del artículo 1611 del Código Civil, y no porque no se elevó a escritura pública, porque efectivamente se trataba de venta de derechos fiduciarios y no reales, es decir, que debía cumplir con lo estipulado en el artículo 1226 del Código de Comercio.

(iv) Faltó estudio pormenorizado de las pretensiones, pues se ocupó del estudio de una de ellas.

(v) Se desconoció el estudio de los artículos aplicables a este tipo de asunto, los artículos 864, 1226 del Código de Comercio y 1495 del Código Civil, y lo pactado en el contrato matriz denominado fiducia mercantil inmobiliaria irrevocable celebrado el 4 de junio de 1997, que dio origen al negocio objeto del proceso, al desconocer la cláusula 3ª, parágrafo 1º cláusula 4ª, 5ª, 6ª.

(vi) Respecto del contrato de promesa se desconoce la cláusula relacionada con el objeto de la misma, la cláusula 4ª, relacionada con el precio y el pago, y la cláusula 3ª respecto a la celebración del negocio prometido.

Conforme a lo anterior, pidió que se revocara la sentencia.

Dentro de la oportunidad otorgada ante esta Sede, la apoderada sustituta de la parte demandante insistió en los mismos argumentos.

ANÁLISIS DE LA SALA

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 contra la sentencia expedida en primer grado.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos concretos 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. A fin de abordar el estudio de los reproches presentados por el recurrente, debe decirse que, en efecto, como en capítulo precedente se dejó

consignado la señora Palma en el libelo genitor planteó sus aspiraciones procesales de forma acumulada así: como pretensión principal deprecó se declarara la *inexistencia* de la **“PROMESA DE VENTA DE DERECHOS FIDUCIARIOS PROYECTO CAPITAL TOWERS HOTEL EMBAJADA”** de 4 de septiembre de 2008, modificada por el otro sí suscrito el 4 de mayo de 2009; y enseguida como pretensiones subsidiarias y sucesivas pidió se declarara la *nulidad absoluta, nulidad relativa y la resolución* del citado negocio jurídico. De allí que, en el mismo orden debían analizarse, pues descartada la viabilidad de la primera, correspondía estudiar en turno las subsiguientes.

También es cierto que el juez cognoscente en primera instancia, no siguió tal secuencia; pero no lo es menos que señaló que siendo la promesa un contrato preparatorio se consumaba con la satisfacción de la obligación de hacer que allí se acordaba, que fue lo ocurrido en éste caso, pues los derechos fiduciarios prometidos en venta fueron transferidos a la adquirente señora Palma, luego inocuo era analizar los ataques al contrato de promesa; argumento que además de no merecer crítica alguna por la parte apelante, resulta acertado a la luz de la normativa patria y de la jurisprudencia que ha sido reiterativa en enseñar que el contrato de promesa se distingue por ser transitorio y solemne, como quiera que su objetivo se dirige a la celebración de una convención ulterior, esa sí definitiva; y las obligaciones que de este tipo de negocios surgen, son solamente de hacer:

“...es contrato con efectos obligatorios, cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real (...) esa tipología de negocio preparatorio tan solo origina una obligación de celebrar—in futurum—el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede —por definición— ser traslativo o constitutivo de derechos’ (cas. Civil, mayo 8/2002, exp. 6763; A. CHIANALE, Contratto preliminare, in Digesto Discipline privatistiche, Sez. Civile, 276; P. FORCHIELLI, Contratto preliminare, Nov. Dig., Torino, 1959, IV, 683). Tampoco, por sí, genera prestación diferente a la de estipular el contrato futuro definitivo. Con todo, las partes, accidentalia negotia, pueden acordar otras prestaciones compatibles y, de ordinario, pactan ‘otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se advienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran veneno y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de

hacer’ (cas. Marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759). Por esa vía, se llega a dar alcance a obligaciones diferentes, las cuales, desde luego, generan efecto vinculante y deben cumplirse en un todo conforme a lo estipulado. El problema, sin embargo, vuelve a plantear la autonomía de ambos tipos negociales según la mayor o menor amplitud del contenido accidental, pues, en el esquema del contrato preliminar, las partes están obligadas a estipular el definitivo cuyas prestaciones están subordinadas a su celebración y son inherentes a su naturaleza, estructura y función, por lo cual, no deben antelarse in integrum. Nada obsta, empero, estipular el cumplimiento anticipado de algunas prestaciones del contrato posterior. En fin, la promesa de compraventa genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio” (cas. sentencia de 7 de febrero de 2008 [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01)

4. En el *sub lite*, debe resaltarse que el contrato de promesa cuya inexistencia —y subsidiarias nulidad y resolución— se ruego, se satisfizo, se perfeccionó, como de ello dan cuenta los documentos arrimados por la misma demandante: la constancia emitida por Luis F. Correa Asociados según la cual la señora Palma Garzón canceló la totalidad del derecho prometido en venta (folio 14); la misiva de 23 de junio de 2011 mediante la cual la misma sociedad informó a la aquí demandante que había impartido instrucción a Fiduciaria Central S.A. para que le fueran transferidos los derechos fiduciarios *“inherentes a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA”* e hiciera la inscripción como beneficiaria en el libro respectivo adjuntado la comunicación enviada a la fiduciaria, que en verdad aparece recibida por ésta como así lo aceptó al contestar los hechos 303 y 305 de la demanda la *“se indica que la parte demandante como beneficiaria, desde el primer momento de su vinculación al fideicomiso que represento, se encuentra debidamente inscrita como beneficiaria”* (folios 171-172, 946); los certificados de valor patrimonial de derechos fiduciarios que fueron expedidos y remitidos a la demandante para efectos tributarios de los años 2011 a 2013 (folios 168-170 cuaderno 1) en los que se verifica que la demandante es beneficiaria y titular de un derecho fiduciario, con una participación del 0.074627% en el Fideicomiso Hotel Embajada; los informes de órdenes de pago a favor de la señora Palma Garzón incluso

hasta el año 2018 (folios 848-850, 1012-1014).

Tal circunstancia no se desvirtúa con las respuestas que al absolver interrogatorio dio la demandante en el sentido que no tenía conocimiento de que hubiese sido inscrita en el Libro de Registro de Beneficiarios por que ello no le había sido comunicado; aseveración reiterada que resulta contradictoria con los documentos referidos que ella misma adosó con su demanda; y con otras de sus respuestas, pues admitió haber recibido rendimientos de su inversión, informes de gestión o rendición de cuentas e incluso haber asistido y participado en las Asambleas de beneficiarios; a ello se suma el que por su condición de abogada la señora Palma Garzón debía saberlo, o por lo menos inferirlo pues en una profesional del derecho inconcebible es que sin queja percibiera rendimientos y participara en asambleas sin conocer la causa que para ello la legitimaba; en todo caso tenía la posibilidad de pedir una certificación respecto a su calidad frente al fideicomiso.

Quiere decir lo anterior que la prestación de hacer, que es esencial a la promesa, se encuentra totalmente satisfecha, lo que evidentemente permite concluir que ese contrato preparatorio, aportado junto con la demanda, quedó extinto y cualquier estudio sobre su existencia, validez y eficacia, así como el análisis acerca de su cumplimiento resulta inútil; ahora bien se resalta que con el simple hecho de la celebración del contrato prometido –la compraventa- el contrato preparatorio, es decir, la promesa de contrato pierde total eficacia sin necesidad de que las partes así lo manifiesten en el documento contentivo de la compraventa propiamente dicha.

Es verdad que la jurisprudencia también ha enseñado que cuando en la promesa se incluyen cuestiones propias del negocio a celebrar éstas subsisten y se entienden incorporadas al contrato al que la promesa se refiere:

“Por sabido se tiene que el contrato de promesa naturalmente es fuente de una y principal obligación: hacer el contrato prometido. Otorgar la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa del inmueble, cuando este es el tipo de bien sobre el cual se versa. Sin embargo, como con claridad lo ha explicado la Corporación, nada obsta para que las partes en el cuerpo de una misma convención combinen diferentes tipos de contratos o prestaciones, o tratándose del contrato de promesa, hacer una mixtura donde además de contraer la obligación de hacer o celebrar el contrato prometido, se anticipe el cumplimiento de prestaciones propias de este contrato fin, lo cual resulta válido por virtud

de los principios de la autonomía privada y de la libertad contractual, en tanto el surgimiento de estas obligaciones no precise de una solemnidad diferente a la establecida para el contrato de promesa por el art. 89 de la ley 153 de 1887. De allí que estilen los contratantes cuando de promesa de compraventa se trata, estipular obligaciones sobre el pago del precio y la entrega material de la cosa, que naturalmente sólo vendría a generar el contrato prometido”. (Cas. de 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420)

Por consiguiente, cuando en un mismo documento las partes se comprometen a celebrar posteriormente el contrato definitivo, pero además adelantan estipulaciones sobre prestaciones que han de regir el convenio conclusivo, tales como las condiciones de pago, la forma de entrega de la cosa, y las garantías, entonces es preciso admitir que esas obligaciones tienen plena vigencia una vez se perfecciona el acuerdo prometido –siempre que se trate de uno consensual y que los contratantes no hayan convenido otra cosa–; sin que ello signifique que la promesa coexista con el negocio principal, pues el pacto de realizar el contrato a futuro quedó extinto por completo, y solo las cláusulas referidas a regular el convenio final se entenderán incorporadas en éste, independientemente del documento o acto en el que se hayan establecido”. CSJ, Cas. Civ. Sent. Dic 16/2013. (Destacado a propósito)

Empero, tal directriz no tiene operabilidad en este caso, como quiera que en la promesa no se incluyeron cláusulas propias del negocio a celebrar.

En el contrato de promesa de compraventa de derechos fiduciarios proyecto Capital Towers Hotel Embajada celebrado entre Luis F. Correa & Asociados S.A. y Marlene Palma Garzón el 4 de septiembre de 2008, con las modificaciones introducidas en el otrosí de 4 de mayo de 2009, los contratantes adquirieron las siguientes obligaciones:

(i) La promitente compradora, la señora Palma, se comprometió a recibir “los Derechos Fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA que el primero tiene en el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9”, y en contraprestación a pagar la suma de \$40'000.000,00 en la forma y términos indicados en el Anexo; así mismo se comprometió a entregar a la fiduciaria diligenciado el formulario de vinculación y la declaración de origen de fondos. Adquisición que le daba derecho de percibir los rendimientos económicos derivados de la explotación económica de las habitaciones que integran el Hotel Embajada, y a participar en la

toma de decisiones.

Efectivamente, la señora Palma cumplió con el pago tal como se certificó el 15 de julio de 2010 por el prometiente vendedor (folio 14 cuaderno 1); y ha hecho uso de sus derechos.

(ii) Por su parte la prometiente vendedora, Luis F. Correa & Asociados S.A., se obligó a enajenar los derechos fiduciarios mencionados prometidos en venta “*mediante una comunicación emitida por EL PROMETIENTE VENDEDOR con destino a la FIDUCIARIA CENTRAL S.A., con copia enviada por correo certificado a EL PROMETIENTE COMPRADOR, informándole el hecho de haberle transferido, a este último, los derechos fiduciarios objeto de la negociación. En la misma comunicación EL PROMETIENTE VENDEDOR le solicitará a FIDUCIARIA CENTRAL S.A. que efectúe, como vocera del FIDEICOMISO SMIII-9, la inscripción en el Libro de Registro de Beneficiarios y que expida, con destino al PROMETIENTE COMPRADOR, la certificación de propiedad de los derechos fiduciarios adquiridos por éste*”, fijando como plazo el último día hábil de diciembre de 2010, plazo prorrogable por 6 meses más, es decir hasta el último día hábil de junio de 2011.

Lo que en efecto se cumplió, pues mediante misiva de 21 de junio de 2011 dirigida a Fiduciaria Central, la señora Yelena Jaramillo Gallego, representante de la vendedora, informó que le transfería a la señora Palma Garzón el derecho fiduciario inherente “*a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA que hace parte del Proyecto Inmobiliario denominado CAPITAL TOWERS*”, por lo que conforme al contrato de fiducia mercantil Fideicomiso SMIII-9 y sus reglamentaciones, solicitó “*se sirvan inscribir a Marlene Palma Garzón, como beneficiario(s), titular(es) del derecho fiduciario número DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO E (245E) en el respectivo libro de registro de beneficiario*”, documento que ostenta sello de recibido el “2011/6/03 HOR.08:31” (folio 172 cuaderno 1).

De tal proceder informó a la demandante, mediante comunicación del 23 de junio de 2011 (folio 171 cuaderno 1).

Poniendo de presente que la obligación del prometiente vendedor era la de comunicar a la Fiduciaria de la transferencia de los derechos fiduciarios y solicitarle a ésta la inscripción en el libro respectivo, con lo que satisfizo su carga contractual; no lo es menos que, tales solicitudes fueron atendidas por Fiduciaria Central, tanto así que desde el año 2011 ha expedido los certificados de valor patrimonial de derechos fiduciarios a nombre de la señora

Marlene Palma Garzón por la Minisuite 245E correspondientes al valor por ella cancelado.

Del contrato cuestionado en este litigio, el de promesa de compraventa, no emergen cláusulas adicionales que fueran a regir el contrato de venta de los pluricitados derechos fiduciarios.

En este orden de ideas sucumben la pretensión principal y las subsidiarias que cuestionaron el contrato de promesa de venta de derechos fiduciarios, esto es, las pretensiones subsidiarias 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 5ª y sus consecuenciales.

5. Antes de proseguir, pertinente es recordar el principio de buena fe constitucionalmente consagrado, y sobre el que ha dicho el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

“A propósito de la buena fe, en reciente pronunciamiento, la Corte aludió sobre el tema en los siguientes términos:

“Empero, desde otra perspectiva, la buena fe se vislumbra como un genuino hontanar de normas de comportamiento no formuladas positivamente pero implícitas en el ordenamiento que, por consiguiente, ante una situación dada, le imponen al sujeto una conducta determinada con miras a no agravar los intereses jurídicos ajenos. Desde este punto de vista, la buena fe genera deberes y se califica cotejándola con un prototipo abstracto colocado en el contorno social de la persona”.

“Refiriéndose a estos aspectos de la buena fe, ha dicho esta Corporación que “en tratándose de relaciones patrimoniales, la buena fe se concreta, no sólo en la convicción interna de encontrarse la persona en una situación jurídica regular, aun cuando, a la postre, así no acontezca, como sucede en la posesión, sino también, como un criterio de hermenéutica de los vínculos contractuales, amén que constituye un paradigma de conducta relativo a la forma como deben formalizarse y cumplirse las obligaciones. Todo lo anterior sin dejar de lado que reglas tales como aquellas que prohíben abusar de los derechos o actuar contrariando los actos propios, entre otras, que en la actualidad, dada su trascendencia, denotan un cariz propio, encuentran su fundamento último en la exigencia en comento”.

‘Aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el

afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás, en síntesis, pues, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad’” (Sentencia del 9 de agosto de 2000, Exp.5372).

En oportunidad posterior, la Corporación volvió a ocuparse de tal principio y, en la siguiente síntesis, patentizó sus pilares: “la noción de buena fe suele ser contemplada desde tres perspectivas distintas: en primer lugar, aquella que mira el interior de la persona y, por ende, toma en cuenta la convicción con la que ésta actúa en determinadas situaciones; en segundo lugar, como una regla de conducta, es decir como la exigencia de comportarse en el tráfico jurídico con rectitud y lealtad; y, finalmente, como un criterio de interpretación de los contratos” (Sentencia del 2 de febrero de 2005, Exp. 1997-9124 02). Tema revalidado en sentencia del 9 de agosto de 2007, Exp. 00254.01.

Síguese, entonces, que actuar de buena fe impone la observancia irrestricta de unas reglas de proceder conforme a la rectitud, honestidad, probidad y, contrariamente, asumir prácticas distintas a lo éticamente establecido en un momento y lugar determinado por cada grupo social, es desconocer tal principio.”

Recordando más adelante:

“Sobre los aspectos valorados en precedencia, huelga memorar la siguiente sentencia emitida por la Corte:

“3. Ahora, cuando las partes realizan una regulación específica de los intereses involucrados en sus esferas dispositivas (negocio jurídico), con apego a la reglamentación normativa vigente, propician, paralelamente, que la ley les brinde el reconocimiento y convalidación de la voluntad declarada, en los términos por los que hayan optado los mismos contratantes. Pero ese posicionamiento les impone, colateralmente, la observancia irrestricta de reglas de conducta que involucran conceptos ligados a la lealtad y buena fe, tanto para sí como para con aquellos que de una u otra forma resultan afectados (Art. 1603 ibidem)”.

“La buena fe implica que las personas, cuando acuden a concretar sus negocios, deben honrar sus obligaciones y, en general, asumir para con los demás una conducta leal y plegada a los mandatos de corrección socialmente exigibles”.

“El acatamiento de dichos principios implica para el contratante el sentimiento de proceder como lo hace cualquier ser humano digno de

confianza, que honra su palabra, que actúa conforme a las buenas costumbres, que respeta a sus semejantes, que responde con honestidad sus compromisos, aviniéndose, incondicionalmente, a reconocer a sus congéneres lo que les corresponde. Obrar dentro de esos parámetros es prohiar conductas que han sido erigidas como referentes sociales de comportamientos apropiados. Obrar de buena fe es proceder con la rectitud debida, con el respeto esperado, es la actitud correcta y desprovista de elementos de engaño, de fraude o aprovechamiento de debilidades ajenas. Inclusive, bueno es destacarlo, desarrollo de estos parámetros es la regla que impide reclamar amparo a partir de la negligencia o descuido propios: ‘Nemo auditur propriam turpitudinem allegans’”.

“En cabal realización de estas premisas, las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o qué duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada “Teoría de los Actos Propios”.

“Aparece, entonces, que asumir posiciones diversas y contradictorias respecto de los mismos aspectos fácticos y los mismos intereses económicos, puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante” (Sent. Cas. Civil. del 9 de agosto de 2007, Exp. 00254.01). Es esa descripción, por regla, la que delinea el contexto de la teoría de los actos propios.”. (Subraya la Sala).

Postulados que irradian claridad a la hora de evaluar controversias como las que en esta oportunidad se someten a decisión jurisdiccional.

6. Se prosigue entonces con el estudio de la pretensión 6ª subsidiaria en la que se persigue se condene a Fiduciaria Central como vocera del Fideicomiso Fiducentral SMIII-9, o en su defecto como vocera del Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre, o en su defecto como vocera del Fideicomiso Hotel Embajada cumpla obligación contenida en la cláusula 5ª, en concordancia con la cláusula 18ª, en concordancia con el literal c) de la cláusula 1ª de la segunda parte de las condiciones generales del contrato de promesa de venta de Derechos fiduciarios del proyecto Capital Towers Hotel Embajada y proceda a transferirle a la demandante Palma Garzón el derecho real de dominio de 1/5 parte sobre los

inmuebles que corresponden a las 261 suites correspondientes a la parte del inmueble denominado Hotel A.

6.1. La cláusula 5ª de la escritura 3254 de 1997 en el que se consignan las obligaciones y facultades de la Fiduciaria entre las cuales se anotó que “... formalizará, en la medida en que ellas se ajusten a las condiciones de oferta, las promesas de venta y las escrituras de enajenación de las unidades inmuebles privadas que EL FIDEICOMITENTE construya en desarrollo del proyecto a su cargo, cada vez que este lo solicite y sin que pueda oponerse LA FIDUCIARIA a dicha petición, ...”

6.2. En la cláusula 18ª de la misma escritura 3254 de 1997 se consignó el límite de las obligaciones de la Fiduciaria señalando que estas eran de medio y no de resultado y conforme a ellas “su función se limita a conservar la propiedad de los bienes fideicomitidos, administrar los recursos y transferir las unidades privadas resultantes del proyecto conforme a lo estipulado en este instrumento”.

6.3. El literal c) de la cláusula 1ª de la segunda parte de las condiciones generales del contrato de promesa de venta, refiere a la obligación del prometiende vendedor de enajenar a la prometiende compradora las cuotas o derechos fiduciarios que le conferirían a ésta “A prorrata de su respectiva participación, los siguientes derechos y facultades básicas: ... c) A participar, en proporción al porcentaje que sus derechos de participación representen en la totalidad de los derechos que conforman la parte del patrimonio autónomo inherente a la propiedad y explotación económica del HOTEL EMBAJADA, en la comunidad sobre la propiedad de la respectiva unidad inmueble cuando, por cualquier causa legal o convencional, deba liquidarse el patrimonio autónomo FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII- 9 en cabeza de FIDUCIARIA CENTRAL SA.”

6.4. La aspiración procesal formulada en esta pretensión tampoco tiene vocación de prosperidad, como quiera que lo que adquirió la señora Marlene Palma, se reitera, fueron derechos fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del Hotel Embajada y no el derecho de dominio de alguna unidad privada. Por otro lado, siguiendo las reglas contractuales que invoca la actora en esta pretensión es claro que la Fiduciaria debía transferir las unidades privadas a quien el fideicomitente le indicara, condición que en este caso no se ha verificado, pues Luis F. Correa y Asociados S.A. quien detentaba tal calidad no solicitó que le transfirieran el dominio de una unidad privada o cuota parte en

alguna de ellas a la señora Palma Garzón, pues el objeto del contrato prometido y más tarde perfeccionado fue la transferencia de derechos fiduciarios, y no lo que aquí se busca.

7. En la siguiente pretensión subsidiaria, la 7ª, planteó la nulidad de los contratos de “Fiducia Mercantil Irrevocable” contenidos en las escrituras públicas # 3254 y 3255 del 4 noviembre de 2011 en las que el objeto de ambos contratos es idéntico, “se trata de un objeto ilícito porque contraviene al derecho público de la nación”.

7.1. Para emprender el análisis, preciso es clarificar en qué consiste el contrato de fiducia. El artículo 1226 del Código de Comercio, señala sobre la fiducia mercantil que:

“es un negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o mas bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario.

Una persona puede ser al mismo tiempo fiduciante y beneficiario.

Solo los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria, podrán tener la calidad de fiduciarios.”

El negocio fiduciario, se caracteriza por ser un acto de confianza en virtud del cual una persona entrega a otra uno o más bienes determinados, transfiriéndole o no la propiedad de los mismos, con el propósito de que ésta cumpla con ellos una finalidad específica, ya sea en beneficio del fideicomitente o de un tercero llamado beneficiario, negocio que incluye la fiducia mercantil y los encargos fiduciarios, al igual que los negocios denominados de fiducia pública y los encargos fiduciarios públicos de que tratan la Ley 80 de 1993 y disposiciones complementarias.

Cuando hay transferencia de la propiedad de los bienes se está ante la denominada fiducia mercantil regulada en el artículo 1226 y siguientes del Código de Comercio, si no hay transferencia de la propiedad, por regla general se está ante un encargo fiduciario y aplican a éstos las disposiciones que regulan el contrato de fiducia mercantil y, subsidiariamente, las disposiciones del Estatuto Mercantil en relación con el contrato de mandato en los términos señalados en el numeral 1º del artículo 146 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En algunos contratos del encargo fiduciario, la entrega de bienes a la fiduciaria no es esencial. Dichos bienes incluso, pueden ser adquiridos

por la fiduciaria posteriormente en desarrollo de su encargo.

La sociedad fiduciaria nunca adquiere la propiedad absoluta de los bienes recibidos a título de fiducia.

Frente a la constitución de la fiducia el artículo 1228 *idem*, dispone: “La fiducia constituida entre vivos deberá constar en escritura pública registrada según la naturaleza de los bienes. La constituida mortis causa, deberá serlo por testamento”.

Los deberes del fiduciario, que son indelegables, además de los previstos en el acto de constitución, se contemplan en el artículo 1234 *eiusdem*, tópico sobre el que la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado:

“5. En ese sentido, “el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o estar expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes”; y cuanto más las puede ejercer si el respectivo contrato en el que participa con ocasión de ser fiduciario, debe celebrarlo porque así se impone en el acto de constitución de la fiducia, lo que implica llevar la personería para ese efecto.

Mas para que así ocurra y no entre el fiduciario a responder por el acto propio, es menester que la condición de tal la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, desde luego que si no obra de ese modo puede llegar a comprometer su patrimonio personal; es a él, entonces, a quien en la realización de los actos que le competen como fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa, precisamente para traducir en concreto el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición y de estos entre sí, como dispone el artículo 1233 del Código de Comercio (...)

En cuanto a la participación fiduciaria, la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera de Colombia en su numeral 5.5 del capítulo I, título II de la Parte 2 señala que los negocios fiduciarios por medio de los cuales se

comercializan participaciones fiduciarias son aquellos “...en virtud de los cuales una persona natural o jurídica, mediante la transferencia de la propiedad a una sociedad fiduciaria, de uno o más bienes determinados, prevé la comercialización de participaciones fiduciarias en un fideicomiso, las cuales otorgan a los inversionistas el derecho a participar de los resultados económicos derivados del cumplimiento de una finalidad específica, sin que implique la propiedad del bien objeto del proyecto y, sin perjuicio, del ofrecimiento de beneficios adicionales.”

Por regla general, este tipo de negocio se compone por las fases de estructuración, desarrollo del proyecto y operación de la actividad vinculada a la finalidad del negocio fiduciario que para el caso en estudio es la operación hotelera.

Intervienen en este tipo de actos: i) Los fideicomitentes o constituyentes del negocio, ii) La sociedad fiduciaria, iii) Los partícipes y/o inversionistas, y iv) Los operadores del negocio.

7.2. En el *sub lite*, se observa que a través de la primera de las escrituras atacadas, la #3254 de 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de esta ciudad, se celebró el contrato de fiducia mercantil irrevocable en el que participaron: como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central en calidad de vocera del patrimonio autónomo “Fiducial Fideicomiso SMIII-9” como tradente, y Fiduciaria Central en su condición de vocera del patrimonio autónomo “Fideicomiso Hotel Embajada” como adquirente⁵; consignándose el objeto del negocio así: “la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL EMBAJADA, ...”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA” (Folios 62-147 cuaderno 1).

Y mediante la escritura pública #3.255 otorgada ese mismo día en la misma oficina notarial, se celebró el contrato de fiducia mercantil irrevocable donde participaron: como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “Fiducial Fideicomiso SMIII-9” como tradente, y Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre” como adquirente⁶, señalándose como objeto del negocio: “la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación

económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL WYNDHAM SALITRE, ...”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE” (Folios 319 -464 del cuaderno 1).

En ambos se incluyó la definición de “5. DERECHO DE PARTICIPACION FIDUCIARIA”, como “la cuota o parte en que se entiende dividido el PATRIMONIO AUTONOMO y respecto de la cual debe existir una relación con un determinado BENEFICIARIO.”; y se dijo más adelante que son “7. ...BENEFICIARIOS del presente contrato de Fiducia Mercantil las personas titulares de los correspondientes DERECHOS DE PARTICIPACIÓN FIDUCIARIA que hayan sido o sean designadas como tales por LOS FIDEICOMITENTES en cumplimiento de lo acordado entre dichas personas y éstos. Igualmente podrán ser BENEFICIARIOS las personas que celebren, en calidad de cesionarios, los contratos de cesión de derechos y obligaciones con los BENEFICIARIOS ya designados. La condición de BENEFICIARIO dará derecho a participar, en la proporción que corresponda al respectivo derecho fiduciario, tanto en las utilidades, excedentes o rendimientos que arroje y se liquiden por razón de la explotación económica del HOTEL EMBAJADA y las gestiones fiduciarias, como en la transferencia del derecho de dominio de los bienes que conformen EL FIDEICOMISO deba hacerse a título de restitución, una vez termine el presente contrato de fiducia o la explotación económica del hotel embajada según el caso.”

7.3. Ahora bien, indiscutible es que conforme a las pautas de nuestro Código Civil para que una persona se obligue a otra por acto o contrato se requiere que éste, a más de reunir otros requisitos, recaiga sobre el objeto lícito (artículo 1502, numeral 3º). Si el objeto es ilícito, el contrato generador de la obligación es absolutamente nulo, como con toda claridad lo pregonan los artículos 1740 y 1741; adicionalmente el artículo 1519 del mismo estatuto establece que: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación”.

Pese a la imputación que hizo el demandante, no surge con nitidez cual es el sustento de la nulidad así invocada, pues los cimientos fácticos en que se erigió la pretensión 7ª subsidiaria (folio 489 del cuaderno 1), inexplicablemente los mezcló con los que soportan también la pretensión 8ª subsidiaria, y de los 47 hechos con sus correspondientes subdivisiones, indistintamente alude al incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria, a la ausencia de facultad legal de

Fiduciaria Central, al desconocimiento por ésta de los elementos esenciales del contrato de fiducia, la ocurrencia de causa de extinción del negocio fiduciario, la incursión en conflictos de interés, la discusión sobre la titularidad del dominio de las unidades privadas del proyecto Capital Tower, cuestionó que se hayan confundido “empresa”, “establecimientos de comercio” y “cosas corporales de naturaleza inmueble”, asimilando a un solo bien los 261 inmuebles del establecimiento de comercio Hotel Wyndham Salitre; y que se desconocieron los artículos 1226, 1233 del Código de Comercio porque Luis F. Correa y Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López no tenían facultad legal para actuar como fiduciantes o fideicomitentes, por tanto no podían transferir los 251 y 261 inmuebles a los patrimonios autónomos Fideicomiso Hotel Embajada y Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre respectivamente, ni para afectar o gravar los dichos patrimonios para la explotación económica de los establecimientos de comercio Hotel Embajada y Hotel Wyndham Salitre, y el verdadero propósito era dar el uso y goce de los bienes inmuebles de dichos patrimonios, totalmente gratis a Diplomat Hotels S.A., con lo que se contravienen los numerales 4,6 y 7 del artículo 1234 *ibídem*; y no está cumpliendo ninguna finalidad o provecho para los beneficiarios.

Ningún supuesto fáctico señala el porqué los contratos en cuestión tienen un objeto ilícito, ni en qué forma se contraviene el derecho público de la Nación. La interminable lista de reproches podría estructurar otra clase de acciones, pero no configuran un objeto ilícito; sin que la explotación económica de un establecimiento de comercio en la modalidad *hotel*, califique como tal, por el contrario es una actividad legalmente permitida; los bienes transferidos para conformar el patrimonio autónomo se hallaban en el comercio sin restricción alguna y de origen lícito (en contrario no se alegó ni probó), y en el negocio estructurado los dineros ‘captados’ lo fueron como contraprestación (precio) del derecho o participación fiduciaria que adquirieron los beneficiarios, entre ellos, los derechos de los que es titular la señora Palma Garzón como beneficiaria.

Dentro del precedente marco jurídico y fáctico, no se avizora que los contratos de fiducia mercantil cuestionados hayan recaído en objeto ilícito, como que se ajustaron a los elementos esenciales del específico negocio jurídico.

8. La pretensión 8ª subsidiaria encaminada a que se declare la extinción, conclusión o terminación de los contratos fiduciarios contenidos en las escrituras públicas Nos. 3254 del 4 de junio de 1997 de la Notaría 1ª de Bogotá, 3254 y 3255 ambas del 4 de noviembre

de 2011 y de la Notaría 42 de Bogotá; se fundó de manera contradictoria en que “*el objeto o finalidad determinada por el constituyente*” se cumplió; y en que la entidad fiduciaria incumplió sus obligaciones.

8.1. La terminación de un contrato de fiducia mercantil, por las causales legales o contractuales determinadas en el ordenamiento jurídico o por las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad, comporta necesariamente la extinción del patrimonio autónomo, bajo el entendido que el uno es consecuencia del otro, por tal motivo pertinente es examinar las causales de terminación de los contratos de fiducia mercantil.

El artículo 1240 del Código de Comercio, consagra las siguientes causales de extinción o terminación del contrato de fiducia, sin consideración a aquellas causales que las partes en el ejercicio de su liberalidad pudieran pactar:

“ARTÍCULO 1240. <CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL NEGOCIO FIDUCIARIO>. Son causas de extinción del negocio fiduciario, además de las establecidas en el Código Civil para el fideicomiso, las siguientes:

- 1) Por haberse realizado plenamente sus fines;*
- 2) Por la imposibilidad absoluta de realizarlos;*
- 3) Por expiración del plazo o por haber transcurrido el término máximo señalado por la ley;*
- 4) Por el cumplimiento de la condición resolutoria a la cual esté sometido;*
- 5) Por hacerse imposible, o no cumplirse dentro del término señalado, la condición suspensiva de cuyo acaecimiento pende la existencia de la fiducia;*
- 6) Por la muerte del fiduciante o del beneficiario, cuando tal suceso haya sido señalado en el acto constitutivo como causa de extinción;*
- 7) Por disolución de la entidad fiduciaria;*
- 8) Por acción de los acreedores anteriores al negocio fiduciario;*
- 9) Por la declaración de la nulidad del acto constitutivo;*
- 10) por mutuo acuerdo del fiduciante y del beneficiario, sin perjuicio de los derechos del fiduciario, y*
- 11) Por revocación del fiduciante, cuando expresamente se haya reservado ese derecho.”*

Para el caso en estudio atendiendo el sustento de la pretensión subsidiaria 8ª y sus derivadas, interesa la causal contenida en el numeral 1º “*por realizarse plenamente sus fines*”, que se desprende del contenido de los hechos 353 y 354 de la demanda; a los que por los demandados Luis F. Correa y Asociados, Andrés Fernando Correa López, Fideicomiso

SMIII9, en sus respectivos libelos se contestó: “*353. Es cierto.- 354 Es cierto, El negocio fiduciario una vez concluido por cumplimiento de su objeto pasó a su estado de liquidación*”, y aclaró que los inmuebles que estaban en venta -locales comerciales y oficinas- fueron vendidos y a la fecha de contestación sólo faltaba por transferir la propiedad de una oficina.

8.2. En este orden debe recordarse que un contrato de fiducia se constituye para crear un patrimonio autónomo que ha de cumplir un propósito determinado, y una vez se satisface con la finalidad contemplada en el acto constitutivo termina el negocio fiduciario; en otras palabras termina normalmente al satisfacer su objeto y la función económica del negocio jurídico de fiducia mercantil de administración.

Ocurrida alguna de las causales previstas en la norma, termina el contrato de fiducia y debe procederse a la liquidación del patrimonio autónomo. Para tales efectos aun cuando el Código de Comercio no lo precisa, a pesar de que se haya cumplido el plazo o la condición que determina la extinción del contrato de fiducia, la entidad fiduciaria conserva la facultad de representación y vocería del patrimonio autónomo a que haya lugar para llevar a cabo la liquidación efectiva del mismo, tal y como sucede en las sociedades cuando entran en estado de disolución y se liquidan (Cárdenas Mejía, 2014, pág. 86).

8.3. Ahora, la aquí demandante pide que se declare la extinción, conclusión o terminación de los siguientes negocios fiduciarios:

8.3.1. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE contenido en la escritura pública No. 3254 del 4 de junio de 1997 de la Notaría 1 de Bogotá, mediante la cual se celebró contrato de fiducia mercantil inmobiliaria y se constituyó el patrimonio autónomo “*FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”, (folios 175-214 cuaderno 1).

Negocio que celebraron Luis F. Correa y Asociados S.A., como fideicomitente y beneficiario del fideicomitente; Fiduciaria Central S.A. “*Fiducentral SA-Fideicomiso Ciudad Salitre-*” como fiduciaria, a través del cual el primero transfirió a la segunda a título de fiducia mercantil irrevocable el derecho de dominio sobre el lote denominado Supermanzana Tres Nueve (SMIII-9) del diseño urbanístico de Ciudad Salitre, distinguido con matrícula No. 050-1456210 con el que se formó el patrimonio autónomo denominado “*FIDEICOMISO FIDUCENTRAL SMIII-9*”, afecto “*a la planeación, estudio, diseño, construcción y desarrollo en el lote descrito en la cláusula*

segunda, a la promoción y ventas en general, a la ejecución de un PROYECTO INMOBILIARIO ESPECIFICO destinado a ACTIVIDAD MULTIPLE al que las partes han convenido en denominar SMIII-9 PROPIEDAD HORIZONTAL...”

8.3.2. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE celebrado en la escritura pública No. 3254 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, en la cual se constituyó el patrimonio autónomo “FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA”, afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio del mismo nombre (folios 62-147 cuaderno 1).

Negocio en el que participaron como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “Fiducial Fideicomiso SMIII-9” como tradente, y Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “Fideicomiso Hotel Embajada” como adquirente; consignándose el objeto del negocio así: “la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL EMBAJADA, ...”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA”.

8.3.3. CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE contenido en la escritura pública No. 3255 del 4 de noviembre de 2011 de la Notaría 42 de Bogotá, mediante la cual se constituyó el patrimonio autónomo “FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE” (folios 320-464 cuaderno 1).

Negocio de fiducia mercantil irrevocable donde participaron: como fideicomitentes, Luis F. Correa & Asociados S.A. y Andrés Fernando Correa López; Fiduciaria Central S.A. como Fiduciaria; Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “Fiducial Fideicomiso SMIII-9” como tradente, y Fiduciaria Central como vocera del patrimonio autónomo “Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre” como adquirente, señalándose como objeto del negocio: “la constitución de un patrimonio autónomo afecto a la explotación económica del establecimiento de comercio denominado HOTEL WYNDHAM SALITRE, ...”, y que según la cláusula séptima se constituyó así el “Patrimonio Autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL WYNDHAM SALITRE”.

8.4. En los dos últimos instrumentos se incluyó la definición de “DERECHO DE PARTICIPACION FIDUCIARIA”, como “la

cuota o parte en que se entiende dividido el PATRIMONIO AUTONOMO y respecto de la cual debe existir una relación con un determinado BENEFICIARIO.”, y se dijo quienes tenían la condición de beneficiarios como en párrafo precedente se transcribió - numeral 7.2. (folio 64 vuelto cuaderno 1; cláusula Primera, definiciones numeral 7.).

Y si como *ut supra* se explicó, el contrato de promesa de compraventa celebrado entre Luis F. Correa y Asociados S.A. y la señora Marlene Palma Garzón, recayó y se perfeccionó respecto de los “Derechos Fiduciarios inherentes a la propiedad y operación económica del HOTEL EMBAJADA” vinculados a la MINISUITE 245 E; refulge la ausencia de legitimación para deprecar la extinción, conclusión o terminación, del contrato de fiducia atinente al Hotel Wyndham Salitre, en el cual la aquí demandante no ostenta derecho alguno.

8.5. Ahora bien, en la definición 14 de la cláusula 1ª de la escritura 3254 de 2011 se indicó: “14. TRADENTE: Es el patrimonio autónomo denominado FIDUCIAL FIDEICOMISO SMIII-9 cuyo vocero y administrador fiduciario es igualmente FIDUCIARIA CENTRAL S.A., actual titular inscrito del derecho de dominio de los inmuebles que se aportan en este mismo instrumento público, por cuenta de LOS FIDUCIANTES, para la conformación del patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO HOTEL EMBAJADA.- EL TRADENTE no adquiere la calidad de parte dentro del presente contrato de fiducia, ni se obliga de manera alguna dentro del mismo, porque aporta al FIDEICOMISO los inmuebles que se relacionan al final de este contrato por cuenta de LOS FIDEICOMITENTES y siguiendo instrucciones expresas de los mismos.” (Se subraya).

Claro quedó que son patrimonios autónomos distintos, cuyos bienes y derechos son separados, aunque la vocera y administradora fuera la misma entidad fiduciaria.

Ergo, también carece de legitimación la demandante para pedir la extinción del “FIDEICOMISO FIDUCIAL SMIII-9”, cuando no fue parte en su celebración, como tampoco adquirió y por ende, no es beneficiaria ni titular de derechos fiduciarios en él.

8.6. En la escritura 3254 de 2011 al constituirse el fideicomiso Hotel Embajada, es cierto que, conforme a la cláusula 8ª “INSTRUCCIONES”, la Fiduciaria como vocera de ese patrimonio autónomo, entre otras cargas asumió la de “18. Liquidar el FIDEICOMISO de manera anticipada en el evento que no sea posible explotar

económicamente el HOTEL EMBAJADA o cuando la Asamblea General de Beneficiarios así lo decida.”; asimismo se obligó a “19. Transferir a cada uno de los BENEFICIARIOS los inmuebles fideicomitidos, es decir el HOTEL EMBAJADA, en el evento en el que se liquide el presente FIDEICOMISO o así lo decida la Asamblea General de Beneficiarios, teniendo en cuenta para el efecto la participación de cada BENEFICIARIO dentro del FIDEICOMISO” ; correlativamente los beneficiarios tendrán derecho, entre otros, “A recibir a prorrata de su participación y a la liquidación del FIDEICOMISO que se haga como consecuencia de la terminación del presente contrato de fiducia por cualquier causa, la restitución de los bienes objeto del negocio fiduciario”.

No obstante ello, no aparecen demostradas causales para que se procediera a la liquidación pues, de un lado se ha venido cumpliendo el objeto del patrimonio autónomo que, se insiste, fue constituido para la explotación económica del establecimiento de comercio denominado Hotel Embajada; la Fiduciaria, como vocera y administradora del respectivo fideicomiso ha venido ejerciendo sus funciones, invertido los recursos y entregado a los beneficiarios mensualmente las rentas derivadas de la explotación del hotel en proporción a su respectiva participación y no se ha demostrado que la Asamblea General de Beneficiarios haya dispuesto la liquidación.

De otro lado, véase como en la cláusula 27ª de la escritura pública #3254 de 4 de noviembre de 2011, a través de la cual se constituyó el Fideicomiso Hotel Embajada, se consignaron las reglas contractuales para la terminación, advirtiéndose que además de las causales previstas en el artículo 1240 del Código de Comercio el contrato de fiducia mercantil terminaría sí en su ejecución sobrevinieren circunstancias que impidan su cabal cumplimiento, tales como el incumplimiento de la obligación de atender los gastos del fideicomiso o por incumplimiento de los fideicomitentes y beneficiarios en la actualización de la información de acuerdo a las normas del sistema de prevención del lavado de activos y financiación del terrorismo; y en las cláusulas siguientes 28ª y 29ª se establecieron las reglas para la liquidación del fideicomiso previendo las respectivas pautas que habrá de seguir la fiduciaria para ello. Sin que en el trámite de este proceso judicial aparezca demostrado la ocurrencia de alguno de esos motivos para la extinción del contrato; por el contrario, surge indiscutido que se ha venido ejecutando el contrato fiduciario respondiendo al objeto del mismo.

Las intrincadas elucubraciones de la demandante al exponer los hechos soporte de

la pretensión que en este numeral se estudia, aluden a que al haberse construido el proyecto inmobiliario específico destinado a actividad múltiple denominado por las partes SMIII- 9 que dio como resultado el conjunto de uso comercial Capital Towers Propiedad Horizontal tuvo ocurrencia la causa de extinción del negocio fiduciario por haberse realizado plenamente sus fines y en consecuencia debía la Fiduciaria proceder a la liquidación del patrimonio autónomo Fideicomiso Fiducial SMIII-9; sin embargo en criterio del actor la Fiduciaria incumplió con sus deberes al hacer la transferencia a título de fiducia mercantil del patrimonio autónomo Fiducial Fideicomiso SMIII-9 al patrimonio autónomo Fideicomiso Hotel Embajada y al Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre; y al permitir que Luis F. Correa y Asociados y Andrés Correa López actuaran en estos dos últimos contratos como fiduciantes o fideicomitentes cuando ellos no eran dueños de las unidades privadas resultantes del complejo Capital Towers; al incurrir en confusión de los conceptos legales de empresa ,establecimiento de comercio, cosas corporales de naturaleza inmueble, confundiendo los bienes del Fideicomiso Hotel Embajada con los del Fideicomiso Hotel Wyndham Salitre; y culminó diciendo que como la Fiduciaria entregó de manera gratuita el uso y goce de los inmuebles de esos fideicomisos a favor de Diplomat Hotels SA, y/o Diplomat Embajada y/o Diplomat Wyndham Bogotá, los beneficiarios no reciben ninguna clase de utilidades o rendimientos, por tanto la fiducia a que se refieren las escrituras públicas #3254 y #3255 de 4 de noviembre de 2011 se deben extinguir por la imposibilidad absoluta de realizar los fines para los cuales fueron constituidos dichos contratos de fiducia mercantil y además por la declaración de la nulidad del acto constitutivo y por el incumplimiento gravemente culposo atribuible a la Fiduciaria Central.

En cuanto a la alegada imposibilidad de cumplir con su objeto el Fideicomiso Hotel Embajada, bien pronto emerge su desatino, pues se reitera su objeto se fijó para “*la explotación económica del establecimiento de comercio HOTEL EMBAJADA*”, de la cual se han entregado rendimientos a los BENEFICIARIOS, en proporción a la respectiva participación de cada uno, entre ellos a la señora Marlene Palma Garzón, como ella misma lo admitió ha recibido rendimientos y participado en las Asambleas lo cual se corrobora de la documental arrojada (folios 848-850, 1012-1014).

Tampoco se configura la causal del numeral 9º del artículo 1240 del Estatuto Mercantil, pues como se concluyó en el numeral precedente (7) el acto de constitución del Fideicomiso Hotel

Embajada no tiene vicio que implique su nulidad.

En lo concerniente al incumplimiento de la Fiduciaria Central, además de no haber sido planteada pretensión para su declaratoria, no está contemplado como motivo de extinción o terminación de los contratos de fiducia mercantil.

Por último, no resulta superfluo señalar que de la extinción o terminación de los contratos de fiducia atacados no se sigue lo perseguido por la demandante en cuanto reclama se le transfiera el “*equivalente a una quinta (1/5) parte, sobre los inmuebles*” que corresponden al Hotel A o las que conforman el Hotel B, habida cuenta que, como ya se ha explicado, el objeto del negocio por ella celebrado no recayó sobre el derecho de dominio de bienes

inmuebles, sino de un derecho fiduciario equivalente al 0.074627% en el Fideicomiso Hotel Embajada. Adicionalmente, distinto a las intrincadas elucubraciones plasmadas en la *causa petendi*, la demandante no aportó elemento de juicio que acredite los señalamientos que hizo, no satisfizo la carga probatoria que en ella gravitaba y que no puede tenerse por honrada con sus meras afirmaciones pues tal privilegio a nadie le es concedido.

9. Corolario de lo así discurrido, por los motivos aquí explicados, las pretensiones de la demandante no podían recibir decisión favorable; conclusión a la que si bien lacónicamente llegó el *a quo*, no logró ser derruida con los argumentos del censor; de allí que la sentencia impugnada se confirmará y al recurrente vencido se le condenará en costas

**CONTRATO DE FIDUCIA – RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103015201000692 01.**

Tesis: Por tanto, al estar la suscripción de garantías dentro de sus deberes previa instrucción del fideicomitente y promotor del proyecto, no se le puede atribuir a Alianza Fiduciaria desatención de sus obligaciones, como tampoco haber obrado en exceso o desbordamiento en sus atribuciones máxime si se tiene en cuenta que las obligaciones garantizadas no eran sólo las previamente adquiridas sino las que en el futuro se contrajeran por, entre otros, el Proyecto Sunset S.A.

ANTECEDENTES

1. Los señores María Tettamanti, Paolo Lucca y Claudio Danilo Giacomazzi, en su calidad de Beneficiarios o Fideicomisarios del contrato de la Fiducia Mercantil “*Fideicomiso Sunset*”, mediante apoderado formularon demanda contra: Alianza Fiduciaria S.A., como vocera y administradora del patrimonio autónomo fideicomiso Sunset; Vukonic Ltda., miembro de la Unión Temporal Poseidon del Caribe y propietaria del establecimiento de comercio Unión Temporal del mismo nombre; Alejandro Olier Caparroso E.U., deudora en el contrato de hipoteca, miembro de la Unión Temporal Poseidon del Caribe y propietaria del establecimiento de comercio Unión Temporal del mismo; Proyecto Sunset S.A., quien actúa como deudora en el contrato de hipoteca; y Meltec S.A., quien actúa en calidad de acreedor en el contrato de hipoteca.

La acción se encaminó a que (i) se decretara la nulidad del contrato de hipoteca constituido a favor de Meltec SA mediante escritura 1714 de 2010 corrida en la Notaría 1ª de Cartagena y su consiguiente cancelación en los folios de los bienes gravados. En subsidio de esta pretensión, se pidió se decretara la inoponibilidad del aludido contrato de hipoteca; (ii) en consecuencia, por el incumplimiento de Alianza Fiduciaria se le condenará al pago de los perjuicios causados a

los demandantes.

Posteriormente se reformó la demanda quedando las pretensiones así:

1.1. Declarar que Alianza Fiduciaria S.A., excedió el límite de sus atribuciones concedidas en el contrato de fiducia y en la ley, al constituir una garantía hipotecaria por obligaciones que no se contrajeron para el cumplimiento de la finalidad perseguida con el fideicomiso; hipoteca contenida en la escritura pública No. 1714 del 8 de junio de 2010, de la Notaría 1ª de Cartagena.

1.2. Declarar que Alianza Fiduciaria S.A., en su calidad de vocera y administradora del Fideicomiso Sunset no dio cumplimiento a la carta de instrucciones No. 00065, enviada por el Fideicomiso Promotor del Proyecto y Beneficiario a Alianza Fiduciaria S.A., entregada el 6 de diciembre de 2007.

1.3. Declarar que Alianza Fiduciaria S.A. incumplió el contrato de fiducia mercantil celebrado entre Alianza Fiduciaria S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso Sunset y Alejandro Olier Caparroso E.U., como promotor del proyecto *Sunset Condominio de Playa* a desarrollar bajo el Fideicomiso Sunset, contrato del cual los demandantes son beneficiarios reconocidos por la demandada.

1.4. Condenar a Alianza Fiduciaria S.A., a cancelar a los demandantes todos los perjuicios causados: Morales por la angustia y estrés, al punto que le causó un preinfarto a Claudio Giacomazzi; así como la pérdida de credibilidad en el sector de las construcciones y de inversiones, y que considera superan los \$500'000.000.00. Materiales concretados en los rendimientos que hubiera producido su inversión durante el tiempo que mantuvo hipotecados los bienes fideicomiso que garantizan su inversión, los cuales aplicando una tasa del 1.8% liquidados desde el 9 de junio de 2010 hasta cuando se canceló, esto es, el 22 de noviembre de 2011, (1 año, 5 meses, 13 días) los cuales estima en \$300'000.000.00.

1.5. Condenar en costas a la parte demandada.

ANÁLISIS DE LA SALA

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; definida como ha quedado la recusación planteada respecto de la Magistrada Sustanciadora.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los aspectos sustentados por el apelante, 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. Para responder los argumentos del impugnante y definir así el recurso, importa memorar preliminarmente 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 (como antes lo hacía el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil) indica: *“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” tópico 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 denunciarse 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.”

3.1. En el caso examinado no se aprecia conculcado el requisito de congruencia, pues basta observar que la sentencia se refiere a los hechos y pretensiones vertidos en la reforma de la demanda, con la cual se fijaron los límites de la decisión; situación analizada en las pruebas legal y oportunamente adosadas al proceso y tomando en consideración las circunstancias acaecidas en su desarrollo, como lo fue el contrato de transacción.

La crítica planteada por el censor como sustento de este reparo hace relación es con la valoración probatoria y la definición del problema jurídico, y desde esa perspectiva se examinará más adelante.

4. Antes de pasar al análisis de la relación negocial, es preciso descartar el estudio del insinuado abuso de posición dominante que se planteó al ampliar los reparos frente a la sentencia de primer grado, como quiera que tal argumento no fue pilar en el que se fundó la demanda, mal puede entonces el actor en este estadio procesal introducir una modificación a su pretensión; permitirlo, sí sería un atentado al principio de congruencia y una afrenta al derecho de defensa y contradicción de la demandada.

5. Bien, en contexto lo que persiguen los demandantes es que se declare el incumplimiento de los compromisos contractuales y legales por parte de la demandada, desatención que les causó un daño que debe ser reparado. La controversia entonces se ubica en la responsabilidad derivada de un contrato.

Abordaremos la solución empezando por recordar que en nuestro ordenamiento, el régimen de responsabilidad admite dos tipos, el de naturaleza contractual y la extracontractual, fundadas comúnmente en el principio general de reparación según el que *“todo aquel que cause daño a otro, es obligado a indemnizarlo”* [artículo 2343 del Código Civil]. Interesa en este caso, la primera de las especies referidas, la cual supone la presencia y comprobación plena de los elementos que doctrinaria y jurisprudencialmente⁴, se han tenido para tal efecto, como son: (i) la existencia de un vínculo jurídico válido y concreto de la naturaleza indicada entre quien como demandante reclama por la inapropiada conducta frente a la ejecución de un convenio y aquél que, señalado como demandado, es la persona a quien dicha conducta se le imputa (existencia de un contrato⁵); (ii) que esta última consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa de una prestación emergente de la obligación contraída la que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante de la ameritada relación (incumplimiento culpable) y, en fin, (iii) que el daño cuya reparación económica se exige consista, básicamente, en la injusta privación de una ventaja a la cual el demandante habría tenido derecho (daño), justamente por mediar la relación negocial de marras mencionada (relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño).

En cuanto a la responsabilidad civil contractual aquí discutida ha dicho recientemente la Corte Suprema de Justicia:

“Sobre la aludida temática, la Corte en sentencia CSJ SC 9 mar. 2001, rad. 5659, sostuvo lo siguiente:

(...) Trátase aquí, según puede establecerse, de un proceso de responsabilidad civil contractual, razón por la cual el acogimiento de la acción depende de la demostración, en primer término, de la celebración por las partes del contrato a que se refiere la misma y, en segundo lugar, de los elementos que son propios a aquella, a saber: el incumplimiento de la convención por la persona a quien se demanda; la producción para el actor de un daño cierto y real; y, finalmente, que entre uno y otro de tales elementos medie un nexo de causalidad, es decir, que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia directa de la conducta anticontractual reprochada al demandado.

(...)Sobre el particular tiene dicho esta Sala de la Corte: ‘El contrato legalmente celebrado vincula a las partes y las obliga a ejecutar las prestaciones convenidas, de modo que si una de ellas incumple las obligaciones que se impuso, faculta a la otra para demandar bien que se le cumpla, que se le resuelva el contrato o el pago de los perjuicios que se le hayan causado por el incumplimiento, pretendiendo éstos últimos ya de manera principal (arts. 1610 y 1612 del C.C.) o ya de manera accesoria o consecencial (arts. 1546 y 1818 del C.C.), los que se encaminan a proporcionar a la parte cumplida una satisfacción pecuniaria de los daños ocasionados’. (Sent. de 14 de marzo de 1996, Exp. No. 4738, G.J. CCXL, pág. 407) (se subrayó).”

6. En el *sub lite*, indiscutida es la existencia de la relación contractual entre las partes: un contrato de fiducia mercantil, en el que la demandada fungió como Fiduciaria y del que los demandantes recibieron por cesión de Alejandro Olier Caparoso EU (original beneficiario) porcentajes de beneficio, asumiendo así la calidad de beneficiarios: María Tettamanti 3.375%, Paolo Lucca 2.250% y Claudio Danilo Giacomazzi 5.375% (folios 57 y 101 cuaderno 1)

7. En lo que atañe al segundo presupuesto, **que la conducta del demandado consista en la inejecución o en la ejecución retardada o defectuosa** de una prestación emergente de la obligación contraída la que por mandato de la ley o por disposición convencional es parte integrante de la ameritada relación (incumplimiento culpable) preciso es examinar si la ley o el contrato impusieron a la demandada la obligación que dice la actora no fue honrada.

8. El artículo 1226 del Código de Comercio, indica que *“la fiducia mercantil es un negocio*

jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamado fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”.

En lo atinente a los deberes del fiduciario, el artículo 1234 del estatuto que se viene citando, dispone:

“Son deberes indelegables del fiduciario, además de los previstos en el acto constitutivo, los siguientes:

1) Realizar diligentemente todos los actos necesarios para la consecución de la finalidad de la fiducia;

2) Mantener los bienes objeto de la fiducia separados de los suyos y de los que correspondan a otros negocios fiduciarios;

3) Invertir los bienes provenientes del negocio fiduciario en la forma y con los requisitos previstos en el acto constitutivo, salvo que se le haya permitido obrar del modo que más conveniente le parezca;

4) llevar la personería para la protección y defensa de los bienes fideicomitidos contra actos de terceros, del beneficiario y aún del mismo constituyente;

5) Pedir instrucciones al Superintendente Bancario cuando tenga fundadas dudas acerca de la naturaleza y alcance de sus obligaciones o deba apartarse de las autorizaciones contenidas en el acto constitutivo, cuando así lo exijan las circunstancias. En estos casos el Superintendente citará previamente al fiduciante y al beneficiario;

6) Procurar el mayor rendimiento de los bienes objeto del negocio fiduciario, para lo cual todo acto de disposición que realice será siempre oneroso y con fines lucrativos, salvo determinación contraria del acto constitutivo;

7) Transferir los bienes a la persona a quien corresponda conforme al acto constitutivo o a la ley, una vez concluido el negocio fiduciario, y

8) Rendir cuentas comprobadas de su gestión al beneficiario cada seis meses”.

8.1. Frente a los deberes del fiduciario la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

“(…)

5. En ese sentido, “el fiduciario goza de todas las facultades necesarias para llevar a buen fin el encargo salvo aquellas que se hubiese reservado el fiduciante o que le fuesen prohibidas por mandato legal. Pero, de no existir la restricción o estar expresamente facultado para ello, si adquiere obligaciones con terceros en el proceso de ejecutar el encargo, lo lógico es que tales obligaciones queden directamente respaldadas por los

bienes fideicomitidos, sin perjuicio de la responsabilidad que los interesados pudieren deducirle más tarde al fiduciario en caso de extralimitación de funciones o de la adopción de conductas censurables, a las cuales pudiera imputarse el incumplimiento de las obligaciones y las consecuencias negativas sobre los bienes”; y cuanto más las puede ejercer si el respectivo contrato en el que participa con ocasión de ser fiduciario, debe celebrarlo porque así se le impone en el acto de constitución de la fiducia, lo que implica llevar la personería para ese efecto.

Mas para que así ocurra y no entre el fiduciario a responder por el acto propio, es menester que la condición de tal la haga conocer de los terceros con quienes entra en relación para cumplir la finalidad propuesta con la fiducia, desde luego que si no obra de ese modo puede llegar a comprometer su patrimonio personal; es a él, entonces, a quien en la realización de los actos que le competen como fiduciario le corresponde revelar la condición en que actúa, precisamente para traducir en concreto el deber legal de mantener separado el patrimonio propio de los demás que autónomamente quedan a su disposición y de estos entre sí, como dispone el artículo 1233 del Código de Comercio (...)

9. Además, se dijo expresamente en las cláusulas 4ª y 6ª del contrato de fiducia mercantil Fideicomiso Sunset, que los bienes del fideicomiso no forman parte del patrimonio de la fiduciaria “y sólo podrán garantizar obligaciones contraídas en cumplimiento de la finalidad perseguida con este contrato” (folios 27-46 cuaderno 1)

Deberes que la demandante dice desatendió Alianza Fiduciaria, al seguir la instrucción del promotor del proyecto Sunset y gravar los bienes fideicomitidos con hipoteca para garantizar obligaciones ajenas, compromisos de otro proyecto del mismo promotor: Poseidón del Caribe.

10. En efecto, con la escritura 1714 de 8 de junio de 2010 de la Notaría 1ª de Cartagena, Alianza Fiduciaria como vocera del patrimonio autónomo Fideicomiso Sunset constituyó hipoteca sobre los predios de éste (lotes ubicados en la carrera 9ª #35-02/141/190 corregimiento de la Boquilla) para garantizar al acreedor Meltec S.A. “todas las obligaciones que por cualquier concepto tiene o llegare a tener la UNION TEMPORAL POSEIDON DEL CARIBE S.A., ALEJANDRO OLIER CAPARROSO E.U. y PROYECTOS SUNSET S.A. hasta la suma de CINCO MIL CUATROSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$5.464.759.739,00)”.

cláusula 5ª, (folios 3-6 cuaderno 1). Veamos entonces, si al realizar ese acto la fiduciaria desatendió sus compromisos contractuales.

El objeto del contrato de fiducia mercantil Fideicomiso Sunset fue consignado en la cláusula 2ª, señalando que *“Consiste en que ALIANZA como vocero y administrador del Fideicomiso que por este contrato se constituye: (...). 2) Permita a EL PROMOTOR desarrollar por su cuenta y riesgo, y bajo su exclusiva responsabilidad financiera y administrativa, un proyecto de urbanización y construcción, denominado EL PROYECTO, cuando el PROMOTOR cumpla con las obligaciones de estructurar técnica, financiera y legalmente el proyecto inmobiliario y logre “CONDICIONES DE INICIO” necesarias para iniciar su construcción”*.

Más adelante, en la cláusula 10ª se plasmaron las obligaciones de Alianza Fiduciaria, *“Para el desarrollo del objeto del presente Fideicomiso”* indicando que la fiduciaria *“seguirá las siguientes instrucciones que en el presente contrato le imparta EL PROMOTOR”*, relacionando en el numeral 16 la de: *“Suscribir los documentos de crédito necesarios para la consecución de recurso destinados a la ejecución del Proyecto, así como las garantías hipotecarias, reales y en general las que exijan las entidades financieras para tal efecto”*.

En la cláusula 11ª el promotor del proyecto, Alejandro Olier Caparroso EU, se obligó a *“1. Asumir por su cuenta y riesgo la responsabilidad por el desarrollo de EL PROYECTO y suscribir los contratos necesarios para el desarrollo y culminación de EL PROYECTO, sin comprometer la responsabilidad de ALIANZA.- 2. Impartir a ALIANZA, las autorizaciones necesarias para constituir garantías reales sobre los bienes que conforman el Patrimonio Autónomo, que respalden obligaciones de éste, para suscribir los títulos valores a que haya lugar.”*

Conforme a lo anterior, se tiene que dentro del contrato de fiducia mercantil se otorgó al promotor total autonomía técnica, financiera y administrativa para desarrollar un proyecto inmobiliario. Disponiendo expresamente que la entidad fiduciaria debía seguir todas las instrucciones que le impartiera el promotor a fin de poder desarrollar el objeto del Fideicomiso.

Es así que el 8 de junio de 2010, se suscribió la escritura pública No. 1714 en la Notaría 1ª de Cartagena, por medio de la constituye hipoteca abierta sobre tres predios, identificados con las matrículas inmobiliarias No. 060-234163, 060-232851 y 060-232876.

Acto en el cual actuaron: MELTEC S.A. como acreedor. ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora del Fideicomiso Sunset e Hipotecante. Alejandro Ruben Olier Caparroso en representación de la Unión Temporal Poseidon del Caribe S.A., Proyectos Sunset S.A. y Alejandro Olier Caparroso E.U., en su calidad de deudores, indicándose en la cláusula 1ª: *“[L]A PARTE HIPOTECANTE por medio de la presente escritura pública, constituye hipoteca de primer grado abierta, según instrucción emitida por el fideicomitente ALEJANDRO OLIER CAPARROSO E.U., EL DIA 27 DE FEBRERO DE 2010 y radicada en ALIANZA FIDUCIARIA S.A. EL 15 DE MARZO DE 2010...”*.

Gravamen hipotecario que tuvo por objeto según lo plasmado en la cláusula 5ª, *“...garantizar al ACREEDOR todas la obligaciones que por cualquier concepto tiene o llegare a tener la UNION TEMPORAL POSEIDON DEL CARIBE S.A., ALEJANDRO OLIER CAPARROSSO E.U. y PROYECTOS SUNSET S.A., hasta la suma de CINCO MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS TREINTA Y NUEVE PESOS (\$5.464.759.739.00)...”*.

En orden de ideas, no cabe duda que en el contrato de fiducia mercantil suscrito entre Alejandro Olier Caparroso E.U., en calidad de fideicomitente y Alianza Fiduciaria S.A., en calidad de fiduciario, el primero se reservó el derecho de emitir instrucciones a la segunda para que obrara de conformidad a lo que le solicitara, siendo que el primero contaba con plena autonomía para desarrollar el proyecto por su cuenta y riesgo y bajo su exclusiva responsabilidad financiera y administrativa. Por tanto, al estar la suscripción de garantías dentro de sus deberes previa instrucción del fideicomitente y promotor del proyecto, no se le puede atribuir a Alianza Fiduciaria desatención de sus obligaciones, como tampoco haber obrado en exceso o desbordamiento en sus atribuciones máxime si se tiene en cuenta que las obligaciones garantizadas no eran sólo las previamente adquiridas sino las que en el futuro se contrajeran por, entre otros, el Proyecto Sunset S.A.

11. Por otro lado, se endilga a Alianza Fiduciaria la desatención de la instrucción 000665 impartida por el promotor el *“06/12/2007”* y según la cual en el evento en que el proyecto Sunset no alcanzare el punto de equilibrio transcurridos 12 meses desde su lanzamiento, se procedería a la venta de los inmuebles y con su producto se haría el pago de: (i) la hipoteca de los lotes que incrementaron el Fideicomiso Sunset, (ii) las comisiones fiduciarias; (iii) retorno del capital

de los inversionistas beneficiarios del proyecto en proporción a la inversión realizada y según el orden allí descrito (folios 52-56 cuaderno 1). En lo que a esta imputación concierne debe decirse que, tal instrucción no acató lo convenido en la cláusula 23ª del contrato de fiducia mercantil, según la cual éste terminaría por: “3) *Haberse presentado la solicitud escrita, auténtica ante notario, en el sentido de pedirse la terminación del contrato, dirigida a ALIANZA, por EL PROMOTOR DEL PROYECTO y los BENEFICIARIOS*”; pero el documento presentado fue sólo suscrito por el representante legal del promotor fideicomitente Alejandro Olier Caparroso EU. Sólo terminado el contrato, procedería la liquidación del Fideicomiso por la Fiduciaria, según las reglas detalladas en la cláusula 10ª numeral 19 y particularmente en la cláusula 25ª.

Adicionalmente, en la cláusula 26ª se pactó: “*CLAUSULA VIGESIMA SEXTA. IRREVOCABILIDAD: El presente contrato es IRREVOCABLE a favor de LOS BENEFICIARIOS registrados en ALIANZA. En consecuencia, no podrá darse por terminado ni modificarse total o parcialmente, ni en sus transferencias, ni en su objeto o instrucciones sin ser previamente consultado y autorizado por LA FIDUCIARIA, en protección a los derechos del PATRIMONIO AUTÓNOMO, de la FIDUCIARIA, de terceros y de LOS BENEFICIARIOS*”.

No obstante la deficiencia de la mentada instrucción, con la experticia practicada se acreditó que la fiduciaria sí puso a la venta los predios⁹, paso indispensable y previo al pago de acreencias, devolución de dineros a inversionistas y liquidación del contrato. Descartándose de esta manera el incumplimiento que por este aspecto se imputó a la demandada.

Sea el momento para anotar que tardía es la censura al dictámen pericial frente al cual los aquí recurrentes tuvieron oportunidad de ejercer su derecho de contradicción.

12. Por otro lado, no puede soslayarse la evaluación de la conducta asumida por las partes en el desarrollo del proceso, por el contrario ésta siempre debe ser calificada como lo indica el artículo 280 de la ley procesal civil vigente; y atenderse las circunstancias sobrevinientes en el curso del proceso, pues como lo advierte el artículo 281: “*En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita*

considerarlo de oficio.”

Lo anterior resulta de pertinente aplicación, como quiera que incluso antes de notificarse a los demandados del auto admisorio de la primigenia demanda, los aquí demandantes celebraron contrato de transacción *parcial* con Alianza Fiduciaria S.A., vocera y administradora del Fideicomiso Sunset, Meltec S.A., Alejandro Olier Caparroso E.U., Proyectos Sunset SA y Vukonic Ltda., expresión de voluntades que fue aprobada por el *a quo* mediante providencia del 18 de enero de 2012 (folios 186-254 cuaderno 1)

En este punto, debe destacarse que en el contrato de transacción entre otras precisiones o antecedentes se hizo la siguiente: “...7) *El día dos (2) de septiembre de 2011, se firmó en la Notaría Primera de Cartagena, escritura pública respecto de los bienes citados del fideicomiso SUNSET, la cual fue suscrita por ARISTIVAL S. EN C., CLAUDIO DANILO GIACOMAZZI, MARIA TETTAMANTI, PAOLO LUCCA, PROYECTOS SUNSET S.A. y V3 INGENIEROS Sunset; por otro lado ARISTIVAL S EN C, ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera y administradora del FIDEICOMISO BOLSA DEL CARIBE, y RAFAEL HERRERA MARIN, en calidad de beneficiarios del fideicomiso Sunset II; ALEJANDRO OLIER CAPARROSO E.U. en calidad de Promotor del Proyecto de los fideicomisos Sunset y Sunset II, ALBERT WILSON SCHUR, WILLIAM ANTHONY SCHUR y ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora de los Fideicomisos SUNSET Y SUNSET II., y en la cual se llevaron a cabo lo siguientes actos: a) Cancelación de Hipoteca por parte de MELTEC S.A. b) Englobe c) Cancelación de Comodato. d) Compraventa. e) Dación en pago. f) Terminación y liquidación de los Fideicomisos Sunset y Sunset II*”.

Finalmente, el acuerdo se concretó en la obligación de los aquí demandantes de solicitar la cancelación de las medidas cautelares dispuestas en este proceso, desistir de la pretensión de nulidad del contrato de hipoteca constituida a favor de Meltec S.A. en la escritura 1714 de 2010 ante la Notaría 1ª de Cartagena, sin costas para ninguna de las partes; así mismo se pactó:

“*TERCERO : Las partes firmantes, esto es ALIANZA FIDUCIARIA S.A., como vocera y administradora de los FIDEICOMISOS SUNSET MELTEC S.A., ALEJANDRO OLIER CAPARROSO E.U. PROYECTOS SUNSET S.A., CLAUDIO DANILO GIACOMAZZI, MARIA TETTAMANTI Y PAOLO LUCCA, se declaran a paz y salvo en las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato de fiducia mercantil contentivo del*

FIDEICOMISO SUNSET suscrito mediante documento privado de fecha 12 de julio de 2001[sic], salvo la pretensión que tiene **CLAUDIO DANILO GIACOMAZZI, MARIA TETTAMANTI Y PAOLO LUCCA** en relación con los presuntos perjuicios ocasionados por Alianza Fiduciaria al grabar [sic] los inmuebles antes indicados con hipoteca, reservándose en todo caso los señores **CLAUDIO DANILO GIACOMAZZI, MARIA TETTAMANTI Y PAOLO** el derecho a continuar el proceso civil ordinario indicado en el numeral quinto de los antecedentes de este contrato de transacción, respecto al resto de pretensiones, contra Alianza Fiduciaria”. (Destaca la Sala)

Frente al contenido de lo acordado debe anotarse que salta de bulto una contradicción, pues resulta carente de sindéresis que los intervinientes en el contrato de transacción, entre ellos los aquí demandantes, se declaren “a paz y salvo en las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato de fiducia mercantil contentivo del FIDEICOMISO SENSUT”, y luego se demande a Alianza Fiduciaria S.A., para que se declare que incumplió sus obligaciones al desbordar las facultades concedidas en el contrato de fiducia y en la ley, y que no dio cumplimiento a la carta de instrucción “No. 00065” [sic], como se deprecó en las pretensiones 1, 2 y 3 del libelo reformado de la demanda (folio 329 del cuaderno 1).

Es cierto que la transacción fue parcial, y ella no comprendió “la pretensión que tiene **CLAUDIO DANILO GIACOMAZZI, MARIA TETTAMANTI Y PAOLO LUCCA** en relación con los presuntos perjuicios ocasionados por Alianza Fiduciaria al grabar los inmuebles antes indicados con hipoteca”, convenio que

finalmente fue aprobado en ese sentido con efectos de cosa juzgada como lo establece el artículo 2483 del Código Civil. Sin embargo, la petición de perjuicios no resulta autónoma, pues deben tener una causa que los genere y en éste caso se hizo depender del endilgado incumplimiento de las obligaciones de la fiduciaria por las que en la transacción se le declaró a paz y salvo.

13. En lo atañedor a la acreditación del daño y el nexo causal, tema examinado por la juez de primer grado, ninguna referencia concreta se hizo por el apelante; no obstante ello, la Sala debe reiterar que cuando de reparación de perjuicios se trata, quien judicialmente lo ruega debe demostrar la lesión que dice padeció así como también debe probar que ese detrimento se generó consecuencia inmediata o directa del incumplimiento contractual.

Además, el daño por el cual se deprecia indemnización debe ser cierto y no simplemente eventual o hipotético, (artículo 1613 del Código Civil), y su cuantía debe ser igual a la pérdida o perjuicio que el acreedor experimenta, debiendo existir entre éste y el incumplimiento una relación de causalidad.

En este asunto, no hay prueba de la efectiva causación de los perjuicios que pidieron los demandantes les fueran reconocidos e indemnizados.

14. Ante el escenario así examinado los argumentos del apelante carecen de la contundencia para enervar la decisión cuestionada, por ende se confirmará la sentencia de primer grado y se impondrá condena en costas de esta instancia a la parte actora, al tenor del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

PROCESO EJECUTIVO – CARTA DE INST UCCIONES
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103018201700556 02

Tesis: Y si bien es cierto el pagaré 50010053240 se otorgó con antelación, el “20/10/2015”, no lo es menos que el 31 de marzo de 2017 sus otorgantes suscribieron “OTROSÍ” en cuyo encabezamiento se lee: “VALOR \$1,233,115,879.00 Cifras: MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO QUINCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE.”, en el que modificaron el título valor en punto de señalar que las cuotas de amortización a capital fijadas para el 20 de enero y 20 de febrero de 2017, y los intereses corrientes causados del 20 de diciembre de 2016 al 20 de febrero de 2017 serían pagaderos el 20 de marzo de 2017. De ello se desprende, que los deudores reconocían la existencia de la obligación con posterioridad a la operación de leasing con la que en esta causa vinieron a decir se había solucionado totalmente.

Como lo informó la apoderada de la actora a ese crédito se hicieron varios pagos, reduciéndose su importe a \$93'114.715,00 (monto por el que se llenó el pagaré y se reclamó la orden de pago); relación de abonos que se aprecia a folios 59-60, siendo verificado el último el 26 de diciembre de 2016.

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.

ANTECEDENTES

1. El Banco de Colombia S.A., BANCOLOMBIA S.A. NIT 890903938-8, instauró demanda ejecutiva en contra de P&Z Servicios Ltda. y Carlos Alberto Martínez Palomo, en la que pidió se libraré mandamiento de pago a cargo de estos y a favor de la entidad bancaria, por las siguientes sumas y conceptos:

1.1. \$998'4233.062,00, por concepto de capital contenido en el pagaré No. 310104249, junto con los intereses de mora causados desde el 10 de febrero de 2017, a la tasa máxima legalmente permitida.

1.2. El equivalente a USD\$152,946, correspondiente al capital representado en el pagaré No. 990000146293001, más los réditos moratorios generados desde el 16 de marzo de 2017, a la tasa máxima legalmente permitida.

1.3. \$93'114.715,00, por el capital insoluto incorporado en el pagaré No. 50010053240, así como por los intereses moratorios desde el 20 de marzo de 2017, liquidados a la tasa más alta autorizada.

1.4. \$50'539.686,00, capital insoluto del pagaré No. 310105942, y por los réditos de mora calculados desde el 11 de abril de 2017, a la tasa máxima autorizada.

2. Como sustento fáctico del *petitum*, se expuso, en síntesis:

2.1. Carlos Alberto Martínez Palomo, como persona natural y en representación de P&Z Servicios Ltda., otorgó el pagaré No. 310104249 el 13 de febrero de 2012 por la suma de \$998'423.062.

2.2. Al día del vencimiento, el 10 de febrero de 2017, los deudores no realizaron ningún pago.

2.3. Carlos Alberto Martínez Palomo, como persona natural y en representación de P&Z Servicios Ltda., otorgó el pagaré No. 990000146293001 el 13 de enero de 2014 por USD\$152.946.

2.4. A la fecha de vencimiento, el 16 de marzo de 2017, los deudores no solucionaron la obligación.

2.5. Carlos Alberto Martínez Palomo, como persona natural y en representación de P&Z Servicios Ltda., otorgó el pagaré No. 50010053240 el 20 de octubre de 2015 por la suma de \$93'114.715.

2.6. Mediante otro sí al pagaré No. 50010053240 se modificó la fecha de cumplimiento de la obligación, pactándose para el 20 de marzo de 2017.

2.7. Al día del vencimiento, no se hizo el pago.

2.8. Carlos Alberto Martínez Palomo, como persona natural y en representación de P&Z Servicios Ltda., otorgó el pagaré No. 310105942 el 11 de febrero de 2016 por \$50'539.686.

2.9. Llegada la calenda de vencimiento, el 11 de abril de 2017, no se honró la deuda.

2.10. El Banco de Colombia S.A.- Bancolombia S.A, endosó en procuración los mencionados pagarés a la abogada para su cobro judicial.

3. Subsanada la demanda, el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá en proveído del 22 de enero de 2018 -corregido en autos de 30 de enero y 6 de febrero del mismo anuario1- libró orden de pago en la forma que consideró legal y ordenó la notificación a la parte demandada.

4. A través de apoderado constituido para el efecto, la sociedad demandada fue notificada personalmente el 13 de marzo de 2019.

Oportunamente presentó escrito en el que, sin referirse a los hechos de la demanda, formuló las excepciones de mérito que denominó: "PAGO DE LA OBLIGACION", "AUSENCIA DE CARTA DE INSTRUCCIONES PARA DILIGENCIAR LA FECHA DE VENCIMIENTO DE LOS PAGARES No. 310105942, 310104249 y 990000146293001" e "INDEBIDO DILIGENCIAMIENTO DEL PAGARE NO. 990000146293001".

5. En auto del 28 de mayo de 2019, se tuvo al demandado Martínez Palomo notificado por aviso, quien no ejerció su derecho de defensa.

6. Enseguida se abrió el trámite a pruebas, decretando las solicitadas por las partes y las que de oficio consideró la juez, y convocó a los extremos del litigio a la audiencia establecida en los artículos 372 y 373 de la ley adjetiva civil vigente.

7. En el acto público programado, dada la carencia de ánimo conciliatorio, se dio curso a la etapa instructiva en la que las partes absolvieron interrogatorio; enseguida se presentaron las conclusiones de cierre y, por último, se profirió sentencia que declaró no probadas las excepciones propuestas, dispuso seguir con la ejecución, ordenó la práctica de la liquidación del crédito y el remate, previo avalúo, de los bienes cautelados, así mismo condenó en costas a la parte demandada.

ANÁLISIS DE LA SALA

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 el demandado contra la sentencia que expidió el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, el 20 de noviembre de 2019.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente sobre los reproches del censor, 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. Para dilucidar las censuras presentadas, preliminarmente se abordará el tema de la ausencia de carta de instrucciones para completar los espacios dejados en blanco en los pagarés 310105942, 310104249 y 990000146293001:

3.1. El artículo 619 del Estatuto Mercantil, señala que *“Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación, y de tradición o representativos de mercancías.”* Desde el punto de vista material, el título valor es un documento escrito, siempre firmado (unilateralmente) por el deudor; es además, un papel que contiene diversas menciones.

Adicionalmente, se define al título valor como un derecho en beneficio de una persona. El derecho *incorporado* en el documento, nace con la creación de éste. Tiene una trascendencia en la actividad económica en general y en los negocios mercantiles en particular, de ahí que el desarrollo de la economía de un país, interesa que el título como valor en sí mismo, pueda entrar en circulación económica como los demás bienes.

Ahora bien, quien suscribe un título valor se obliga a una prestación frente al tenedor del título y no subordina esa obligación a ninguna aceptación, ni a ninguna contraprestación.

3.2. El artículo 622 del mismo compendio consagra la posibilidad de extender títulos valores en blanco o con espacios en blanco, que pueden ser completados por su tenedor legítimo *“...conforme a las instrucciones del suscriptor que los haya dejado, antes de presentar el título para el ejercicio del derecho que en él se incorpora.”*

Cuando el título fue extendido en blanco o dejando espacios en blanco, y el tenedor procedió a llenarlos para ejercer los derechos

en él incorporados, nos hallamos de cara a un título valor de los llamados incompletos, los cuales autoriza la propia ley, es más, permite que sean creados con la sola firma del obligado. Lo que no tolera es que al momento de ejercerse el derecho sigan incompletos, y cumple al tenedor legítimo completarlo previamente. Así las cosas, es evidente que la simple circunstancia de haberse dejado espacios en blanco, no refleja mayor incidencia, si es que al ejercitarse el derecho cambiario se llenaron.

El girador u otorgante de un título valor que deja en él espacios en blanco, admite desde un comienzo, por ese solo hecho, que sean luego llenados, por cuanto sabe a ciencia cierta que el derecho incorporado no se puede ejercer ostentando el título esos espacios en blanco; conoce de antemano que el título, por lo mismo, será llenado en cualquier momento y en todo caso antes del ejercicio de la acción cambiaria. Desde luego que todo ello comporta un altísimo riesgo, y de ahí las numerosas dificultades que la experiencia enseña, las más veces porque surge controversia en saberse con exactitud cuáles fueron las precisas autorizaciones que reclama la ley. Nadie pone en duda entonces el sumo interés que ha de poner el girador para conjurar el riesgo que tal cosa entraña.

El tenedor, claro está, no puede sino llenarlo con apego estricto a las instrucciones impartidas.

Lo evidente es que el supuesto analizado no se concibe sino con la existencia de unas autorizaciones que obviamente provienen del suscriptor que decide, pese a todo, dejar espacios en blanco.

De modo que cuando excepciona aduciendo que no fue llenado conforme a la autorización suya, está en el ineludible deber de demostrarlo, no sólo porque es esa la regla general en la que se encuadra cualquier excepcionante (recuérdese que el que excepciona funge de actor para esos efectos) sino por lo enantes explicado. Y no es válido oponer como valladar el criterio de que se trata de una negociación indefinida, habida consideración que ésta no es tal cuando apenas si ostenta esa connotación desde el punto de vista de su construcción gramatical; y cuando se dice que esa no fue autorización suya, se está afirmando el hecho contrario, cual es el de que la autorización fue otra, que sí es posible probar.

“Ahora, si una vez presentado un título valor, conforme a los requisitos mínimos de orden formal señalados en el Código de Comercio para cada especie, el deudor invoca una de las hipótesis previstas en la norma mencionada le

incumbe doble carga probatoria: en primer lugar, establecer que realmente fue firmado con espacios en blanco; y, en segundo, evidenciar que se llenó de manera distinta al pacto convenido con el tenedor del título.

Lo anterior aflora nítido si se tiene en cuenta, conforme a principios elementales de derecho probatorio, que dentro del concepto genérico de defensa el demandado puede formular excepciones de fondo, que no consisten simplemente en negar los hechos afirmados por el actor, sino en la invocación de otros supuestos de hecho impeditivos o extintivos del derecho reclamado por el demandante; de suerte que al ejercer este medio de defensa surge diáfano que el primero expone un hecho nuevo tendiente a extinguir o impedir los efectos jurídicos que persigue este último, enervando la pretensión.

En torno a este preciso punto, la Corte ha señalado: “[l]a defensa en sentido estricto estriba en la negación del derecho alegado por el demandante. Y la excepción comprende cualquier defensa de fondo que no consista en la simple negación del hecho afirmado por el actor, sino en contraponerle otro hecho impeditivo o extintivo que excluya los efectos jurídicos del primero y por lo mismo, la acción. (...) De consiguiente, la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción” (Sentencias de Casación Civil de 31 de julio de 1945, G.J. t. LX pág. 406; 9 de abril de 1969, G.J. t. CXXX pág. 16, y 25 de enero de 2008, entre otras).

En concordancia con lo que se viene diciendo, tocante con la carga de la prueba, ha de verse cómo el artículo 1757 del Código Civil prevé que “[i]ncumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”, a la vez que el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil pregona que “[i]ncumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, normas de las cuales se deduce con facilidad que corresponde demostrar los hechos a quien los alegue, para así poder obtener los efectos derivados de los mismos. En consecuencia, deviene palmario que es de cargo de las partes probar a cabalidad la existencia de sus obligaciones o su extinción, cuando así lo invoquen como supuestos de su acción o excepción, y ello, valga repetirlo, no es más que una aplicación del principio de la carga de la prueba en orden al cual le compete al sujeto procesal que reclama unos hechos forzosamente evidenciarlos, si aspira deducir algún beneficio a su favor.

De ahí que sobre el particular, haya enfatizado la Corte que “es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho o de donde nace la

excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida, o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones” (G. J. t. LXI, pág. 63).

En igual sentido la Corte Constitucional acerca del tema ha entendido que “si el deudor opta por hacer oponibles asuntos propios del negocio subyacente, le corresponderá probar (i) las características particulares del mismo; y (ii) las consecuencias jurídicas que, en razón de su grado de importancia, tienen el estatus suficiente para afectar el carácter autónomo y la exigibilidad propia del derecho de crédito incorporado en un título valor. (...) Así, toda la carga de la prueba se impone exclusivamente al deudor, al ejecutado que propone la excepción” (Sentencia T-310/09 de 30 de abril de 2009).”

Por último, se recalca que el sólo hecho de dejarse el espacio en blanco hace suponer que alguna autorización hubo; de lo contrario no se explica cómo pudo suscribirse un título valor si no es para que tenga vida así sea eventual o condicional.

En este orden de ideas, es legalmente posible suscribir títulos valores en blanco, correspondiendo a su tenedor legítimo llenarlo previamente a ejercer la acción cambiaria; proceder que en manera alguna es censurable, ni puede ser calificado como engañoso o torticero, como tampoco constituye una falsedad; alcances diversos tiene el hecho de que sea completado el cartular desatendiendo las instrucciones impartidas. Al respecto, el precedente jurisprudencial ha enseñado:

“la inobservancia de las instrucciones impartidas para llenar los espacios en blanco dejados en un título valor no acarrea inexorablemente la nulidad o ineficacia del instrumento, toda vez que de llegar a establecerse que tales autorizaciones no fueron estrictamente acatadas, la solución que se impone es ajustar el documento a los términos verdadera y originalmente convenidos entre el suscriptor y el tenedor, como, verbigracia, reduciendo el importe de la obligación cartular al valor acordado o acomodando su exigibilidad a la fecha realmente estipulada”

Así mismo, la Corte Constitucional haciendo remembranza de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de 8 de septiembre y 3 de octubre de 2005 y 30 de junio de 2009 concluyó:

“Para esta Sala de Revisión las razones que tuvieron los jueces constitucionales para conceder el amparo son válidas, por cuanto: (i) la carta de instrucciones no es

imprescindible, ya que puede haber instrucciones verbales, o posteriores al acto de creación del título o, incluso implícitas, y, (ii) la ausencia de instrucciones o la discrepancia entre éstas y la manera como se llenó el título valor, no necesariamente le quitan mérito ejecutivo al mismo, sino que impone la necesidad de adecuarlo a lo que efectivamente las partes acordaron.”

3.3. Siguiendo los precedentes derroteros y aplicados al caso concreto, sin duda los reproches del apelante resultan infundados.

3.3.1. En primer lugar, es evidente e incuestionable que la parte ejecutada otorgó los pagarés 310105942, 310104249 y 990000146293001 que sirven de base al recaudo, títulos valores extendidos con espacios en blanco, que fueron llenados por el beneficiario y tenedor legítimo de los mismos, cuya autenticidad no fue puesta en entredicho.

3.3.2. En segundo lugar, como lo ha enseñado la línea jurisprudencial la carga de probar la “inexistencia” de instrucciones y/o el indebido diligenciamiento de los espacios dejados para completar, gravita en el demandado, carga que no se satisface con la vaga y solitaria afirmación del deudor diciendo que no impartió instrucciones o que se desconocieron las que dejó, pues a nadie le ha sido otorgado el privilegio de demostrar con su mera versión: *“a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”* razón por la cual no puede tenerse como prueba lo que las partes declaran en su favor, todo a partir del deber que se impone sobre aquellas de adjudicarse la obligación de probar.

No basta extender un manto de duda edificado en las vagas y simples afirmaciones del excepcionante, para enervar la literalidad del título valor, ni para derrumbar la decisión judicial adoptada con base en las pruebas legal y oportunamente arriadas.

3.3.3. En tercer lugar, la parte demandante allegó al plenario las estipulaciones que en ejercicio de la autonomía contractual aceptaron la entidad bancaria y los demandados con las que se regularían la multiplicidad de contratos y productos que los vinculan.

(i) Así, se adosó el Reglamento adicional al contrato de cuenta corriente para créditos de tesorería y financiaciones corto plazo en

moneda extranjera con código de barras y número 990000146293001, identificación que corresponde al pagaré que, con el mismo número, obra a folio 21; reglamento que en su cláusula 4ª dice: *“EL USUARIO podrá hacer uso simultáneo de varios créditos de los aquí regulados, los cuales se regirán en todos sus aspectos por lo establecido en el presente reglamento. No obstante lo anterior, en el evento de que alguno de ellos se encuentre vencido, este hecho producirá la aceleración del plazo de los que se encuentren vigentes, pudiendo el Banco exigir la totalidad de los créditos adeudados, más los intereses”*, por ende, decae la alegación según la cual en el citado pagaré el banco no podía reunir los 4 préstamos que en moneda extranjera le habían concedido.

Además, en la cláusula 11ª se consignaron de manera detallada las instrucciones para llenar el comentado pagaré.

(ii) Se arrió también el Reglamento para crédito preferente que se identifica con el código de barras *“L0000000830018569002001”* y el *“NRO. SOLICITUD 000000000042971837”*, datos que coinciden exactamente con los que aparecen en el pagaré 310104249; y que en su cláusula 3ª consigna estipulación similar a la 4ª transcrita en el numeral (i) precedente; y en la cláusula 9ª se registran las instrucciones para llenar los espacios en blanco.

(iii) Igualmente, se anexó el Reglamento para créditos de Tesorería⁷, que como en el anterior las cláusulas 3ª y 9ª regulan la aceleración del plazo y las instrucciones para llenar los espacios en blanco del pagaré firmado.

Reglamentos todos ellos suscritos por el señor Carlos Martínez Palomo, en nombre propio y como representante legal de P&Z Servicios Ltda., cuyo contenido y firmas no fueron cuestionados, por el contrario fueron aceptados por los demandados.

Sin hesitación alguna se concluye que sí se extendieron instrucciones para llenar los espacios en blanco dejados en los pagarés, y conforme a ellas fueron completados; probanza en contra no fue aportada por la parte demandada como era su deber, en todo caso, la ley mercantil no exige forma escrita para las instrucciones, las que aún pueden impartirse verbalmente.

De otro lado, no puede pasarse inadvertido que el demandado Carlos Martínez Palomo no contestó la demanda, ni propuso excepciones, conducta que ha de apreciarse en la forma indicada en el artículo 97 de la ley procesal civil que nos rige y, en esa medida refuerza las anteriores conclusiones.

3.4. En lo concerniente al pago de la obligación vertida en el pagaré 990000146293001, es cierto que la apoderada de la demandante informó que se habían hecho abonos que redujeron la obligación a USD\$3; pero no lo es menos que la misma mandataria posteriormente corrigió dicha información, indicando que el dicho saldo no obedecía a pagos del deudor, sino a haber sido castigada la obligación contablemente.

Por otra parte, la entidad demandada no planteó como defensa la solución o pago de dicha obligación, ni arrió comprobante en tal sentido.

Memórese que cuando de probar el pago de obligaciones, *“la falta de documento o de un principio de prueba por escrito se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, ...”* pregona el artículo 225 de la ley 1564 de 2012, norma que para el presente caso debe examinarse en concordancia con el artículo 624 del Código de Comercio, según el cual *“Si el título es pagado, deberá ser entregado a quien lo pague, salvo que el pago sea parcial o sólo de los derechos accesorios. En estos supuestos, el tenedor anotará el pago parcial en el título y extenderá por separado el recibo correspondiente. En caso de pago parcial el título conservará su eficacia por la parte no pagada”*.

Siendo *“la solución o pago efectivo”*, uno de los modos de extinguir las obligaciones que consiste en *“la prestación de lo que se debe”* (artículos 1625 y 1626 del Código Civil); exhibido el título ejecutivo, en la parte demandada gravitaba la carga de demostrar la satisfacción de la obligación allí incorporada. Empero, ni siquiera lo alegó, menos aún exhibió comprobantes de pago que demuestren que atendió la obligación, al menos parcialmente.

De allí que cobra fuerza no solo el título valor, sino la indicación de la mandataria judicial del actor en cuanto a que la obligación no ha sido pagada, y el reporte suministrado corresponde en su contabilidad a cartera castigada.

Acerca de dicho título valor lo que sí debe la Sala auscultar es su alcance en consideración a que los demandados se obligaron para con la sociedad demandante a pagar la suma de USD\$ 152,946 dólares de los Estados Unidos de Norteamérica. Aquí importa destacar que al formular su defensa la entidad demandada admitió que en enero de 2014 P&Z Servicios Ltda. suscribió 4 pagarés en blanco por 4 préstamos diferentes de: USD 64.056, USD 37.200, USD 53.695 y USD 15.034; deudas que Bancolombia reunió en un solo pagaré que corresponde al que aquí se cobra [folio 86].

Con base en ese pagaré se deprecó auto de apremio en esa suma (152,946) expresada en dólares, y así se expidió la orden de pago, sin indicarse si hay lugar a fijar la tasa de cambio en que se solucionara la obligación, lo que impone oficiosamente esclarecer el tema.

El tópico resulta importante si en cuenta se tiene que fuente de las obligaciones es la autonomía de la voluntad de dos o más partes que convienen las estipulaciones de un negocio jurídico, las que se convierten en ley que los regula (artículos 1494 y 1602 del Código Civil); por lo que el cumplimiento de las prestaciones debe estarse al pacto acordado: *“El pago se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en casos especiales dispongan las leyes”*, artículo 1627 *ídem*.

Por su parte, el artículo 874 del Código de Comercio, consagra que:

“Cuando no se exprese otra cosa, las cantidades que se estipulen en los negocios jurídicos serán en moneda legal colombiana. La moneda nacional que tenga poder liberatorio al momento de hacer el pago se tendrá como equivalente de la pactada, cuando ésta no se halle en circulación al tiempo del pago.

Las obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirán en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible; en caso contrario, se cubrirán en moneda nacional colombiana, conforme a las prescripciones legales vigentes al momento de hacer el pago” (Subraya la Sala).

La Ley 9ª de 1991, en su artículo 28, estableció como regla general, similar a la del Código de Comercio, que *“Las obligaciones que se pacten en monedas o divisas extranjeras se cubrirán en la moneda o divisa estipulada si fuere legalmente posible. En caso contrario, se cubrirán en moneda legal colombiana en los términos que fije la Junta Monetaria mediante normas de carácter general”*.

Siguiendo tales pautas legales, como en este asunto la obligación se pactó en dólares para pagar en dólares y es legalmente posible pagar en esa moneda, el deudor está compelido a pagar en esa divisa, luego no habría razón para reclamar la fijación de una tasa cambio.

Entonces, si bien el juez expidió orden de pago en dólares, lo que no es erróneo, es necesario precisar que, en rigor, no lo fue en aplicación del contenido del artículo 431 del Código Procesal Civil hoy vigente, pues esas normas lo que prevén es que *“(...) Cuando se trate de obligaciones pactadas en moneda extranjera,*

cuyo pago deba realizarse en moneda legal colombiana a la tasa vigente al momento del pago, el juez dictará el mandamiento ejecutivo en la divisa acordada.”, y como ya se advirtió, acá las partes en modo alguno acordaron que el pago se haría en pesos colombianos.

De allí que se imponga a esta Corporación hacer remembranza de la normativa sobre la materia, así:

El Decreto 1735 de 1993, “*Por el cual se dictan normas en materia de cambios internacionales*”, consagró: “**ARTICULO 3. OPERACIONES INTERNAS.** Salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana.”.

Así mismo, la Junta Directiva del Banco de la República, en desarrollo de su poder reglamentario, mediante Resolución Nro. 8 de 2000, “*Por la cual se compendia el régimen de cambios internacionales*” en su artículo 79, estableció:

“**OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA.** Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y **no correspondan a operaciones de cambio** serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta.

(...) “**Parágrafo 1.** Para efectos judiciales que requieran la liquidación en moneda legal colombiana de obligaciones pactadas en moneda extranjera, que correspondan a operaciones de cambio, se aplicará la tasa de cambio representativa del mercado de la fecha de pago...”. (...)

Para establecer si estamos de cara a una obligación debemos acudir al artículo 4° de la ley 9ª de 1991 y el artículo 1° del Decreto 1735 de 1993; el primer precepto regula:

“**ARTÍCULO 4° Operaciones sujetas al régimen cambiario.** El Gobierno Nacional determinará las distintas operaciones de cambio que estarán sujetas a lo previsto en esta Ley, con base en las siguientes categorías:

a) Los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes o derechos en el extranjero realizados por residentes, y los actos, contratos y operaciones de adquisición, tenencia o disposición de bienes o derechos en Colombia por parte de no

residentes.

b) Los actos, contratos y operaciones en virtud de los cuales un residente resulte o pueda resultar acreedor o deudor de un no residente y los actos de disposición sobre los derechos u obligaciones derivados de aquéllos.

c) La tenencia, adquisición o disposición de activos en divisas por parte de residentes o, cuando se trate de no residentes, la tenencia, adquisición o disposición de activos en moneda legal colombiana.

d) Las entradas o salidas del país divisas o moneda legal colombiana y de títulos representativos de las mismas.

e) Los actos en virtud de los cuales se produzca la extinción de obligaciones entre residentes y no residentes.

Los artículos 1° y 2° del Decreto 1735 de 1993, al respecto consagran:

“**Artículo 1o. OPERACIONES DE CAMBIO.** Defínese como operaciones de cambio todas las comprendidas dentro de las categorías señaladas en el artículo 4o. de la Ley 9a. de 1991, y específicamente las siguientes:

1. Importaciones y exportaciones de bienes y servicios;

2. Inversiones de capitales del exterior en el país;

3. Inversiones colombianas en el exterior;

4. Operaciones de endeudamiento externo celebradas por residentes en el país;

5. Todas aquellas que impliquen o puedan implicar pagos o transferencias de moneda extranjera entre residentes y no residentes en el país;

6. Todas las operaciones que efectúen residentes en el país con residentes en el exterior que impliquen la utilización de divisas, tales como depósitos y demás operaciones de carácter financiero en moneda extranjera;

7. Las entradas o salidas del país de moneda legal colombiana y de títulos representativos de la misma, y la compra en el exterior de moneda extranjera con moneda legal colombiana o títulos representativos de la misma;

8. Las operaciones en divisas o títulos representativos de las mismas que realicen el Banco de la República, los intermediarios del mercado cambiario y los demás agentes autorizados, con otros residentes en el país.

Artículo 2o. DEFINICION DE RESIDENTE. Sin perjuicio de lo establecido en tratados internacionales y leyes especiales, para efectos del régimen cambiario se consideran residentes todas las personas naturales que habitan en el territorio nacional. Así mismo se consideran residentes las entidades de derecho público, las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro, que tengan domicilio en Colombia y las sucursales

establecidas en el país de sociedades extranjeras.

Se consideran como no residentes las personas naturales que no habitan dentro del territorio nacional, y las personas jurídicas, incluidas las entidades sin ánimo de lucro que no tengan domicilio dentro del territorio nacional. Tampoco se consideran residentes los extranjeros cuya permanencia en el territorio nacional no exceda de seis meses continuos o discontinuos en un período de doce meses.”

Al aplicar el contenido del sistema de normas que se acaban de citar al pagaré 990000146293001, se tiene que el mismo fue suscrito entre residentes: de un lado, P&Z Servicios Ltda., sociedad colombiana inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, Carlos Martínez Palomo, en representación de ésta y en nombre propio, identificado con cédula de ciudadanía de Chía, como deudores; y, de otro la entidad Bancolombia S.A., sociedad comercial anónima de carácter privado, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia con domicilio en Bogotá; empero la relación comercial que los vincula se califica como operación de cambio, al tenor del numeral 8 del artículo 1º del Decreto 1735 de 1993, por haberse realizado entre un intermediario del mercado cambiario, como lo es la entidad bancaria, con un residente.

Ergo, al tratarse de una operación de cambio debe pagarse en la moneda estipulada, dólares, al ser legalmente posible y no haber convenido las partes su solución de otra manera.

3.5. En lo concerniente al pagaré 50010053240, del que se aduce fue pagado con el desembolso realizado del crédito 195565 que no es objeto de ejecución, y la parte demandante no aportó la imputación de pagos que le fue requerida como prueba.

Para desdeñar tal crítica, ha de verse que el Contrato de Arrendamiento Financiero

Leasing Nro. 195565 fue celebrado entre Bancolombia y P&Z Servicios Ltda., representada por Carlos Martínez Palomo como locatarios el 1 de diciembre de 2016, del que suscribieron otro sí el día 14 de ese mismo mes y año; documentos que aportados por la demandante no fueron desconocidos ni cuestionados por la demandada, folios 143-154.

Y si bien es cierto el pagaré 50010053240 se otorgó con antelación, el “20/10/2015”, no lo es menos que el 31 de marzo de 2017 sus otorgantes suscribieron “OTROSÍ” en cuyo encabezamiento se lee: “VALOR \$1,233,115,879.00 Cifras: MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO QUINCE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS M/CTE.”, en el que modificaron el título valor en punto de señalar que las cuotas de amortización a capital fijadas para el 20 de enero y 20 de febrero de 2017, y los intereses corrientes causados del 20 de diciembre de 2016 al 20 de febrero de 2017 serían pagaderos el 20 de marzo de 2017. De ello se desprende, que los deudores reconocían la existencia de la obligación con posterioridad a la operación de leasing con la que en esta causa vinieron a decir se había solucionado totalmente.

Como lo informó la apoderada de la actora a ese crédito se hicieron varios pagos, reduciéndose su importe a \$93'114.715,00 (monto por el que se llenó el pagaré y se reclamó la orden de pago); relación de abonos que se aprecia a folios 59-60, siendo verificado el último el 26 de diciembre de 2016.

4. 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.

**CONTRATO DE SUMINISTRO
MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA
RADICADO: 110013103033200700587 03**

Tesis: Así pues, insuficiente era decir que el señor Julio Enrique Moreno Vergara fue contactado por un funcionario de Wacker México para que asumiera en forma independiente y estable el encargo de promover la venta de los productos de aquella en territorio colombiano, con exclusividad recíproca; llegando a un acuerdo verbal sobre los términos y condiciones de la relación comercial; lo que condujo a que el primero constituyera la sociedad Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda., ningún supuesto de ese hecho de la demanda fue probado, echándose de menos el primer elemento básico: la voluntad o por lo menos la intención de las partes de celebrar dicho convenio, para el caso se pedía la declaratoria de una agencia comercial, y en subsidio un contrato de suministro para la distribución; pero ni para el uno ni para el otro se probó la concurrencia de voluntades dirigida a contratar.

Recuérdese que el consentimiento es la común intención de los contratantes o su acuerdo de voluntad o, lo que es lo mismo, el encuentro de voluntades de los contratantes, ya que supone que cada uno de ellos haya tenido la voluntad necesaria para formar esa convención.

ANTECEDENTES

1. Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda., a través de apoderado judicial, instauró demanda contra Wacker Chemie AG, en la que formuló las siguientes pretensiones:

PRIMERA: Se declare que entre demandante y demandada existió un contrato de agencia comercial de hecho vigente entre enero de 2001 y diciembre de 2006.

PRIMERA SUBSIDIARIA: Se declare que entre las partes existió un contrato de suministro para la distribución, vigente entre enero de 2001 y diciembre de 2006.

SEGUNDA: Se declare que el contrato de agencia comercial de hecho fue incumplido y terminado unilateralmente y sin justa causa por la demandada.

SEGUNDA SUBSIDIARIA: Se declare que el contrato de suministro para la distribución fue incumplido y terminado unilateralmente y sin justa causa por la demandada.

TERCERA: En consecuencia y en los términos del artículo 1324 del Código de Comercio, declarar que Wacker Chemie debe pagar a la demandante la prestación y la indemnización equitativa causada a la terminación del contrato de agencia comercial.

TERCERA SUBSIDIARIA: En los términos de los artículos 870 y 973 del Código de Comercio se declare que la demandada debe indemnizar los perjuicios causados a la demandante.

CUARTA: Condenar la demandada a pagar a la actora a título de la prestación y/o indemnización de los perjuicios causados, la suma de dinero que resulte probada dentro del proceso.

QUINTA: Se condene en costas a la demandada.

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

2.1. En diciembre de 2000, el señor Ramón González funcionario de Wacker México contactó al señor Julio Enrique Moreno Vergara en Bogotá, con el objeto de que asumiera en forma independiente y de manera estable el encargo de promover la venta de los productos de aquella en territorio colombiano, con exclusividad recíproca; llegando a un acuerdo verbal sobre los términos y condiciones de la relación comercial.

2.2. Para cumplir lo pactado el señor Moreno Vergara y otras personas constituyeron la sociedad Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda., mediante escritura pública No. 51 del 10 de enero de 2001, inscrita en el registro mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 1059402 y NIT 830.090.940-1.

2.3. Silicona y Elastómeros Cía. Ltda., el 17 de enero de 2001, comenzó operaciones dedicada exclusivamente a la promoción, distribución y venta de los productos de Wacker en Colombia, momento para el cual los productos de dicha entidad no alcanzaba el 5%. Inversión que a lo largo de los años de relación comercial alcanzó la suma de \$500'000.000.oo., cantidad representada en un inmueble adquirido en mayo de 2004, varios bienes muebles, y la contratación de una planta de personal, para de esta manera atender las exigencias comerciales y administrativas de Wacker.

2.4. El primer pedido efectuado por Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda. fue garantizado con una carta de crédito irrevocable y de ahí en adelante fueron oportunamente pagados mediante giro directo.

2.5. En junio de 2005, la participación del producto y de la marca Wacker en el mercado colombiano, era del orden del 30% logrado gracias al conocimiento, visión, fidelidad y promoción de la entidad demandante.

En esta misma fecha, el director general de Wacker México, notificó a la demandante de manera informal la nueva orientación del negocio, resultado de una decisión corporativa de Wacker, consistente en canalizar el producto a través de una nueva empresa, esto es, Brenntag Colombia S.A.

Además, se le manifestó a la actora que continuaría con la operación normal de su negocio con la única variación que la relación pasaría a ser local, es decir, entre Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda. y Brenntag Colombia S.A., quien tomaría el lugar de Wacker, ajustados a una nueva línea de precios. Momento en el cual el director general de la demandada solicitó a la demandante entregara toda la información relacionada con los clientes, con el objeto de respetar los negocios de ésta, petición a la que se accedió inmediatamente.

2.6. En octubre de 2005, se dijo que los clientes grandes o importantes serían manejados directamente por Brenntag Colombia S.A.

De otro lado, los precios fueron incrementados por Brenntag Colombia, quien también modificó los términos y condiciones que manejaban con Wacker, alcanzando un alza en algunas referencias de hasta el 35%.

Incremento que se presentó nuevamente en productos ya negociados, debilitando de esta manera el poder de negociación de la demandante.

2.7. La disminución de los márgenes, la atención de los clientes grandes por parte de Brenntag Colombia S.A., y la pérdida de otros negocios por los nuevos precios, deterioraron grave y directamente las proyecciones y expectativas de la demandante, así como el patrimonio de sus socios y el ingreso de sus trabajadores.

2.8. Las ventas registradas por la demandante respecto de los productos de la Wacker entre los años 2001 a 2006, muestran un crecimiento del negocio hasta junio de 2005, fecha en la cual se notificó verbalmente la terminación de la relación contractual, cuya operación fue inmediatamente asumida por Brenntag Colombia, evidenciando una disminución correlativa de las ventas que impactó los estados financieros de la demandante de manera adversa y significativa.

2.9. Las ventas facturadas a partir de junio de 2005, corresponden a pedidos realizados por Siliconas y Elastómeros Ltda. con anterioridad y al agotamiento de toda la existencia del inventario.

2.10. A la fecha de presentación de la demanda, la situación de la demandante llegó a ser tan apremiante, que la obligó a asociarse con Producciones Moby & Cía. Ltda., empresa dedicada a la comercialización de productos químicos y algunas referencias de siliconas.

2.11. La demandante fue asaltada en su buena fe, por la falta de honestidad respecto a las consecuencias que traería la nueva orientación del negocio, y el indebido aprovechamiento de la información comercial de su clientela que le fue suministrada a Brenntag Colombia S.A., quien pasó a explotarla sin autorización, contraprestación o esfuerzo alguno.

2.12. Brenntag Colombia S.A., sucedió a la demandante en las buenas perspectivas de crecimiento de mercado, usufructuando el importante posicionamiento de la marca y de los productos de Wacker en el territorio colombiano.

Wacker término la relación comercial que sostuvo con la demandante de manera tácita, unilateral y sin justa causa; incumpliendo la primera con sus obligaciones, y dio lugar a la terminación unilateral y sin justa causa del contrato, debiendo indemnizar a la demandante por los perjuicios causados (Folios 104 a 110 cuaderno 1)

3. La demanda fue admitida mediante auto del

14 de noviembre de 2007 (Folio 112 cuaderno 1).

4. La sociedad convocada, una vez vinculada, contestó la demanda en escrito en el que se pronunció sobre la causa petendi, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que tituló: *“Falta de legitimación en la causa por pasiva”*; *“Inexistencia de un vínculo jurídico entre Wacker Chemie AG y Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda., que deba regirse por la ley colombiana”*; *“Inexistencia de un contrato de agencia comercial de hecho celebrado entre Wacker Chemie AG y Siliconas y Elastómeros”*; *“Ausencia de incumplimiento y de terminación unilateral de la relación comercial existente entre Wacker Chemie AG y Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda.”*; *“Inexistencia de un contrato de suministro para la distribución suscrito entre Wacker Chemie AG y Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda.”*; *“Ausencia de incumplimiento y de terminación unilateral de un contrato de suministro para la distribución suscrito entre Wacker Chemie AG y Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda.”*; *“Contrato no cumplido”*; *“Cobro de lo debido”*; y *“Prescripción y caducidad”* (Folios 522 -542. Tomo II. Cuaderno 1)

5. El 10 de mayo de 2012 se llevó a cabo la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se declaró fracasada la conciliación y se agotaron las otras etapas (Folios 744 a 757, Tomo III. cuaderno 1).

6. Abierto el debate a pruebas, en diferentes audiencias se recibieron los testimonios decretados (Folios 758 a 761; 785 a 794; 806 a 817. Tomo III. Cuaderno 1).

El dictamen ordenado fue presentado, aclarado y objetado por error grave por la parte demandada; practicándose dentro del trámite de esta última una inspección judicial a los documentos que sirvieron de base para que el perito determinará el lucro cesante (Folios 1157 a 1164; 1187 a 1193; 1217 a 1286; 1290 a 1297 y 1419 a 1423 Tomo IV. Cuaderno 1).

7. El 25 de febrero de 2020, se adelantó la audiencia de que trata el artículo 373 de la Ley 1564 de 2012, en la cual se escucharon los alegatos de conclusión y se profirió la sentencia materia de impugnación en la que se resolvió: declarar fundada la objeción por error grave formulada frente al dictamen practicado, negó las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y condenó en costas al actor (Folios 1448 a 1451 Tomo IV. Cuaderno 1).

ANÁLISIS DE LA SALA

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 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.

3. Para emprender el análisis, ha de anunciarse como directriz el postulado consagrado en el artículo 164 de la ley 1564 de 2012, que establece la necesidad de la prueba, como antes lo hacía el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, principio que se erige 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 la robustez de sus asertos.

El desconocimiento de este principio por los enfrentados, determina al fallador la adopción 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 establecido en el artículo 168 de la codificación procesal vigente (antes 177 del Código de Procedimiento Civil) 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 pretensiones.

4. Siguiendo tal directriz preliminarmente debe descartarse el reparo dirigido a que en segunda instancia se le otorgue un tiempo prudencial al censor para arrimar otra experticia, pues tal pedimento además de inoportuno, no satisface las exigencias de la norma invocada.

El artículo 327 de la Obra Adjetiva Civil consagra que “cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del

auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez la decretará únicamente en los siguientes casos los siguientes casos”: (i) *Cuando las partes las pidan de común acuerdo.* (ii) **Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió,** (iii) Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos. (iv) cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria. (v) Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior.

En el *sub lite*, es incuestionable que la prueba pericial fue surtida sin reparo alguno de los contendientes, sin que pueda perseguirse su complementación o perfeccionamiento una vez ha sido sometido a escrutinio a justiprecio por el juzgador.

5. Dilucidado lo anterior, emprende la Sala el estudio de los argumentos del apelante quien, valga resaltar, circunscribió su disenso a cuestionar las bases en que se erigió la denegación de las pretensiones subsidiarias, aduciendo que sí se probó la existencia del contrato de suministro y se acreditaron los perjuicios ocasionados con la terminación unilateral del mismo. De allí que a esa temática se limita el estudio que en esta providencia se consigna.

6. El artículo 968 del Código de Comercio, señala: “El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”; y el precepto siguiente dispone:

“Para establecer la cuantía del suministro si las partes no lo hubieren fijado en cantidad determinada o señalado las bases para determinarla, se aplicarán las siguientes reglas: 1) Si las partes han fijado un límite máximo y uno mínimo para el total del suministro o para cada prestación, corresponderá al consumidor determinar, dentro de tales límites, la cuantía del suministro; 2) Si las partes han fijado solamente un límite máximo corresponderá al consumidor determinar la cuantía, sin exceder dicho máximo; 3) Si las partes se remiten a la capacidad de consumo o a las necesidades ordinarias y señalan un mínimo, el consumidor podrá exigir las cantidades que su capacidad de consumo u ordinarias necesidades le impongan, pero estará obligado a recibir el mínimo fijado. Por

su parte el proveedor deberá prestar dichas cantidades o el mínimo, según el caso, y

4) Cuando la cuantía del suministro no haya sido determinada, se entenderá que las partes han pactado aquella que corresponda al ordinario consumo o a las normales necesidades del consumidor, salvo la existencia de costumbre en contrario.

PARÁGRAFO. La capacidad o la necesidad ordinarias de consumo serán las existentes en el momento de efectuarse el pedido.”

En cuanto a la determinación del precio el artículo 970 del Ordenamiento Mercantil, enseña:

“Si las partes no señalan el precio del suministro, en el todo o para cada prestación, o no fijan en el contrato la manera de determinarlo sin acudir a un nuevo acuerdo de voluntades, se presumirá que aceptan el precio medio que las cosas o servicios suministrados tengan en el lugar y el día del cumplimiento de cada prestación, o en el domicilio del consumidor, si las partes se encuentran en lugares distintos. En caso de mora del proveedor, se tomará el precio del día en que haya debido cumplirse la prestación. Si las partes señalan precio para una prestación, se presumirá que convienen igual precio para las demás de la misma especie”.

Frente al plazo en que se debe cumplir cada prestación el artículo 972 ídem, señala:

“Si las partes fijan el plazo para cada prestación no podrá ser variado por voluntad de una sola. Cuando se deje a una de las partes el señalamiento de la época en que cada prestación debe efectuarse, estará obligada a dar preaviso prudencial a la otra de la fecha en que debe cumplirse la correspondiente prestación. Si las partes tuvieren diferencias sobre la oportunidad del preaviso, el caso se decidirá por el procedimiento verbal, con intervención de peritos.”

Acerca del suministro ha enseñado la jurisprudencia patria que se trata de un contrato “típico, bilateral, conmutativo, consensual, oneroso y de ejecución continuada”. Y explicó enseguida:

“A través de él se encuentran dos sujetos: el proveedor y el suministrado, quienes convergen en torno a prestaciones que uno asume en beneficio del otro y que deben ser cumplidas en forma extendida en el tiempo, siendo notas características su duración y la previsión futura, con lo cual las partes evitan tener que celebrar diversos contratos de compraventa y garantizan la continuidad en la obtención de los bienes o servicios suministrados.

En otras palabras, en el suministro dos partes que persiguen intereses contrapuestos se obligan recíprocamente en aras de lograr su correlativa satisfacción, siendo esa necesidad la que los mueve a contratar sobre un producto o servicio que una debe entregar o prestar a la otra en forma continua o periódica, según lo convengan, a cambio de una contraprestación denominada precio.

Esa configuración exige que existan prestaciones continuas de productos o servicios, lo cual supone una pluralidad de obligaciones, que, en principio, son autónomas, pero ligadas entre sí, lo que no implica necesariamente que los compromisos deban ser iguales o simétricos, dado que se puede consentir un suministro indeterminado, pero determinable, como determinable puede ser también su duración.

Rasgo esencial de ese acto es la periodicidad o continuidad, lo que incide frente al momento de exigibilidad del precio y la entrega del bien o servicio, pues el artículo 971 ídem prevé que «si el suministro es de carácter periódico, el precio correspondiente se deberá por cada prestación y en proporción a su cuantía, y deberá pagarse en el acto, salvo acuerdo en contrario de las partes» y agrega que si «es de carácter continuo, el precio deberá pagarse de conformidad con la costumbre, si las partes nada acuerdan sobre el particular» con la advertencia de que «el suministro diario se tendrá por continuo» (se resalta).

El artículo 972 ídem, habilita a las partes para convenir el plazo de cada prestación o dejar su definición en poder de una de ellas; y el 973 ídem consagra que, si una incumple el contrato, la otra podrá terminarlo cuando esa infracción le haya generado graves perjuicios o tenga cierta importancia capaz de reducir su confianza en la exactitud en que serán hechos los suministros posteriores; empero, si es el proveedor quien decide extinguir el pacto deberá dar preaviso al suministrado.

Además, si la prestación contratada involucra bienes o servicios regulados por el Estado, el precio y las condiciones del contrato deberán ceñirse a los respectivos reglamentos (art 978 ejusdem), al paso que las personas que presten servicios públicos o tengan un monopolio de hecho o de derecho no podrán suspender el abastecimiento a los consumidores que no estén en mora, ni aun con preaviso, sin autorización del gobierno (art. 979 ib.).

Así, es claro que los contratantes, sin desbordar los límites trazados en el ordenamiento jurídico, están habilitados para configurar, en cada caso, según sus expectativas y el fin que persigan con el

contrato de suministro, la forma y los términos de la negociación, pudiendo, por ese camino, pactar diversos escenarios, de ahí que al momento de calificar su conducta deban tenerse en cuenta las normas imperativas que regulan esa institución, junto con las prestaciones asumidas por cada parte en el acuerdo respectivo.

Al efecto, la jurisprudencia ha dicho que «[e]l negocio jurídico celebrado conforme con preceptos Jurídicos constituye "una ley para los contratantes" (1602 del C.C.): la forma de ejecución y demás cláusulas son, pues, "ley para los contratantes"; su verdadera voluntad determina el comportamiento que tiene que observar, la una frente a la otra».

El maestro Bonivento Fernández al respecto enseña que “la parte que se obliga a la prestación periódica o continuada de cosas o servicios se llama proveedor o suministrante y la que lo recibe consumidor, suministrado o beneficiario”

7. Del precedente marco normativo y jurisprudencial se extrae que el contrato de suministro se caracteriza porque está diseñado para que una parte suministre a otra productos o servicios de forma periódica o continuada, de manera que se hace un solo contrato para satisfacer los requerimientos o necesidades en un tiempo determinado.

Tipo de acuerdo que se aplica normalmente para proveer materias primas, mercancías, materiales, repuestos, etc., mecanismo que genera estabilidad en la entrega de un producto o servicio con un precio estable, pues no es lo mismo ir al almacén a comprar cada cosa que se necesite al precio que esté el día en que se necesita, que asegurar una entrega constante a un precio previamente pactado.

Se dice que el contrato de suministro es un acuerdo de colaboración y sus características principales son:

Es bilateral ya que tanto la persona encargada de suministrar los bienes y servicios, como la persona que se beneficia con dicho suministro tienen obligaciones, la del primero como la naturaleza del contrato lo indica proveer los bienes y servicios encargados en las fechas establecidas en el contrato, y la de la otra parte pagar, por los bienes y servicios suministrados.

Es nominado, pues se encuentra regulado por el Código de Comercio, por los artículos 968 al 980.

Es consensual, en razón, que se perfecciona con el consentimiento de las partes contratantes.

Ahora, si se fija en el contrato de suministro que se harán varias prestaciones, es decir, que el suministro de bienes y servicios se hará en varias fechas, se considera que el contrato de suministro es de tracto sucesivo.

Es oneroso ya que cada provisión de bienes y servicios debe ser pagado, esta es una característica de los contratos comerciales, ya que estos son por su naturaleza onerosos.

Es de ejecución sucesiva puesto que la periodicidad y continuidad en las prestaciones de servicios o de cosas y su pago en idénticas condiciones hace del suministro un típico contrato de tracto sucesivo. Rasgo acerca del cual el Doctor Arrubla Paucar³ resaltó:

“Ambas partes encuentran interés práctico en la nota de duración del suministro. Para quien efectúa el suministro, es decir, el proveedor, se asegura la colocación de su producción o sus productos por un tiempo determinado, circunstancia que le permite una mejor planeación económica de su empresa. Para el suministrado o consumidor, también le resulta de especial interés tener asegurado el abastecimiento de las materias primas o de las partes que precisa para su actividad empresarial”, y agregó: “También el suministro ofrece una economía de tiempo y de actividad administrativa para quienes utilizan la figura contractual. En lugar de tener que estar celebrando un contrato de venta o de servicios cada que se precisa de cosas o de servicios, se celebra un solo contrato durante Un periodo duradero de tiempo”

También es un contrato principal que no necesita de otro ni de obligaciones accesorias para tener vida jurídica.

Además, es de libre discusión en cuanto confiere las partes la posibilidad de plantear los términos del contrato.

Como lo refiere el profesor Bonivento en su obra, la comisión redactora del proyecto de Código de Comercio de 1958 en su exposición de motivos señaló la diferencia del suministro con la compraventa así: “En la periodicidad o con continuidad que caracteriza el suministro y en la forma especial cómo se regula la cuantía del mismo y el precio que debe pagar quien lo recibe.”; distinción acerca de la cual el doctor Arrubla Paucar anotó:

“La diferencia entre ambas figuras radica en que mientras la COMPRAVENTA es un contrato instantáneo, el SUMINISTRO es de tracto sucesivo o de duración y esa es la finalidad práctica pretendida por los contratantes. El consumidor en un suministro lo que desea es estar suministrado por un periodo largo de tiempo; ... En la compraventa

debe cumplirse con una prestación única, así haya plazo para el pago o se permita la entrega de cosas por instalamentos ... En la venta cuya entrega se hace por partes se da un fraccionamiento de una prestación única; el suministro por formación implica una serie de prestaciones varias prestaciones que debe efectuar el proveedor de manera autónoma, aunque ligadas entre sí”.

8. Siguiendo los precedentes derroteros al asunto materia de controversia en esta oportunidad, se tiene que los reparos formulados por el apelante carecen de la contundencia para enervar la decisión cuestionada, como pasa a verse.

8.1. Como ut supra se anotó, pesaba en el demandante demostrar la confluencia de los elementos esenciales de la relación comercial que en su criterio se desarrolló entre las partes, máxime cuando el alegado acuerdo no se verificó por escrito; carga probatoria que no satisfizo.

Sea lo primero destacar que al propósito de demostrar los supuestos fácticos en que erigió sus aspiraciones procesales a la demandante no le bastaba aseverarlo, como quiera que “a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”⁴; y es que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirma, tal como lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“ 6.1. En primer lugar y en relación con las afirmaciones contenidas en el libelo genitor de la contienda así como las plasmadas en el interrogatorio de parte que absolvió el convocante, basta con recordar que al tenor del Código de Procedimiento Civil -el cual aplicó el Tribunal por tratarse del ordenamiento procesal vigente para el momento de la expedición del fallo criticado-, las manifestaciones que favorecen a quien las expone no constituían medio de convicción.

[...]

Tal exclusión fue repelida por el Código General del Proceso, en tanto reguló viable el decreto y práctica de interrogatorio a petición de la propia parte absolvente (arts. 198 y 202), además dispuso que el fallador podrá formar su convencimiento con cualesquiera otros medios que le sean útiles para ese propósito

(art. 165).

[...]

A más de lo anterior pertinente es destacar que la aplicación del ordenamiento adjetivo consagrado en el Código General del Proceso, en aras de dar valor probatorio a la simple declaración de parte (art. 191 infine), no impone al juez el acogimiento, sin más, de tal versión; por el contrario se previó en dicha regla que «[l]a simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas».

Esto traduce que la estimación del juzgador acerca del acervo probatorio sigue siendo conjunta, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

En otros términos, la declaración de parte no tiene valor de plena prueba, pues esta no fue la intención del legislador de 2012, de allí que la versión dada por el demandante en el sub lite no pudiera ser acogida, per se, como pareciera implorarlo en su embate casacional, siendo menester confrontarla con los restantes elementos suasorios, a lo que se sigue.”

Así pues, insuficiente era decir que el señor Julio Enrique Moreno Vergara fue contactado por un funcionario de Wacker México para que asumiera en forma independiente y estable el encargo de promover la venta de los productos de aquella en territorio colombiano, con exclusividad recíproca; llegando a un acuerdo verbal sobre los términos y condiciones de la relación comercial; lo que condujo a que el primero constituyera la sociedad Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda., ningún supuesto de ese hecho de la demanda fue probado, echándose de menos el primer elemento básico: la voluntad o por lo menos la intención de las partes de celebrar dicho convenio, para el caso se pedía la declaratoria de una agencia comercial, y en subsidio un contrato de suministro para la distribución; pero ni para el uno ni para el otro se probó la concurrencia de voluntades dirigida a contratar.

Recuérdese que el consentimiento es la común intención de los contratantes o su acuerdo de voluntad o, lo que es lo mismo, el encuentro de voluntades de los contratantes, ya que supone que cada uno de ellos haya tenido la voluntad necesaria para formar esa convención.

8.2. En el interrogatorio absuelto por el representante de la demandada, el señor Daniel Morales, fue categórico en señalar que “no existió un contrato de suministro” y “...no suscribió ningún contrato ni agencia ni suministro con la entidad demandante no existía direccionamiento ni control por parte

de mi representada acerca de los productos que podía vender la entidad demandante como tampoco se le encargó la representación de venta de los productos de mi representada ”; fue enfático en señalar que “Reiteró que no existía una relación estable ni se le había dado el encargo y la representación de los productos de WACKER” (folio 747 cuaderno 1 Tomo III).

8.3. El mismo representante de la empresa demandante al absolver cuestionario narró que “en septiembre del año 2000 envíe un correo electrónico a la compañía WACKER MEXICANA manifestando el interés en algunas siliconas y me contestó (sic) el señor Ramón González ejecutivo de esa compañía y me hizo una llamada telefónica en la cual le manifesté mi conocimiento y experiencia en el manejo de los productos de silicona y como no tenían distribuidor en Colombia el señor González manifestó que era la persona que le interesaba le hice una propuesta de crear una sociedad para que lleváramos a cabo la distribución de los productos de WACKER en Colombia el (sic) vino a Colombia creo que en diciembre del año 2000 y nos reunimos con el señor HERNAN VELEZ quien es mi socio y le manifestamos que si el estaba de acuerdo formaríamos una sociedad a partir de enero para iniciar operaciones de distribuciones de los productos de ellos el cual nos manifestó que contar en vamos con el respaldo de ellos”, versión distinta a la expuesta en la demanda, pero en todo caso, sin respaldo en algún otro medio de prueba.

Por el contrario, si revisamos los folios 156-157 en los que aparecen copia de la misiva enviada por Producciones Moby y Cía. Ltda. a Wacker Mexicana el 18 de enero de 2001 con referencia “PEDIDO S&E 002/2001” -el original se aprecia a folios 616-617, en que se solicita fuera facturado a nombre de Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda., documento que si bien fue suscrito por el mismo Julio Moreno, lo hizo como “Gerente Comercial” no de la aquí demandante sino de Producciones Moby, persona jurídica diferente.

8.4. Las declaraciones de Marlén Pinzón y Teofila Cangrejo, quienes fungieron como contadoras de la empresa demandante y la última también como revisora fiscal, tampoco aportan información certera acerca de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se gestó alguno de los contratos que se pide a la jurisdicción se declare; sobre el tema comentaron lo que a ellas les dijeron los socios de la compañía Julio Moreno y Hernán Vélez anotando que esa era información que ellos manejaban y era confidencial. Por supuesto, por sus cargos sabían de la relación comercial con Wacker, pero hablaron de que Siliconas y Elastómeros era la representante de algunos productos que en Colombia distribuye Wacker

Chemie de Alemania.

8.5. Los testigos Guillermo López, Alfonso María Valcarce Sagastume y Diana Altamirano, a la sazón gerente de negocios, director general y asistente de negocios de Wacker Mexicana SA de CV, respectivamente; en sus respectivas declaraciones, fueron concordantes en señalar que conocían a Siliconas y Elastómeros Cía. Ltda. con la que Wacker Mexicana tuvo una relación comercial consistente en la venta de los productos de Wacker Chemie AG que comercializa, en la que Siliconas compraba y Wacker Mexicana vendía; indicaron que la aquí demandante no fue un distribuidor exclusivo “sino que solo fue un cliente más” y “se atrasaba mucho en los pagos”.

El señor Valcarce, respondió negativamente a las preguntas 10 y 11 del pliego formulado por el apoderado actor, relativos a que Brenntag Colombia SA es el actual agente, representante y distribuidor de los productos Wacker Chemie AG en Colombia y atiende los mismos clientes que tenía la demandante, pues no sabe cuáles eran estos. Así mismo, al responder la pregunta 13 negó haber notificado a Siliconas y Elastómeros “sobre la decisión corporativa de WACKER CHEMIE AG, de canalizar todo producto de WACKER CHEMIE AG a través de BRENNTAG COLOMBIA S.A.”; también contestó de manera negativa las preguntas 14 y 15 relativas a que él había notificado a la aquí demandante que debía adquirir los productos de Brenntag Colombia y entregarle a ésta la información de los clientes colombianos.

Prueba testifical que revela la existencia de una relación mercantil para la compraventa de los productos que la compañía en México comercializa y que a solicitud o pedido de Siliconas y Elastómeros Cía Ltda. le vendía.

8.6. Ahora, en lo atinente a los estados financieros tal como lo señaló el a quo y lo aceptó el mismo apoderado de la parte demandante al expresar sus reparos contra la sentencia, las compras realizadas por la aquí demandante a la demandada se surtieron bajo la figura de la compra con fines de reventa, no de otra manera se explica que en ninguna parte de esos documentos aparezca comisión por dicha labor.

8.7. De otra parte, de la copiosa prueba documental tampoco se extrae el consentimiento mutuo entre demandante y demandada para celebrar un contrato de suministro; ni emergen los rasgos característicos de este tipo de negocio. Y es que aunque bastantes documentos, la mayoría están repetidos; otros tantos no pueden apreciarse probatoriamente habida cuenta que fueron extendidos en idioma extranjero sin que se

aportara traducción oficial (artículos 251 de la ley 1564 de 2012, antes 260 del Código de Procedimiento Civil).

De la documental se colige que la demandante hacía pedidos de productos, la demandada (ya desde la matriz en Alemania o desde México) los remitía otorgándole una línea de crédito a Siliconas y Elastómeros, empresa que realizaba el proceso de importación, recibía la mercancía y pagaba la mercancía comprada.

Indiscutible es que se hicieron varios pedidos entre 2001 y 2005, pero como lo dijo la contadora Pinzón al narrar la forma en que se desarrolló la relación comercial: *“al existir la necesidad de inventarios la empresa SILICONAS Y ELASTÓMEROS realizaba su orden de compra con los productos necesarios para abastecer su inventario el (sic) enviaba vía email o fax la orden de compra a la WACKER CHEMIE para que ellos enviarán dichos productos a SILICONAS Y ELASTÓMEROS con todo su proceso legal que acarrea una importación para los pagos WACKER CHEMIE nos daba crédito de 60 días aproximadamente luego se procedía a realizar el pago por intermedio de una entidad bancaria cumpliendo con los requerimientos de ley existentes”*.

No se revela en el plenario el consenso encaminado a que la demandada asumiera la prestación periódica de suministrar en determinadas fechas o en intervalos previstos, cantidades específicas de productos, a Siliconas y Elastómeros; siempre fue ésta quien decidió cuándo hacía el pedido, cuáles las mercancías y su cantidad, sin que de ello emergiera un vínculo que proyectado hacia el futuro impusiera a Wacker Chemie AG entregar un volumen prefijado o al menos estimado de los productos.

Además, según los estados financieros la demandante se servía de otros productores, proveedores o distribuidores tanto nacionales como extranjeros, para ejercer su labor de compra y reventa de productos, que finalmente era su objeto social como aparece en el certificado de Cámara de Comercio.

9. Respecto a la sustracción de clientela, el mantenimiento de condiciones con un nuevo distribuidor y el ahogo financiero, debe decirse que al igual de la prueba del contrato de suministro la parte actora no demostró que tales situaciones hayan tenido ocurrencia, y mucho menos que de haber sucedido afectaron su objeto social.

Y es que así como de la gestación de la relación contractual -de agencia o de suministro- como de su finiquito simplemente se indicó que fueron acuerdos verbales, cuyos términos y

especificaciones quedaron en la mente de los socios pues ni siquiera en procura de las pretensiones planteadas ante la jurisdicción fueron revelados, menos aún probados: nada se sabe de cuándo, dónde, cómo, entre qué personas se ajustaron esos acuerdos, menos aún sus particularidades; de lo que, se insiste debía aportarse prueba, pues a los fines perseguidos no son suficientes las alegaciones.

10. Respecto a la experticia frente a la cual prosperó la objeción por error grave formulada, debe decirse que si bien es cierto en la sentencia revisada se abordó preliminarmente tal tema; no lo es menos que luego se ocupó de examinar la comprobación de la existencia de alguna de las relaciones negociales a que alude el petitum, y en cuanto al contrato de suministro al no hallar probados sus elementos esenciales, inocuo resultaba evaluar el monto de la indemnización reclamada en la demanda, trabajo que finalmente no cumplió con su objetivo, falencia que para el caso concreto no tiene ninguna injerencia pues al no haberse probado la existencia del contrato de suministro no había lugar al estudio de la indemnización por una supuesta terminación unilateral de tal convenio, destacándose que el objeto de la prueba pericial era sólo calcular la cesantía comercial pedida como consecuencial de la declaratoria de agencia mercantil; y, la indemnización que como secuela de una terminación injustificada del contrato de suministro que en forma subsidiaria se deprecó declarar.

Conforme a lo dicho es claro que el dictamen no fue el fundamento para negar la pretensión principal, ni la subsidiaria de aquella.

11. 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.