

**TRIBUNALES DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**  
CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA  
DIAGONAL 21B N° 23-47

EL CONTENIDO DE ESTE BOLETÍN ES DE CARÁCTER INFORMATIVO. SE

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL

1º DE MARZO DE 2022

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/47>

---

**SALA CIVIL**

|                                                       |                     |
|-------------------------------------------------------|---------------------|
| <b>FRUTOS CIVILES</b>                                 | <b>PÁG. 2 – 5</b>   |
| <b>PROCESO EJECUTIVO – MUTUO - COBRO DE INTERESES</b> | <b>PÁG. 5 – 10</b>  |
| <b>PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO – PAGARE</b>         | <b>PÁG. 10 – 17</b> |
| <b>PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA</b>             | <b>PÁG. 17 – 24</b> |
| <b>RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDAD PELIGROSA</b>  | <b>PÁG. 24 – 29</b> |
| <b>COMPETENCIA DESLEAL</b>                            | <b>PÁG. 29 – 39</b> |
| <b>PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR</b>                       | <b>PÁG. 39 – 49</b> |
| <b>SIMULACIÓN.</b>                                    | <b>PÁG. 49 – 62</b> |
| <b>PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO</b>            | <b>PÁG. 62 – 74</b> |
| <b>PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA - EXTRAORDINARIA</b>      | <b>PÁG. 74 – 77</b> |
| <b>RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL</b>              | <b>PÁG. 78 – 80</b> |
| <b>ACCIÓN REDHIBITORIA – PRESCRIPCIÓN</b>             | <b>PÁG. 80 – 83</b> |

## SALA CIVIL

### FRUTOS CIVILES

MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA

RADICADO: [110013103 032 2018 00489 02](#)

Tesis: De allí que, declarada la nulidad del negocio jurídico, se impone disponer las restituciones mutuas, debiendo volver las cosas al estado en que se encontraban cuando se ajustó el viciado contrato. Y así como al señor Torres Bernal debe retornársele el dinero que canceló indexado desde la fecha en que lo entregó; también él debe restituir el predio junto con los frutos percibidos durante todo el tiempo que lo tuvo en su poder, esto es, desde el 3 de junio de 2017, a razón de \$1'200.000,00 mensuales como se estimó en la demanda hasta el 31 de octubre de 2020 fecha en que como lo informó la actora hizo entrega del mismo, lo que corresponde a 41 meses, para un total de \$49'200.000,00.

En ese sentido se modificará el literal c) del numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

#### ANTECEDENTES

1. La señora Amparo González Cano presentó demanda contra Pedro Raúl Torres Bernal, en la que planteó como pretensiones:

1.1. Declarar resuelto, por no haberse pactado el precio en el contrato de compraventa celebrado entre el señor Elvis Ismeyer Jiménez Beltrán, (...) como vendedor y Pedro Raúl Torres Bernal, (...) como comprador, contenido en el contrato de promesa de compraventa del inmueble ubicado en la localidad de suba, zona urbana, en la dirección calle 154 # 91-51 apartamento 202, interior 2, conjunto residencial multifamiliar el mirador del pinar de suba.  
Junto con el depósito número 35”

1.2. Ordenar la restitución del predio a la demandante o a quien sus derechos represente.

1.3. Condenar al demandado a pagar a la señora González Cano la cláusula penal (clausula octava), correspondiente al 30% del valor total del contrato, esto es \$55.000.000, más los intereses corrientes de mora.

1.4. Decretar a favor del señor Elvis Ismeyer Jiménez Beltrán, la retención del dinero dado en efectivo por el señor Pedro Raúl Torres Bernal, al iniciar el contrato, esto es \$50.000.000 por considerarse esta como arras.

1.5. Decretar a favor de la demandante el pago de los frutos dejados de percibir, a partir de la fecha en la que se suscribió el contrato de compraventa.

1.6. De no prosperar lo anterior, decretar la nulidad del contrato de promesa de

compraventa, por ende, se ordene la restitución del inmueble a la menor brevedad.

2. Las pretensiones tuvieron como sustento fáctico:

2.1. Amparo González Cano y Elvis Ismeyer Jiménez Beltrán celebraron contrato de mandato el 11 de mayo de 2017 por virtud del cual éste compró a aquella un inmueble, pero como el interés del comprador era venderlo, la señora González como mandante facultó al señor Jiménez como mandatario para custodiar, administrar y vender el apartamento 202 del interior 2 y el depósito 35 de la calle 154 No. 91-51 conjunto residencial multifamiliar El Mirador del Pinar de Suba.

2.2. El señor Jiménez Beltrán en calidad de prometiente vendedor, y el señor Pedro Raúl Torres Bernal en calidad de prometiente comprador, suscribieron promesa de compraventa sobre el inmueble descrito en el numeral precedente.

El precio acordado fue de \$185.000.000 que se pagaría así: \$50.000.000 a la firma del contrato; \$80.000.000 representados en un bien inmueble ubicado en Soacha; y el saldo de \$55.000.000 a través de un crédito bancario; es de advertir, en el contrato de promesa “no incorporo (sic) una fecha cierta como límite para que se perfeccionara el negocio”

2.3. En la cláusula quinta se especificó que la entrega real del bien se efectuaría a la firma del contrato, cosa que se cumplió, quedó condicionado el perfeccionamiento de la escritura pública y posterior registro, una vez el prometiente comprador entregara el dinero restante y el inmueble ubicado en Soacha; no obstante, el prometiente comprador no satisfizo las

referidas cargas.

2.4. El señor Torres Bernal autorizó verbalmente a Elvis Jiménez Beltrán, en diciembre de 2017, a mostrar el apartamento con el fin de encontrar un nuevo comprador. En marzo de 2018 el señor Jiménez Beltrán le manifestó al prometiente comprador (Torres Bernal) que ya había transcurrido un tiempo prudencial, le solicitó la entrega del bien, a lo cual se negó.

2.5. El señor Torres continúa habitando el inmueble.

3. La demanda fue admitida el 9 de octubre de 2018 y notificado el demandado la contestó manifestando que el 3 de junio suscribió dos contratos de promesa de compraventa sobre el mismo bien, uno con la señora Amparo González Cano y otro con el hoy apoderado de aquella, Jiménez Beltrán. Además, en el contrato celebrado con la demandante se pactó un precio de \$175.000.000, y en todo caso, no se fijó fecha para perfeccionar el negocio, siempre ha existido buena fe de su parte, muestra de ello es la aprobación del crédito. Aunado a que el señor Jiménez vendió el inmueble a un tercero.

Como defensa formuló las excepciones de: “contrato no cumplido; presunción de buena fe; Falta de legitimación en la causa por activa tanto en tanto la parte no cumplió ni se ha allanado a cumplir las prestaciones a su cargo; inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido”.

4. De igual forma, presentó demanda de reconvencción contra Elvis Ismeyer Jiménez Beltrán, Amparo González Cano, Leonardo Fabio y Juan Andrés Santafé Santafé, en la que propuso las siguientes pretensiones:

4.1. Declarar resuelto el contrato de promesa de compraventa celebrado el 3 de junio de 2017 entre el señor Elvis Ismeyer Jiménez y el señor Pedro Raúl Torres por incumplimiento de las obligaciones del primero.

4.2. Declarar la resolución del contrato celebrado mediante engaños entre el señor Torres y la señora González Cano toda vez que “no fue consiente mi poderdante la firma y existencia de más de un contrato

sobre el mismo inmueble, igualmente, donde mi poderdante cumplió y la señora AMPARO no, toda vez que se sustrajo de su obligación de perfeccionar la venta con la firma de escritura pública pues decidió vender por segunda vez”.

4.3. Se decrete el litisconsorcio facultativo en contra de los señores Leonardo Fabio y Juan Andrés Santafé Santafé.

4.4. Se decrete en favor del señor Torres el pago de la cláusula penal estipulada en los dos contratos que equivale al 30% de \$175.000.000, es decir la suma de \$52.500.000.

4.5. Decretar la resolución de los contratos y por ende, la restitución del dinero pagado al señor Elvis Ismeyer Jiménez por valor de \$50.000.000.

4.6. Decretar como condición de la devolución del inmueble, la entrega de los \$50.000.000 pagados.

4.7. De no prosperar las anteriores, se declare la nulidad de los contratos toda vez que se encuentran viciados por error inducido por los demandados al señor Torres.

4.8. Declarada la nulidad, se disponga la cancelación de la anotación #10 del certificado de tradición del inmueble #50N-20608293 que versa sobre la venta del apartamento Multifamiliar Mirador del Pinar ubicado en la calle 194 #91-51 apartamento 202 interior 2 de la señora Amparo González Cano a los ciudadanos Santafé Santafé.

5. Como hechos en los que basó el petitum de la contrademanda se narró:

5.1. El 3 de junio de 2017 Elvis Ismeyer Jiménez Beltrán en calidad de prometiente vendedor, y Pedro Raúl Torres Bernal en calidad de prometiente comprador celebraron un contrato de promesa de compraventa sobre el inmueble ubicado en la calle 194 # 91-51 apartamento 202, interior 2 del Conjunto Multifamiliar Mirador del Pinar.

5.2. El valor pactado fue de \$175.000.000 los cuales serían pagados así: \$50.000.000 a la firma del contrato; \$80.000.000 representados en el inmueble de la calle 37 #51-75 este, de Soacha (Cundinamarca); y

\$45.000.000 una vez le aprobaran al demandante un crédito.

5.3. Luego de varias citas incumplidas, el 24 de julio del mismo año, se reunieron en la Notaría 50 de Bogotá, allí, ante la prisa, el demandante suscribió rápidamente el contrato creyendo que se trataba del mismo; mientras se esperaba la autenticación del documento, le entregó al señor Jiménez \$50.000.000, y le hizo entrega del apartamento y copia del contrato, consideró hasta ese momento que se trataba del inicialmente pactado.

5.4. El señor Jiménez Beltrán le manifestó al demandante que le ayudaría a obtener el crédito hipotecario; sin embargo, sobre dicha forma de pago no quedó consignado en el contrato una fecha cierta y determinada, “por lo cual mi cliente a la fecha ya cuanta (sic) con el crédito hipotecario pre aprobado, cumpliendo con las obligaciones del mismo” con el Banco Caja Social.

5.5. El demandante le entregó todos los documentos para el crédito al señor Jiménez para que fueran radicados en el Banco Colpatria; no obstante, éste no lo hizo por lo que lo mantenían en un engaño.

5.6. En la solicitud de conciliación el señor Elvis Ismeyer Jiménez Beltrán presentó un contrato completamente diferente al suscrito con la señora Amparo González Cano.

5.7. El demandante solicitó un certificado de tradición y libertad y evidenció que el bien fue vendido a terceros, hoy los demandados Leonardo Fabio y Juan Andrés Santafé Santafé.

6. La demanda de reconvención fue admitida en auto del 27 de agosto de 2019<sup>3</sup> contra Amparo González Cano, Elvis Ismeyer Jiménez Beltrán, Leonardo Fabio y Juan Andrés Santafé Santafé.

6.1. El demandado Jiménez Beltrán en nombre propio y como apoderado de la señora Amparo González Cano contestó la demanda de reconvención y propuso como excepciones “Abuso del derecho y demanda temeraria”.

Por su parte, los demandados Leonardo Fabio y Juan Andrés Santafé Santafé guardaron silencio.

7. Surtido el debate probatorio y escuchados los alegatos de los contendientes se profirió sentencia que: desestimó la pretensión resolutoria, se abstuvo de resolver sobre las excepciones contra ella formuladas; declaró la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrada entre Elvis Jiménez Beltrán como mandatario sin representación de Amparo González Cano, como prometiente vendedor y Pedro Raúl Torres Bernal; dispuso las restituciones mutuas ordenando al primero devolver la suma entregada debidamente indexada y, al último restituir el bien; reconoció a favor del señor Jiménez Beltrán los frutos civiles a razón de \$1.200.000 mensuales desde el 20 de junio de 2019 hasta cuando restituya el bien por concepto de frutos civiles. Condenó en costas de la demanda inicial al demandado Torres Bernal.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

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

De allí que los aspectos adicionales planteados por la demandante original sobre reconocimiento de cuotas de administración y la pérdida de ganancias por otro negocio, tópicos novedosos introducidos al sustentar el recurso vertical no serán evaluados y sobre ellos no se hará pronunciamiento alguno. Menos aún para reconocer prestaciones a favor de los demandados Santafé Santafé, quienes no contestaron la demanda, no apelaron la sentencia y no son representados por la apoderada que hace la petición.

3. Con las precedentes observaciones, se estudia el disenso de la parte actora que se circunscribe a la fecha a partir de la cual se deben liquidar los frutos civiles.

Alusivo a las reglas que gobiernan la citada materia, la Corte Suprema de Justicia tiene establecido que:

*“10. La restitución de frutos, como consecuencia de la declaración de simulación de los anotados contratos de compra venta, si bien se rige por las reglas generales de las prestaciones mutuas, consignadas en el Capítulo 4º. del Título 12 del Libro 2º. del Código Civil, por aplicación analógica de lo dispuesto por el artículo 1746 de la misma obra, no por ello es dable emplear el límite temporal (la notificación de la demanda al demandado) que el artículo 964 -inmerso en dicho capítulo- establece a efectos de determinar desde cuándo está la parte obligada a restituir los frutos, “porque entonces se haría nugatorio el efecto general y propio de toda declaración de nulidad, y desde luego, de la de fenómenos afines, cuál es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (CSJSCO591995, del 15 de junio de 1995, rad. 4398. Subraya por fuera del texto original)*

*Dicho de otra manera, la declaración de simulación de los jurídicos de compraventa comporta la aniquilación de su actitud vinculante entre las partes, y, de contera, la disolución de sus efectos finales, es decir, tiene la misma un alcance o efecto retroactivo. Sobre el particular, la Corte ha expresado: ...Aunque para el efecto, como se ha dicho, deben observarse las “mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación”, entre las cuales se encuentra el artículo 964 del Código Civil,*

*esto no significa que deba aplicarse en forma absoluta, en toda su extensión, incluyendo los límites temporales a que hace alusión, porque de ser así se negaría el efecto general y propio de la declaración de nulidad, cual es el retrotraer las cosas al “estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo” (SC 087-2003 del 13 de agosto de 2003, rad. C-7010. En el mismo sentido SC 150-2003 del 16 de diciembre de 2003, rad.7714-01; SC343-2005 de 116 de diciembre de 2005 , rad. 11001-3103-011-1996-06907-01, SC 5060-2016 del 22 de febrero de 2016 , entre otras)”.*

De allí que, declarada la nulidad del negocio jurídico, se impone disponer las restituciones mutuas, debiendo volver las cosas al estado en que se encontraban cuando se ajustó el viciado contrato. Y así como al señor Torres Bernal debe retornársele el dinero que canceló indexado desde la fecha en que lo entregó; también él debe restituir el predio junto con los frutos percibidos durante todo el tiempo que lo tuvo en su poder, esto es, desde el 3 de junio de 2017, a razón de \$1'200.000,00 mensuales como se estimó en la demanda hasta el 31 de octubre de 2020 fecha en que como lo informó la actora hizo entrega del mismo, lo que corresponde a 41 meses, para un total de \$49'200.000,00.

En ese sentido se modificará el literal c) del numeral 4º de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia.

4. Corolario de lo explicado y ante el éxito del recurso, no hay lugar a imponer condena en costas en esta Sede.

**PROCESO EJECUTIVO – MUTUO - COBRO DE INTERESES**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013103040201900105 01](#)**

Tesis: En el caso concreto, se itera, no aparece acuerdo respecto de intereses de plazo, sin embargo, no puede desconocerse el negocio causal, esto es, el mutuo o préstamo que el banco otorgó a los demandados, evento para el que la ley establece la presunción de su causación, así el artículo 1163 del Estatuto Mercantil consagra “PRESUNCIÓN Y PAGO DE INTERESES>. Salvo pacto expreso en contrario, el mutuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo.” Luego, el cobro de intereses durante el plazo aparece justificado y en ello asiste razón al censor.

No ocurre lo mismo, respecto de la queja en cuanto a la época de causación de los réditos de mora, pues como él mismo lo pregonaba el título debía completarse con todos los valores que se adeudaran a la fecha en que se diligenció el título; pero la instrucción ya memorada (redactada por el mismo banco, pues evidente es que el pagaré se trata de un modelo preimpreso), señala que los intereses de mora se causan desde la fecha en que se diligencien los espacios en blanco dejados en el título. La mora en el cumplimiento de sus obligaciones era uno de los motivos que autorizaban al banco para declarar vencido el plazo y exigir el pago total de la obligación; pero si esa facultad no lo ejerció “inmediatamente”, inadmisiblemente es que cobre retroactivamente los réditos de

mora, pues de esa forma se desconoce el tenor literal del pagaré “Sobre el capital reconoceré(mos) intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, liquidados a partir de la fecha de diligenciamiento de este título y hasta cuando se haga efectivo el pago total ...”

## ANTECEDENTES

1. El Banco de Occidente S.A., instauró demanda ejecutiva en contra de International Aero Technology Import and Export Corporation S.A.S. Sigla IAT Corp y Luis Tone Jiménez Pedraza en la que pidió se libraré orden de pago a cargo de estos y a favor de la entidad bancaria, por las siguientes sumas y conceptos:

1.1. \$300'000.000,00, por capital contenido en el pagaré sin número adosado al libelo.

1.2. \$3'063.608,00 por concepto de intereses corrientes pactados, causados sobre la suma del capital desde el 13 de septiembre y el 12 de octubre de 2018 a la tasa de interés corriente del 12.97%.

1.3. \$22'792.145,00, por concepto de intereses de mora causados sobre capital liquidados a la tasa moratoria de 28.33% EA, por el lapso comprendido entre 14 de octubre de 2018 y el 25 de enero de 2019; y los causados a partir de esta última fecha.

Por las costas y gastos que demande el proceso.

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

2.1. El Banco de Occidente S.A. prestó a los demandados \$300'000.000,00, por la utilización del crédito de cartera ordinaria calendario #256002631434, contenida y representada en el pagaré sin número suscrito por los demandados el 3 de septiembre de 2018.

2.2. En el pagaré se dejaron espacios en blanco, que fueron diligenciados por el demandante por \$325'855.753,00, el 25 de enero de 2019, fecha desde la cual se encuentra vencido, todo en cumplimiento de la instrucción impartida por los demandados.

2.3. El demandado se comprometió a cancelar los intereses de mora a la tasa máxima, sobre saldos de capital a partir del 25 de enero de 2019, hasta que se verifique el pago total de la obligación.

2.4. Al día 25 de enero de 2019 la demandada no había cancelado el valor de intereses corrientes que ascienden a \$3'063.608,00 causados entre el 13 de septiembre y el 12 de octubre de 2018 a la tasa de 12.97 EA.

2.5. Al día 25 de enero de 2019 el demandado se encontraba en mora y se cobran por concepto de intereses \$22'792.145,00 a la tasa de 28.83% EA desde el 14 de octubre de 2018 y el 25 de enero de 2019.

3. Subsana la demanda, el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá en proveído del 4 de marzo de 2019 libró orden de pago en la forma que consideró legal y ordenó la notificación a la parte demandada.

4. Previo llamamiento edictal fueron notificados los demandados a través del curador ad-litem que les fuera designado, auxiliar que formuló como defensas: “Inexigibilidad de la Acción”, “Cobro de lo no debido”, “Incumplimiento de la Carga Tributaria”, “Capitalización de Intereses (Anatocismo)”, “Acción Cambiaria fundada en la Omisión de los Requisitos que el Título Deba Contener y que la Ley no Suple Expresamente”.

5. Surtido el trámite de rigor se profirió sentencia que declaró probada la excepción de “cobro de lo no debido”, desestimó las otras excepciones propuestas, dispuso seguir con la ejecución conforme al mandamiento de pago de 4 de marzo de 2019, excluyendo el numeral 1.2. y liquidando intereses de mora desde el 26 de enero de 2019, ordenó la liquidación del crédito, el remate de los bienes cautelados y de los que llegaren a serlo, y 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 40 Civil del Circuito de Bogotá, el 16 de

marzo de 2020.

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 fijación de intereses de plazo en el título valor y en la carta de instrucciones en el pagaré firmado el 3 de septiembre de 2018 por los demandados y aunado a lo anterior la excepción de cobro de lo no debido:

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.

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.

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. Por último, recalcase 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.

Ahora, transgredir las instrucciones no anula el título, sino que impone al juzgador ajustarlo a las efectivamente impartidas, como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil el 8 de septiembre de 2005: *“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”.*

Y la carga demostrativa del proceder desobediente de quien llena el título gravita en el demandado, criterio jurisprudencial respaldado por la Corte Constitucional en Sentencia T-673 de 2010:

“la carta de instrucciones puede constar en un documento escrito o de manera verbal, al no existir una norma que exija alguna formalidad.(...) En conclusión, los títulos ejecutivos que se suscriban en blanco, pueden llenarse sus espacios conforme a la carta de instrucciones. No obstante, cuando el suscriptor del título alegue que no se llenó de acuerdo a las instrucciones convenidas, recae en él la obligación de demostrar que el tenedor complementó los espacios en blanco de manera arbitraria y distinta a las condiciones que se pactaron (...)”

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

En primer lugar, no hay duda que la parte ejecutada otorgó e l pagaré base del recaudo el 3 de septiembre de 2018, título valor extendido con espacios en blanco, que fueron llenados por el tenedor legítimo de los mismos, cuya autenticidad no fue puesta en entredicho.

Aceptó la actora que los espacios dejados en blanco fueron llenados por ella, como correspondía para ejercer la acción; resta por establecer si lo hizo conforme a las instrucciones dejadas por los otorgantes, particularmente en cuanto hace al tema de los intereses que es lo que concita el reproche del apelante.

Al hacer el análisis del contenido en el título y de las instrucciones insertas en el mismo documento, es evidente que no se

pactaron intereses corrientes; tan sólo se dijo que “Sobre el capital reconocere (mos) intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida liquidados a partir de la fecha de diligenciamiento de este título y hasta cuando se haga efectivo el pago total ”; y al impartirse instrucciones para completar los espacios dejados en blanco se indicó: “1) El valor del título será igual al monto de todas las sumas de dinero que en razón de cualquier obligación o crédito, de cualquier origen, incluyendo, sin restringirse a ello, créditos de cualquier naturaleza, sobregiros o descubiertos en cuenta corriente, cartas de crédito sobre el exterior o el interior avales y/o garantías otorgadas por EL BANCO DE OCCIDENTE en Moneda legal o extranjera, financiación de cobranzas de importación o exportación, financiación de exportaciones, cheques negociados en moneda legal o extranjera, financiación de cuenta de fletes en moneda legal o extranjera y deudores varios, obligaciones dinerarias derivadas de operaciones de leasing y/o arrendamiento sin opción de compra (incluyendo entre estas las obligaciones de orden tributario y/o fiscal y/o los anticipos girados a los proveedores de negocios de leasing y/o arrendamiento sin opción de compra), Tarjeta de Crédito, Créditos de Tesorería, primas por seguro grupo deudor o por seguro de vehículo, todo lo anterior, tanto por capital como por intereses, capitalización de intereses en los términos de Ley, comisiones y gastos ocasionados por los anteriores conceptos o que por cualquier otra obligación cualquiera de los firmantes le (s) este (mos) adeudando a EL BANCO DE OCCIDENTE o a cualquier tenedor legítimo... ”.

Atendiendo tales orientaciones, tenemos: i) los intereses de mora se liquidarán a partir de la fecha de diligenciamiento del título, que lo fue el 25 de enero de 2019, no antes; y se calcularían “sobre capital”, esto es, sobre \$300’000.000,00.

ii) no se pactaron expresamente intereses de plazo, remuneratorios o corrientes.

Acerca de la ausencia de convención respecto de los réditos durante el plazo, ha indicado la Corte:

“Ciertamente, sobre las presunciones legales en casos como el que se analiza, en



sentencia de esa Sala de Casación del 28 de noviembre de 1989, esta Corte dijo: «(...) [c]onvencionalmente se pueden estipular los intereses remuneratorios y los moratorios; cuando no ha habido tal estipulación, nada debe el deudor por razón de los primeros, pero en caso de mora, ipso iure, deberá pagar intereses legales a título de indemnización de los perjuicios correspondientes (...)»; también recuerda que «la obligación de pagar intereses remuneratorios como fruto de prestaciones dinerarias no opera ipso iure, como acontece con los intereses moratorios (artículo 883 del Código de Comercio), sino que es incuestionablemente necesario que la obligación de pagarlos dimane de un acuerdo entre las partes o de una disposición legal que así lo determine». Resaltado y subrayado fuera del texto.

En ese mismo fallo refirió del análisis jurisprudencial realizado al canon 884 del estatuto mercantil, que éste: (i) «determina la tasa o el monto de los intereses comerciales en caso de mora, en todos los diferentes eventos en que pueda haber lugar a éstos, y la tasa o el monto de los remuneratorios, para cuando éstos no fueron convenidos por las partes», y (ii) «fija el límite máximo convencional de unos y otros, y su pérdida, en caso de sobrepasar los montos allí indicados (...)», y puntualizó: «De tal suerte que el Código de Comercio, permite el cobro de intereses remuneratorios o de plazo, pero sólo en aquellos negocios mercantiles “en que hayan de pagarse réditos de un capital”, bien sea por convenio de las partes o por disposición legal expresa como ocurre, por ejemplo, en los suministros y ventas al fiado, sin estipulación del plazo, un mes después de pasada la cuenta (artículo 885 del Código de Comercio), en la cuenta corriente mercantil (art.1251 C. de Co.), en el mutuo comercial (art. 1163 C. de Co.), en la cuenta corriente bancaria ( art. 1388 C. de Co.); y determina mediante el artículo 884 la tasa respectiva cuando no se ha estipulado» (Gaceta CXCVII, nº 2435). Subrayado fuera del texto.

Así, ante el silencio de las partes sobre los intereses, el precepto 884 del Código de Comercio suple el vacío señalando la tasa en que se liquidarán, precisándose que en cuanto a los remuneratorios se requiere que estén pactados, fijándolos en el

bancario corriente, situación que como ya se anotó, no aplica en el asunto bajo estudio, porque los juzgadores de instancia entendieron que la acepción «sin arriendo», o «sin intereses», refería a ese tipo de réditos, por lo que la discusión sobre los de mora que no fueron tasados, debía zanjarse con observancia en el citado precepto legal.”

5. En el caso concreto, se itera, no aparece acuerdo respecto de intereses de plazo, sin embargo, no puede desconocerse el negocio causal, esto es, el mutuo o préstamo que el banco otorgó a los demandados, evento para el que la ley establece la presunción de su causación, así el artículo 1163 del Estatuto Mercantil consagra “**PRESUNCIÓN Y PAGO DE INTERESES**». *Salvo pacto expreso en contrario, el mutuuario deberá pagar al mutuante los intereses legales comerciales de las sumas de dinero o del valor de las cosas recibidas en mutuo.*”

Luego, el cobro de intereses durante el plazo aparece justificado y en ello asiste razón al censor.

6. No ocurre lo mismo, respecto de la queja en cuanto a la época de causación de los réditos de mora, pues como él mismo lo pregona el título debía completarse con todos los valores que se adeudaran a la fecha en que se diligenció el título; pero la instrucción ya memorada (redactada por el mismo banco, pues evidente es que el pagaré se trata de un modelo preimpreso), señala que los intereses de mora se causan desde la fecha en que se diligencien los espacios en blanco dejados en el título.

La mora en el cumplimiento de sus obligaciones era uno de los motivos que autorizaban al banco para declarar vencido el plazo y exigir el pago total de la obligación; pero si esa facultad no lo ejerció “inmediatamente”, inadmisibles es que cobre retroactivamente los réditos de mora, pues de esa forma se desconoce el tenor literal del pagaré “*Sobre el capital reconoceré(mos) intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, liquidados a partir de la fecha de diligenciamiento de este título y hasta cuando se haga efectivo el pago total ...*”

7. Corolario de lo anterior, habrá de modificarse la sentencia de primer grado para incluir en la ejecución los intereses

remuneratorios deprecados.

No se impondrá condena en costas, habida cuenta del éxito parcial del recurso.

-----  
**PROCESO EJECUTIVO HIPOTECARIO – PAGARE**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013103044201900099 02](#)**

Tesis: A su vez, y conforme a lo determinado en los pagarés base de la ejecución y en atención a la autonomía que a estos recubre al tenor del artículo 619 del Código de Comercio, la exigibilidad de los montos descritos en cada uno de ellos se fijó para el 7 de septiembre de 2018; data diligenciada atendiendo las instrucciones dejadas por la obligada cambiaria, en las que se dispuso que el acreedor tenía facultad “para llenar los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento”; además que ese fue el único espacio que se dejó incompleto al momento de otorgarse los pagarés. En conclusión, el reparo formulado no tiene vocación de prosperidad

(...)

Ello, analizado en conjunto permite inferir que los \$90.000.000 echados de menos por la ejecutada sí le fueron consignados, a la cuenta que ella debió autorizar en el momento, y mal hace en desconocer su propia voluntad para valerse de forma posterior y aducir una consignación arbitraria, inexplicable y sin motivo alguno.

Conforme a lo anterior, se tiene que las alegaciones de la parte demandada no logran quebrar la decisión en los puntos que fueron atacados. Por tanto, se confirmará en su totalidad la sentencia censurada y se condenará en costas a la parte apelante.

### ANTECEDENTES

1. Los señores José del Carmen Orjuela Chaparro y Germán Eduardo García Gómez promovieron proceso ejecutivo para la efectividad de la garantía real en contra de Derly Maritza Rodríguez Montes. Reformada la demanda se pidió mandamiento de pago así, a favor del señor Orjuela Chaparro y a cargo de la demandada:

1.1. \$25.000.000 por capital representado en el pagaré No. 01, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total. Más los intereses de plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

1.2. \$95.000.000 por concepto de capital representado en el pagaré No. 03, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total y los réditos de plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

1.3. A favor de Germán Eduardo García Gómez contra Derly Maritza Rodríguez Montes por las siguientes sumas de dinero:

1.3.1. \$25.000.000 por concepto de capital representado en el pagaré No. 02, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total. Más intereses de

plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

1.3.2. \$125.000.000 por concepto de capital representado en el pagaré No. 04, junto con los intereses de mora liquidados desde el 8 de septiembre de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago total, junto con los intereses de plazo causados desde el 8 de agosto de 2017 hasta el 7 de septiembre de 2018.

1.4. Como petición especial solicitó embargo y posterior secuestro de los bienes dados en garantía, identificados con folios de matrícula #50N-20180898 y 50N-20180900 (carrera 27 A #136-26 apartamento 501 y garaje 2 Edificio Roalcaba).

2. El petitum se erigió en los supuestos fácticos que enseguida se sintetizan:

2.1. La señora Derly Maritza Rodríguez Montes suscribió a favor de José del Carmen Orjuela Chaparro los pagarés No. 01 y 03, por \$25.000.000 y \$95.000.000 respectivamente, los cuales deberían ser cancelados el 7 de septiembre de 2018. Así mismo, se pactó el pago de intereses de plazo a la tasa del 1.8% mensual, pero no se cumplió con la obligación del capital ni de los réditos.

2.2. La demandada suscribió a favor de

Germán Eduardo García Gómez los pagarés No. 02 y 04, por \$25.000.000 y \$125.000.000 respectivamente, los cuales deberían ser cancelados el 7 de septiembre de 2018; así mismo, se pactó el pago de intereses de plazo a la tasa del 1.8% mensual, pero no se cumplió con la obligación del capitalni de los réditos.

2.3. La señora Rodríguez constituyó garantía sobre los inmuebles identificados con folios de matrícula No. 50N- 20180989 y 50N-20180900.

2.4. A la fecha la demandada no ha cumplido con lo pactado, pese a múltiples requerimientos.

3. El Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá D.C. libró orden de pago por la vía ejecutiva para la efectividad de la garantía real en auto del 4 de marzo de 2019<sup>2</sup>, y se reformó mediante providencia del 20 de marzo del mismo año. Igualmente, decretó el embargo de los predios gravados con la hipoteca y dispuso notificar al tercero acreedor hipotecario, Luis Enrique Muñoz Carrero.

4. Notificada la ejecutada por conducta concluyente se pronunció<sup>4</sup>, aceptando como ciertos algunos hechos, indicando que eran parcialmente ciertos otros y negó el último. Igualmente, formuló las excepciones de mérito que denominó: *“falta de exigibilidad de los títulos valores; abuso del derecho; cobro de lo no debido; temeridad; mala fe; abuso del derecho; enriquecimiento sin justa causa”*.

5. El tercero acreedor hipotecario, Luis Enrique Muñoz Carrero, acumuló demanda ejecutiva para la efectividad de la garantía hipotecaria contra Derly Maritza Rodríguez Montes<sup>6</sup> y, mediante auto del 10 de mayo de 2019<sup>7</sup> se expidió el auto de apremio a favor de aquel y a cargo de esta por:

5.1. \$25.000.000 por concepto de capital contenido en el pagaré soporte de la ejecución, junto con los intereses de mora a la tasa máxima desde que se hizo exigible la obligación y hasta cuando se efectúe el pago.

5.2. \$25.000.0000 por concepto de capital contenido en el pagaré soporte de la ejecución, junto con los intereses de mora a la tasa máxima desde que se hizo exigible

la obligación y hasta cuando se efectúe el pago.

6. La demandada fue notificada por estado, contestó la demanda y formuló las excepciones de “cobro de lo no debido, temeridad, mala fe, abuso del derecho, enriquecimiento sin causa, usura, pago parcial de intereses”.

7. Enseguida se surtieron las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 de la Ley 1564 de 2012, culminando el trámite con la sentencia en la que se resolvió declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas, y ordenó seguir adelante la ejecución tanto en la demanda principal como en la acumulada, disponiendo la venta en subasta de los bienes dados en garantía, para con su producto pagar las obligaciones, liquidar los créditos y las costas.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

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

3. Sea del caso recordar que la acción incoada ante la jurisdicción es la ejecutiva, cuya naturaleza tiene como característica esencial la certeza y determinación del derecho sustancial que se pretende con la demanda, seguridad esta que otorga el título del cual emana la acción, el cual debe ser claro, expreso y exigible, características que reúne una obligación cuando es palmar y evidente su existencia, su objeto y su actualidad a favor de una persona y con cargo a otra, de manera plena y auténtica.

Memórese que, la obligación es **exigible** cuando puede cobrarse, solicitarse o demandar su cumplimiento del deudor; la exigibilidad, dice Hernando Morales Molina (Curso de Derecho Procesal Civil, Parte Especial) *“consiste en que no haya*

*condición suspensiva ni plazos pendientes que hagan eventuales o suspendan sus efectos, pues en tal caso sería prematuro solicitar su cumplimiento". En otras palabras "La exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago o solución inmediata, por no estar sometida a plazo, condición, o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura, simple y ya declarada"*

4. Para definir la segunda instancia, debe iniciar la Sala por recordar que la hipoteca nace por acuerdo de voluntades plasmado en un negocio jurídico que asume la modalidad de contrato; perfeccionada, otorga al titular del crédito con hipoteca los atributos propios del derecho real, esto es, disponibilidad, persecución y preferencia, así es concebido en el artículo 2432 del Código Civil: "La hipoteca es un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor". Ello significa que la hipoteca es un derecho real que se constituye sobre bienes determinados (inmuebles), enajenables, para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, sin desposeer al dueño del bien gravado y que otorga a su titular los derechos de persecución, de venta y de preferencia en el pago, para el caso de incumplimiento de la obligación principal. Dicho en otros términos, es un contrato que puede ser definido, como aquél por virtud del cual determinados bienes (inmuebles) quedan constituidos en garantía del cumplimiento de una obligación, para que, en el caso de que ésta no se realice, sean destinados a satisfacer con su importe el monto de la deuda cuyo pago se encuentra afecto por voluntad de su titular. Siendo el contrato de hipoteca accesorio, para que sea procedente el pronunciamiento acerca de éste debe existir uno principal, ya que en nuestro ordenamiento positivo se sabe que lo accesorio corre la suerte de lo principal, pues aquél no es un contrato autónomo. Tema sobre el que la jurisprudencia se ha pronunciado así: "Como lo ha señalado esta Corporación, la hipoteca no es otra cosa que 'una seguridad real e indivisible que consiste en la afectación de un bien al pago de una obligación sin que haya desposesión actual del constituyente y que le permite al acreedor hipotecario, vencido el plazo, embargar y hacer rematar ese bien, sea quien fuere la persona que estuviere en posesión de él, para hacerse pagar de preferencia a todos los demás

acreedores con títulos quirografarios".

Ahora bien, debido a su característica de ser accesorio, la hipoteca es figura que no puede ser concebida con existencia jurídica propia e independiente, si se tiene en cuenta que esta sólo concurre en función garantizadora de una obligación y como tal, inevitablemente está ligada a la obligación cuyo cumplimiento respalda. De allí que el artículo 2410 del Código Civil, aplicable a la hipoteca, preceptúe que "ésta supone siempre una obligación principal a que accede".

Es decir, que sin obligación no existe hipoteca. Característica que ni siquiera se mitiga en el supuesto de la hipoteca abierta que, como se sabe, tiene por mira garantizar obligaciones futuras, toda vez que su efectividad, al igual que cualquier hipoteca, queda sometida a que existan esas obligaciones. Razón por la cual el artículo 2438 *ibídem* indica que una hipoteca de esta clase se pueda otorgar "antes o después de los contratos a que acceda", pero condicionada a la existencia de la obligación al punto que bien puede el otorgante de la garantía hipotecaria exigir del beneficiario de la garantía y futuro acreedor, la cancelación del gravamen hipotecario abierto si es que no existen obligaciones, vale decir, cuando no existe un acreedor, bien porque no obstante haber constituido la hipoteca ya no le interesa utilizar los créditos o bien porque hizo uso de ellos y los solucionó.

Es por esas razones, que en tratándose de la acción ejecutiva hipotecaria y en eventos en los que, como aquí, la obligación principal a la que accede la hipoteca no está contenida en el mismo instrumento, el artículo 468 del Código de Procedimiento Civil que hoy nos rige exige "a la demanda se acompañará título que preste mérito ejecutivo, así como el de la hipoteca o prenda..."; es decir, atendido el carácter accesorio de la hipoteca es menester aportar junto con la demanda la prueba de la hipoteca y, además, la prueba de la obligación a la que accede.

Así, planteado el escenario legal aplicable se revela con claridad que la hipoteca requiere, con miras a hacerle cumplir su función garantizadora, la existencia previa, presente o futura de una obligación. Son indiscutiblemente conexos la hipoteca y la obligación.

No puede pasarse por alto que, la hipoteca deberá otorgarse por escritura pública, la cual deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos, requisitos que ha recalcado la jurisprudencia:

*“Al respecto es oportuno destacar que, frente a lo puntualmente consagrado en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil, es claro que el perfeccionamiento de la hipoteca ocurre a partir de la fecha de su inscripción en el registro de instrumentos públicos. En efecto, mientras que la primera de aquellas disposiciones exige que tal gravamen debe otorgarse por escritura pública, la segunda regla prescribe que “La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción”*  
(Subraya la Corte).

*De ahí que deba deducirse, como lo ha puntualizado esta Corporación, que “...este contrato accesorio, que origina el derecho real persecutorio y preferente, es contrato legalmente sometido a dos solemnidades igualmente indispensables para su existencia: el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el libro de la Oficina de Registro dentro del término legal, requisito este último al que corresponde, además, el significado y función de la tradición del derecho real de hipoteca. Así está dispuesto en los artículos 2434 y 2435 del Código Civil...”.*  
(LVIII, pág. 76).”

Por ser un derecho real, la hipoteca confiere a su titular los atributos de persecución y de preferencia. En virtud del primero, el titular puede perseguir la cosa hipotecada, en manos de quien se encuentre. Así lo establece el inciso primero del artículo 2452 del Código Civil: *“La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”.*

El atributo de preferencia "consiste en que el producto de la venta del inmueble hipotecado, lograda mediante el ejercicio de la acción de persecución, se destina al pago del crédito hipotecario, preferentemente al de cualquier otro crédito". (Gómez Estrada, César. De los

*principales contratos civiles, Pág. 466).* Esto, sin perjuicio de la existencia de los créditos privilegiados de primera clase, de que trata el artículo 2495 del Código Civil.

Importa especialmente destacar, en este análisis, el atributo de persecución. El titular de la hipoteca puede perseguir la finca hipotecada, *“sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”.* De un modo semejante, el dueño que ejerce la acción reivindicatoria o de dominio demanda al poseedor, sea quien fuere, en virtud del atributo de persecución, inherente al derecho real de dominio: si el acreedor hipotecario quiere ejercer solamente la acción real originada en la hipoteca, sólo tiene que demandar a quien posea el bien hipotecado, a su actual propietario (artículo 2452 Código Civil).

En este evento nuevamente, los derechos que pudiere tener quien empeñó sus bienes para que un tercero se viera respaldado o afianzado en una obligación que no atañe al hipotecante, se instalan en la esfera de las relaciones ajustadas entre éstos, sin que puedan en manera alguna afectar el legítimo derecho del acreedor hipotecario a quien le es inoponible la gratuidad que pudiere estar inmersa en la actuación del propietario real pues aquel, ostenta desde la constitución del gravamen, la facultad persecutoria del bien, establecida en el artículo 2452 del Código Civil.

En el contrato de hipoteca intervienen generalmente tres personas: el hipotecante o constituyente, el deudor y el acreedor hipotecario; las dos primeras calidades pueden estar en cabeza de una misma persona como cuando el propietario del bien se obliga personalmente y constituye hipoteca por esa deuda suya, caso en el cual él se encuentra en calidad de hipotecante debido a que está constituyendo el gravamen y a la vez es el deudor, porque de manera personal y directa adquirió la obligación o recibió el préstamo; aquí entonces es claro que interviene como parte en el contrato de hipoteca y como obligado en el contrato o título a que accede (artículos 2439, inciso 2, y 2454 inciso 1, Código Civil). Pero también el hipotecante y el deudor de la prestación pueden ser personas distintas, y es el caso en que el dueño del bien lo grava para la seguridad de una obligación ajena (artículo 2439 –2 ejusdem); en este evento el hipotecante sólo actúa como garante, pero no tiene la

calidad de deudor, esta calidad está en cabeza de la persona que ha aceptado la deuda o recibido el préstamo. El acreedor hipotecario siempre será el acreedor de la obligación y el dueño del derecho real sobre el bien hipotecado, esto es, la persona que realizó el desembolso de una cantidad líquida de dinero a favor de quien está en la obligación de pagar: dar, hacer, o no hacer.

Conforme a la ley sustancial, el acreedor hipotecario, cuando la obligación se hace exigible, tiene varias opciones para efectivizarla, a saber; i) la de carácter personal o ejecutivo singular que brota del derecho del crédito, que deberá dirigir sólo contra el obligado en el título quirografario si este está o no dentro de la misma escritura pública de hipoteca y si el deudor es distinto del hipotecante, con fundamento en el artículo 2449 del Código Civil modificado por el artículo 28 de la ley 95 de 1890, al cual se refiere el CAPITULO V, del Título Único, sección segunda, proceso ejecutivo, de la ley 1564 de 2012; ii) de la stirpe real o acción hipotecaria, derivada del derecho de hipoteca que debe promover contra la persona que aparezca como titular del derecho de dominio del inmueble gravado con la hipoteca, también con apoyo en la disposición atrás citada, sección, título y capítulos del régimen procesal mencionado; y, iii) la acción que se conoce como mixta, en donde puede involucrar como demandado al obligado o deudor en el título quirografario y al propietario del inmueble hipotecado, o si estos son una misma persona, contra ella, apoyado en las mismas normas y persiguiendo los bienes gravados y otros no dados en prenda o hipoteca, o si considera que el bien dado en garantía no es suficiente para garantizar el pago de la obligación.

De otro lado, se tiene que el artículo 2433 de Código Civil, dispone que: *“La hipoteca es indivisible. En consecuencia, cada una de las cosas hipotecadas a una deuda, y cada parte de ellas son obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella”*.

Esto significa que uno o todos los bienes dados en garantía responden por la totalidad de la obligación garantizada, por lo que, es a elección del acreedor, perseguir uno, varios o todos los bienes dados en hipoteca y, obviamente la acción debe dirigirse contra el propietario o los

propietarios inscritos de dichos bienes gravados.

Igualmente el artículo 1583 del ordenamiento sustancial que se viene citando, en su numeral 1º señala: *“La acción hipotecaria o prendaria se dirige contra aquel de los codeudores que posea, en todo o parte, la cosa hipotecada o empeñada. El codeudor que ha pagado su parte de la deuda no puede recobrar la prenda u obtener la cancelación de la hipoteca; ni aún en parte, mientras no se extinga el total de la deuda, y el acreedor a quien se ha satisfecho su parte del crédito, no puede remitir la prenda o cancelar la hipoteca, ni aún en parte, mientras no hayan sido enteramente satisfechos sus coacreedores.”*, significando que por esta norma tampoco es divisible la hipoteca.

5. Las obligaciones demandadas se encuentran claramente contenidas en los pagarés exhibidos por los demandantes, cuya autenticidad se presume (artículo 793 del Código de Comercio) y que además no fueron repudiados por la demandada; junto con el contrato de hipoteca de la que se arrió primera copia de la escritura pública en la que se constituyó.

6. Para el caso de la demanda principal, a la que se circunscribe el objeto de reparo, en criterio de la demandada las obligaciones inmersas en los pagarés base de la acción no son exigibles, por el contrario, y atendiendo a lo expuesto en la hipoteca, debió constituirse en mora previo a la presentación de la demanda.

Según las nociones sobre el contrato de hipoteca que ut supra se consignaron, no puede confundir éste contrato accesorio, con la obligación principal que respalda.

En la escritura 2158 del 8 de agosto de 2017 otorgada en la Notaría 6ª de esta ciudad, al constituirse la hipoteca, en la cláusula 4ª se anotó:

*“La Hipoteca que la exponente HIPOTECANTE constituye a favor de LOS ACREEDORES por medio de este instrumento, tiene el carácter de ABIERTA SIN LIMITE DE CUANTIA DE PRIMER GRADO, y garantiza o respalda cualesquiera obligación que por cualquier causa contraiga LA HIPOTECANTE a favor de LOS ACREEDORES, a partir del*

*otorgamiento de esta escritura, además de las que tenga contraídas con anterioridad a ella, aunque sus vencimientos sean posteriores al de este término, siendo entendido que garantizará o respaldará tanto los dineros entregados por concepto de capital, como también los intereses pactados, equivalente al uno punto ocho por ciento (1,8%) mensual, durante los doce (12) meses siguientes, contados a partir de la firma de esta escritura, y en caso de prórroga tácita o escrita, automáticamente sin necesidad de notificación o requerimiento, ...” y pagar intereses de mora “por el incumplimiento de las obligaciones aceptadas en esta escritura y las que consten en los diferentes títulos valores o documentos que para el efecto suscriba la HIPOTECANTE a favor de sus ACREEDORES”.*

En la cláusula quinta se consignó *“las obligaciones contraídas por la hipotecante mediante esta escritura, deberán ser canceladas en su totalidad, junto con los intereses y demás obligaciones, en un plazo de doce (12) meses contados a partir de la firma de la presente escritura, prorrogables a voluntad de los acreedores.”*

Así mismo, en la cláusula sexta pactaron *“En todos los casos en que los acreedores necesiten hacer efectivas las obligaciones garantizadas con la hipoteca que mediante el presente instrumento se constituye, bastará al efecto presentar en legal forma los respectivos títulos valores o documentos en que consten las deudas junto con una copia de la presente escritura debidamente registrada”.*

Y en la cláusula 10ª los acreedores fueron facultados para dar por vencido el plazo de cualquiera de las obligaciones garantizadas y exigir el pago inmediato, entre otros eventos:

*“1.) En caso de que LA HIPOTECANTE deje de pagar dentro del tiempo acordado cualquier obligación aquí descrita, o que consten en documentos, pagarés, letras de cambio, etc., a favor de LOS ACREEDORES.”*

Refulge de tales estipulaciones contractuales que el contrato accesorio avala cualquier obligación que hubiese ya contraído o las que adquiriera con posterioridad a ese acto la señora

Rodríguez Montes con los señores Orjuela Chaparro y García Gómez, no sólo las indicadas en dicho acto, sino las que se hicieren constar en otros documentos. Y es que según la cláusula 3ª del acto de compraventa que primeramente se hizo constar en el citado instrumento, parte del precio lo pagaba la compradora con un crédito que los aquí demandantes le concedieron por \$50'000.000,00; préstamo que no fue el único amparado, sino cualquier otra obligación que asumiera la hipotecante.

Conforme lo pactado por las partes en el citado instrumento público, se evidencia que la relación jurídica efectivamente estaba sometida a un plazo de doce meses contados a partir del 8 de agosto de 2017, lo que significa que vencía el 8 de agosto de 2018. Por ende, el plazo citado estaba ampliamente superado al momento de la presentación de la demanda 4 de febrero de 2019.

Es de agregar que, por otro lado, el acreedor se encontraba autorizado para exigir el cumplimiento de la prestación debida, pues el derecho reclamado surgió del vencimiento de plazo pactado.

Se suma a lo anterior, el hecho indiscutido que la demandada Rodríguez Montes otorgó sendos títulos valores, en la especie pagarés, con los que se comprometió a pagar las sumas de dinero que allí claramente se indicaron, dejando sólo en blanco la fecha de vencimiento, autorizando expresamente para que fuera llenado “2) La fecha de vencimiento será aquella en que se llenen los espacios en blanco”

Por ello, indubitable es que pactada la solución de la obligación a una fecha cierta, que fue superada en el tiempo, la obligación es exigible, sin que fuera necesario requerimiento previo; además, insatisfecha la obligación empezaron a generarse réditos por la mora, también sin necesidad de reconvencción para su pago.

El argumento del censor no es admisible, pues incurre en error al confundir la exigibilidad con la mora, figuras jurídicas disímiles; y también al soslayar que el contrato de hipoteca es accesorio, cuando las obligaciones cuyo recaudo se persiguen tienen fuente en los pagarés que la deudora extendió comprometiéndose a pagar

incondicionalmente las sumas de dinero allí determinadas (artículo 709 del Código de Comercio); títulos valores caracterizados por su autonomía y literalidad y que para el caso constituyen la obligación principal.

Aunado a lo anterior, la prórroga debía ser expresa a voluntad de los acreedores, situación que no ocurrió.

A su vez, y conforme a lo determinado en los pagarés base de la ejecución y en atención a la autonomía que a estos recubre al tenor del artículo 619 del Código de Comercio, la exigibilidad de los montos descritos en cada uno de ellos se fijó para el 7 de septiembre de 2018; data diligenciada atendiendo las instrucciones dejadas por la obligada cambiaria, en las que se dispuso que el acreedor tenía facultad “para llenar los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento”; además que ese fue el único espacio que se dejó incompleto al momento de otorgarse los pagarés.

En conclusión, el reparo formulado no tiene vocación de prosperidad.

6. En lo que atañe al reparo de indebida valoración probatoria referente a la excepción de cobro de lo no debido, planteado de manera retórica, abstracta e imprecisa, lo que ameritaría no hacer pronunciamiento alguno, sin embargo, dando prelación al derecho sustancial se analizará.

Encuentra la Sala que al plenario se aportó lo siguiente:

Pagaré No. 01 - CA20336424 otorgado por la demandada en que se comprometió a pagar \$25.000.000, suscrito el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018.

Carta de instrucciones para llenar “*los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento del pagaré No. 01-CA20336424*” de fecha 8 de agosto de 2017.

Pagaré No. 02 - CA20336435 por \$25.000.000, con fecha de suscripción el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018, otorgado por la ejecutada.

Pagaré No. 03 - CA20336429 por \$95.000.000, extendido el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018, otorgado por la señora Derly Rodríguez.

Carta de instrucciones para llenar “*los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento del pagaré No. 03-CA20336429 por valor de \$95.000.000*”.

Pagaré No. 04-CA20521785 que contiene una obligación por \$125.000.000, suscrito el 8 de agosto de 2017, exigible el 7 de septiembre de 2018, otorgado por la ejecutada Derly Maritza Rodríguez Montes.

Carta de instrucciones para llenar “*los espacios en blanco, especialmente la fecha de vencimiento de los pagarés No. 002-CA20336435 por \$25.000.000 y 004-CA20521785 por valor de \$125.000.000*”.

Igualmente, fue aportada la primera copia de la escritura pública No. 2158 del 8 de agosto de 2017, a través de la cual la demandada adquirió por compra los inmuebles respecto de los cuales enseguida constituyó hipoteca a favor Germán Eduardo García Gómez y José del Carmen Orjuela Chaparro.

Así mismo, se adosaron los certificados de tradición de los predios donde aparece acreditado que la ejecutada a la fecha de presentación de la demanda ostentaba la titularidad del dominio de los inmuebles gravados con la hipoteca, los que en esta causa fueron embargados y tal cautela registrada.

Se arrió, documento denominado “*Liquidación*” del 22 de agosto de 2017, aceptado por la demandada, en la que la deudora especificó que “*recibí a satisfacción \$270.000.000*”.

Misiva suscrita por la demandada dirigida a los acreedores principales del 15 de agosto de 2018, en el que la ejecutada manifiesta, entre otros aspectos, “*solicito tener en cuenta que reunir doscientos setenta millones M.Cte., no es tarea fácil*”.

7. Analizados los medios probatorios recaudados, uno a uno y en conjunto, bien pronto se concluye el fracaso de la censura pues los reproches formulados por la recurrente carecen de asidero jurídico y fáctico, y de contera, se abre paso la



confirmación de la sentencia censurada.

7.1. En efecto, las pruebas documentales dan cuenta que la ejecutada recibió un gran total de \$270.000.000 en distintos tiempos. Si bien es cierto que el señor Fernando Montoya Moreno (testigo) manifestó que efectivamente él había recibido los \$90.000.000 que echa de menos la demandada, no es menos cierto que ella misma reconoce en dos documentos distintos, ante los acreedores, que sí recibió la suma antes descrita.

Aquellos reconocimientos son de una parte, el documento denominado “Liquidación” del 22 de agosto de 2017, en el que especificó “*recibí a satisfacción \$270.000.000*”; y de otro la misiva suscrita por la demandada dirigida a los acreedores principales del 15 de agosto de 2018, en el que aquella manifestó, entre otros aspectos, “*solicito tener en cuenta que reunir doscientos setenta millones M.Cte., no es tarea fácil*”.

Adicionalmente, como lo recalcó el a quo, no consignó en la contestación de la demanda que la deudora le hubiera hecho reclamo alguno al acreedor por el desembolso errado de los \$90.000.000, es más, ni fue clara al momento de formular la excepción únicamente se centró en argumentar “*ya que a la fecha los aquí demandantes no han desembolsado la totalidad del dinero pactado por instalamentos*” sin aclarar a quién, monto y fecha de la supuesta entrega equivocada, tan solo hasta la recepción del testimonio se esclareció el argumento de aquella excepción.

Ahora bien, conforme a la certificación expedida por Bancolombia el 11 de marzo de 2016, el señor Luis Fernando Montoya Moreno era el titular de la cuenta de ahorros 299-569531-95 a la cual los acreedores le consignaron \$90.000.000.

Circunstancia de la cual no puede ahora valerse para argüir que no le fue entregada completa la suma que aquí se cobra, si en consideración se tiene la relación sentimental y comercial entre la demandada y el testigo como se desprende de la misiva del 3 de septiembre de 2018 dirigida a los aquí demandantes por la señora Derly en la que anotó: “*según las conversaciones sostenidas entre ustedes y mi esposo Fernando Montoya*” que pone en evidencia la relación familiar entre los citados, quienes además aparecen como socios accionistas únicos de Monro APB SAS (según acta agregada a la escritura de hipoteca).

A su turno, también se encuentran los mensajes electrónicos cruzados entre las partes de los que se entiende que la demandada aceptó haber recibido \$51.000.000, y en otra oportunidad manifestó que recibió \$36.000.000 (folios 250-256).

Asimismo, obra copia de la consignación hecha por \$3.000.000 a la cuenta de ahorros 299-569531-95, que era el dinero faltante según la conversación sostenida con la ejecutada el 23 de agosto de 2017.

Ello, analizado en conjunto permite inferir que los \$90.000.000 echados de menos por la ejecutada sí le fueron consignados, a la cuenta que ella debió autorizar en el momento, y mal hace en desconocer su propia voluntad para valerse de forma posterior y aducir una consignación arbitraria, inexplicable y sin motivo alguno.

Conforme a lo anterior, se tiene que las alegaciones de la parte demandada no logran quebrar la decisión en los puntos que fueron atacados. Por tanto, se confirmará en su totalidad la sentencia censurada y se condenará en costas a la parte apelante.

-----  
**PROCESO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013103046201700188 02](#)**

Tesis: En ese orden de ideas, si bien es cierto, los cálculos efectuados por el experto pretenden especificar el área del bien que reclaman los demandantes, no lo es menos que, i) ante la incongruencia que existe entre los linderos señalados en la escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 2012, con la porción que en realidad debió corresponderle al señor José Enrique Prieto González después de que se segregó el inmueble de mayor extensión, aparecen serias dudas frente al petitum de los actores, ya que, se reitera, el título del que emerge su legitimidad como adjudicatarios corresponde en su esencia a un bien completamente diferente al que era de propiedad del causante, como se explicó ampliamente en precedencia, ii) el hecho de no haber aclarado cuáles fueron los

linderos y el área que quedó a favor del señor Prieto González, después de la venta parcial que se plasmó en la escritura # 689 del 15 de marzo de 1983, supone una disyuntiva acerca de qué proporción le quedó después de la segregación, lo que se agrava aún más cuando, iii) se verifica que una franja de terreno debe descontarse porque, al parecer, hace parte ahora del espacio público, sin que se tenga certeza de cuándo se originó esa limitación a la propiedad privada, al no tener pruebas sobre el particular; por último, tales incongruencias impiden acceder favorablemente a las pretensiones, máxime porque se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria que debe ser ajeno a cualquier discusión con terceros; en el presente caso, ante la disparidad de las áreas y los linderos eventualmente podrían involucrarse sujetos ajenos a los que participaron del acto sucesoral.

Colofón, se confirmará la sentencia de primera instancia sin que se imponga condena en costas por no aparecer causadas (numeral 8° del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012).

## ANTECEDENTES

1. Martha Helena Prieto Rodríguez, María Yolanda Prieto de Zambrano, Judith del Carmen Prieto Rodríguez, Conchita Prieto Rodríguez, María Natalia Prieto de Romero, Jorge Enrique Prieto Rodríguez, Samuel Darío Prieto Rodríguez, César Augusto Prieto Rodríguez, Mauricio Prieto Rodríguez y Helver Alonso Prieto Rodríguez, junto con Diego Eduardo Cruz Prieto y Adriana Cruz Prieto en representación de la señora María Adela Prieto Rodríguez (fallecida), adjudicatarios en común y proindiviso del inmueble ubicado en la calle 181 # 32 – 48 – lote 26, dirección actual, calle 181 # 30 A – 94, dirección catastral calle 181 # 8-94, identificado con el folio de matrícula # 50N-81264, tal como consta en la escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 2012, protocolizada ante la Notaría 3ª de Bogotá D.C., dentro de la sucesión doble intestada de José Enrique Prieto González y María Anunciación Rodríguez de Prieto, instauraron demanda para que se defina el área real y definitiva del mencionado predio, junto con sus linderos respectivos. En consecuencia, se ordene protocolizar la sentencia y se disponga su inscripción ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad.

2. Los fundamentos fácticos expuestos en el libelo introductorio se sintetizan a continuación:

2.1. A través de la escritura pública #1795 del 13 de agosto de 1959, de la Notaría 9ª de Bogotá, Macedonio Ortegón y José Enrique Prieto González compraron a Alberto Segura Herrera, el lote # 26 de la parcelación San Antonio (antes La Quebrada), con una extensión de 1.343,51 varas<sup>2</sup>, identificado con el registro catastral #U- 4810 y los siguientes linderos: Por el norte: En 27 metros con los lotes # 16 y 17. Por el sur: En 18 metros con la calle de la parcelación. Por el oriente: En 38.50 metros con el lote #25. Por el occidente: En

39 metros aproximadamente con la carrera de la parcelación.

2.2. Los señores Ortegón y Prieto vendieron una parte del lote a Obdulia Barreto, por escritura pública # 696 del 21 de mayo de 1961, de la misma Notaría, con los siguientes linderos: Por el norte: En 27 metros con los lotes # 16 y 17. Por el sur: En 24.60 metros con el resto del lote que se reservaron los vendedores. Por el oriente: En 10 metros con el lote # 25 de Guillermo Zambrano. Por el occidente: En 10.10 metros con carrera de la parcelación (actualmente transversal 32).

2.3. Por escritura pública # 5117 del 17 de octubre de 1972, de la Notaría 2ª de esta ciudad, los señores Macedonio Ortegón y José Enrique Prieto González, de común acuerdo, dividieron materialmente el referido inmueble, al primero le correspondió: *“un lote de terreno, al que se distingue provisionalmente con el número ciento ochenta y uno veintiocho (181-28) de la [t]ransversal treinta y dos (32), de esta ciudad de Bogotá, Distrito Especial, Zona Menor de Usaquén, con una extensión superficial de trescientos veintisiete metros cuadrados con trescientos setenta y cinco milésimos de metros cuadrados (327.0375 mts<sup>2</sup>), lote materia de esta adjudicación que es parte del lote veintiséis (26) de la Parcelación “San Antonio”, antes “La Quebrada” con Registro Catastral número U 4810, lote materia de la presente adjudicación que queda comprendido dentro de los siguientes linderos y medidas: “Por el Norte, en veinticuatro metros con sesenta centímetros (24.60 mts) con finca vendida a Obdulia Barreto; por el Sur, en veintiún metros cincuenta centímetros (21.50 mts) con lote que se adjudica a Enrique Prieto por esta escritura; por el Oriente, en trece metros setenta y cinco centímetros (13.75 mts), con lote número veinticinco (25) de Guillermo Zambrano, y por el Occidente, en trece metros noventa y cinco centímetros (13.95 mts) con la carrera de*

la [p]arcelación, hoy [t]ransversal treinta y dos (32)”, y al segundo: “un lote de terreno, al que se distingue en la nomenclatura [d]istrital provisionalmente con el número treinta y dos cuarenta y ocho (32-48) de la calle ciento ochenta y uno (181) de esta ciudad de Bogotá, Distrito Especial, Zona de Usaquén, con una extensión superficiaria de doscientos ochenta metros cuadrados con ciento veinticinco diez milésimos de metro cuadrado (280.0125 mts<sup>2</sup>) lote materia de esta adjudicación, que es parte del lote número veintiséis (26) de la parcelación “San Antonio”, antes “La Quebrada”, con Registro Catastral número U 4810, lote materia de la presente adjudicación queda comprendido dentro de los siguientes linderos: Por el Norte, en veintiún metros cincuenta centímetros (21.50 mts), con lote adjudicado hoy a Macedonio Ortegón; por el Sur, en diez y ocho metros (18 mts) con la calle de la [p]arcelación, hoy calle ciento y uno (181); por el Oriente, en catorce metros setenta y cinco centímetros (14.75 mts) con lote número veinticinco (25) de propiedad de Guillermo Zambrano; y por el Occidente, en catorce metros noventa y cinco centímetros (14.95 mts) con la [t]ransversal treinta y dos (32), antes carrera treinta y dos (32), antes carrera de la [p]arcelación”.

2.4. El señor Jorge Enrique Prieto González vendió a Carlos Germán Farfán Patiño 119 metros<sup>2</sup> del área que le fue adjudicada en la mencionada división material, tal como se registró en la escritura pública # 689 del 15 de marzo de 1983, de la Notaría 14 de Bogotá y se abrió un folio de matrícula independiente el # 50N-1095162.

2.5. Ante el deceso del señor Prieto González, acaecido el 8 de septiembre de 1991, junto con el de su cónyuge María Anunciación Rodríguez de Prieto el 8 de mayo de 1994, sus herederos adelantaron el trámite sucesoral ante la Notaría 3ª de Bogotá, y allí el inmueble con matrícula #50N-81264 se adjudicó en común y proindiviso a los demandantes conforme a escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 2012; sin embargo, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad se abstuvo de inscribirla “porque el área de terreno no corresponde como aparece en la escritura de sucesión, por lo que se debe aclarar el área de terreno”.

2.6. El 15 de febrero de 2013 solicitaron a la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital la aclaración tanto del área como de los linderos del inmueble, frente a lo cual se emitió el acto administrativo el 19 de junio de la misma anualidad, en el que se indicó: “(...) revisados los documentos anexos a la solicitud, escritura 5117 del 17/10/1972 de la [N]otaría 02 de Bogotá D.C., escritura 689 del 15/03/1983 de la [N]otaría 14 de Bogotá D.C., certificado de tradición y libertad de la matrícula inmobiliaria 050N81264 impreso el 14/01/2013; además de compararlos y analizarlos contra la documentación existente en la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital – UADEC, el plano de manzana, la visita técnica realizada al predio el día 11/06/2013, se determinó que existe una diferencia entre los linderos que citan las escrituras descontando la venta parcial de la anotación 02 del folio de matrícula inmobiliaria y los encontrados medidos en la visita técnica. Por lo tanto, para esta entidad **NO ES VIABLE EXPEDIR CERTIFICACIÓN PLANO PREDIAL CATASTRAL** del predio arriba relacionado dado que con ello se estaría variando sin el debido soporte jurídico el área de terreno y linderos declarados en las escrituras públicas en mención (sic)”.

Adicionalmente, la Unidad realizó cuadros comparativos en los que resaltó las diferencias reseñadas, así:

| Linderos  | Linderos señalados en la visita en metros | Linderos consignados en el título en metros | Diferencia en metros cuadrados |
|-----------|-------------------------------------------|---------------------------------------------|--------------------------------|
| Norte     | 11.2                                      | 12.6                                        | -1.4                           |
| Sur       | 11.2                                      | 11.0                                        | 0.2                            |
| Oriente   | 14.7                                      | 14.75                                       | -0.05                          |
| Occidente | 14.8                                      | 14.75                                       | 0.05                           |

| Área de terreno consignada en el título (en metros cuadrados) | Área de terreno señalada en la visita técnica (en metros cuadrados) | Diferencia en metros cuadrados |
|---------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|--------------------------------|
| 280.0125-119.0                                                | 106.6                                                               | -54.41                         |

2.7. En ese orden de ideas, el área total y los linderos que deben tenerse en cuenta

son los que estableció la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital en la visita técnica.

3. Por auto del 16 de mayo de 2018, el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda a trámite de conformidad con lo previsto en el artículo 579 de la Ley 1564 de 2012, dispuso la citación de la Superintendencia de Notariado y Registro, la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, además, ordenó su inscripción en el folio # 50N-81264; el proveído se adicionó el 11 de julio de 2018, en el sentido de incluir como integrantes del extremo actor, de un lado, a los señores Diego Eduardo y Adriana Cruz Prieto, herederos determinados de María Adela Prieto Rodríguez (q.e.p.d.), y del otro, a Conchita Prieto Rodríguez.

4. El Instituto Geográfico Agustín Codazzi manifestó que no ejerce competencia en esta capital; por ende, dio traslado de la comunicación a la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital para que se pronunciara.

5. Dicha Unidad Administrativa informó que realizó la anotación correspondiente en el Sistema Integrado de Información Catastral – SIIC y anexó el plano de la manzana catastral del predio identificado con el código de sector 008523 10 14 000 00000, en el que se puede verificar el área.

6. La Agencia Nacional de Tierras explicó que no es la responsable de suministrar datos acerca de bienes urbanos sino rurales, por lo que no emitió ningún concepto sobre el particular.

7. El 12 de marzo de 2020 se practicó la diligencia de que trata el artículo 579 de la Ley 1564 de 2012; culminada la etapa probatoria, se dio apertura a la audiencia de instrucción y juzgamiento consagrada en el artículo 373 ejusdem y se dictó sentencia en cuya parte resolutive se dispuso, negar las pretensiones de la demanda, decretar la terminación del proceso y ordenar el levantamiento de la medida cautelar.

#### ANÁLISIS DE LA SALA

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la existencia de alguna

causal de nulidad que pueda viciar lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la decisión de primer grado.

2. El presente asunto versa acerca de un proceso de jurisdicción voluntaria, el cual, como bien se sabe, es aquél que no tiene contención de otra parte, sino que obedece a una solicitud elevada ante un juez para que legalice una actuación o declare un derecho, por lo tanto, quien acude ante el funcionario se denomina interesado.

Teniendo en cuenta que la Ley 1564 de 2012 contempla este procedimiento, el artículo 577 ejusdem consagra las hipótesis en las que resulta viable su aplicación; sin embargo, aunque parecen ser eminentemente taxativas al referirse a temas relacionados con la competencia asignada a los jueces de familia, los numerales 9° y 12 de dicho artículo, ofrecen un visión más panorámica al señalar que también versan sobre *“cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga señalado trámite diferente”* y *“los demás asuntos que la ley determine”*.

3. Bajo esa premisa, para establecer si la pretensión invocada por los interesados en este trámite se cataloga como un asunto regido bajo las lides de la jurisdicción voluntaria, resulta imperioso efectuar las siguientes precisiones liminares:

3.1. Si bien es cierto, ab initio, la pretensión del libelo introductorio se contraía a que se declarara que el inmueble ubicado en la calle 181 # 32 – 48 – lote 26, dirección actual, calle 181 # 30 A –94, dirección catastral calle 181 # 8-94, identificado con el folio de matrícula #50N-81264, tiene un área total de 106.6 metros<sup>2</sup> y sus linderos son: Por el norte en 11.2 metros, por el sur en 11.2 metros, por el oriente en 14.7 metros y por el occidente en 14.8 metros 10, no lo es menos que después del proveído inadmisorio calendarado el 24 de julio de 2017, el petitum se modificó integralmente, en el sentido de que sea el juez quien defina el área definitiva y real del predio, *“a fin de obtener el registro de las escrituras como títulos en el folio de matrícula inmobiliaria, para así obtener el registro de los legítimos dueños que adquirieron el derecho de sucesión (sic)”*.

3.2. Precisamente, quienes actúan en este juicio como actores aparecen como adjudicatarios en la sucesión doble intestada de los señores José Enrique Prieto González y María Anunciación Rodríguez de Prieto, la cual se tramitó ante la Notaría 3ª de esta ciudad y consta en la escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 201211.

3.3. En dicho documento se relacionó como activo el:

*“[i]nmueble ubicado en la [c]alle 181 30 A – 94 de Bogotá (...) con un área aproximada de ciento diecinueve metros cuadrados (119.00 M2) aproximadamente, con la construcción que en él existe y todas las anexidades, mejoras, usos, costumbres y servidumbres que hace parte de lo señalado con el número treinta A noventa y cuatro (30-A-94) (antes 32-48) de la calle ciento ochenta y uno (181) (...) comprendida dentro de los siguientes linderos: POR EL NORTE en extensión de (8.90 Mts) con terrenos de Albenio Camargo. POR EL SUR en (7:00 Mts) con la calle 181 de la ciudad. POR EL ORIENTE en (14.75 Mts) y POR EL OCCIDENTE en (14.95 mts) con la transversal 32, este inmueble tiene Registro Catastral U QU 181 30 A 5 según consta en la escritura pública número seiscientos ochenta y nueve (689) de fecha quince (15) de marzo de mil novecientos ochenta y tres (1983) otorgada ante la Notaría Catorce del Círculo de esta ciudad e inscrita en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad, al folio de matrícula inmobiliaria número 50N-81264 (sic)”.*

3.4. Según se corrobora en la nota devolutiva del 26 de diciembre de 2012, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad se negó a inscribir la mentada escritura en el certificado de tradición y libertad # 50N- 81264, argumentando que el título citado como antecedente no corresponde al del folio de matrícula; así mismo, que el área total del predio era de 280.0125 metros<sup>2</sup>, de los cuales se vendieron 119 metros<sup>2</sup> mediante escritura pública # 689 del 15 de marzo de 1983, lo que significa que quedaron 161.0125 metros<sup>2</sup>; sin embargo de manera inexplicable, en la escritura de sucesión se aludió a 119 metros<sup>2</sup> (al identificarse un bien raíz ajeno).

4. Ante tal inconsistencia, prontamente advierte la Sala que la razón por la cual no se pudo registrar la citada escritura pública, no se debe en realidad a que el inmueble identificado con el # 50N-81264 esté indebidamente alinderado de cara al certificado de tradición de libertad y tradición, sino al hecho total de que se presentó un error protuberante al momento de relacionar el único activo de la masa sucesoral, toda vez que los linderos allí señalados corresponden a la parte que se vendió a Carlos Germán Farfán Patiño, mas no a la que era de propiedad del señor Prieto González.

4.1. A la conclusión del yerro se arriba al examinar el certificado de tradición y libertad #50N-81264, en cuya “cabida y linderos” aparece que el lote de terreno es de 280.0125 metros<sup>2</sup> y en la anotación # 2, que se efectuó una venta parcial a favor del señor Farfán Patiño en un equivalente a 119 metros<sup>2</sup> a través de la escritura pública # 689 del 15 de marzo de 1983, lo que llevó a la apertura del folio de matrícula inmobiliaria independiente # 50N-109516214.

4.2. Por lo tanto, al revisar la escritura a la que se acaba de aludir, se observa que José Enrique Prieto le vendió a Carlos Germán Farfán:

*“[u]n lote de terreno con área aproximada de ciento diecinueve metros cuadrados (119.00 M2) aproximadamente, con la construcción que en él existe y todas las anexidades, mejoras, usos, costumbres y servidumbres que hace parte del señalado con el número treinta A noventa y cuatro (30-A-94) (antes 32- 48) de la calle ciento ochenta y uno (181) (...) comprendido por los siguientes linderos especiales: POR EL NORTE, en extensión de ocho metros noventa centímetros (8.90 Mts) con terrenos de Albenio Camargo. POR EL SUR: En siete metros (7:00 Mts) con la calle 181 de la ciudad. POR EL ORIENTE, en catorce metros setenta y cinco centímetros (14.75 mts); y POR EL OCCIDENTE, en catorce metros noventa y cinco centímetros (14.95 mts) con la transversal 32. Este inmueble tiene el Registro Catastral Número U QU 181 30 A 5”.*

4.3. Con ese panorama, al comparar la porción del inmueble vendido al señor

Farfán, con el predio que se describió como activo de la sucesión doble intestada, se puede afirmar, sin dubitación alguna, que son exactamente iguales tanto en su cabida como en sus linderos, lo que lleva a colegir que, a pesar de que en la escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 2012, se hizo referencia al inmueble # 50N-81264 como el que supuestamente se transmitiría en la causa mortuoria a los herederos del señor José Enrique Prieto González, lo cierto es que los linderos y el área allí plasmados no obedecen al bien que era de propiedad del difunto, sino al que fue vendido a otra persona, razón que permite entender la negativa de la Oficina de Registro al encontrar semejante irregularidad.

Y resulta tan palmaria la equivocación del área y los linderos en la escritura de sucesión que al verificar el certificado de tradición y libertad que se segregó del inmueble identificado con el # 50N-81264, es decir, el #50N- 1095162, cuyo titular de derecho real de dominio en su momento fue Carlos Germán Farfán Patiño, se advierte que su área total es de 119.00 metros<sup>2</sup>, misma que coincide con la reportada en aquella escritura.

5. En ese orden de ideas, como los datos de alinderación que se incorporaron en la escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 2012, resultaron ser incorrectos porque los herederos los relacionaron como si hicieran parte del inmueble identificado con el # 50N-81264, cuando en realidad eran de otro completamente distinto, no pueden pretender ahora que por esta vía judicial se corrija un vicio que se generó desde la misma creación de la escritura.

Y si bien las pretensiones esgrimidas dentro de este asunto se enfilaron a que sea el juez quien determine las áreas y los linderos reales del predio # 50N-81264, no puede obviarse el hecho de que la legitimidad de los aquí demandantes no se deriva de su calidad de propietarios de dicho inmueble, sino de su condición de adjudicatarios en la mencionada escritura pública # 2953, siendo este título la piedra angular de la solicitud elevada; por lo tanto, ante la evidente incoherencia que existe en la descripción del inmueble del que proviene el derecho alegado, esta Corporación no puede avalar la modificación deprecada, ya que tanto los linderos como el área señaladas en la mentada escritura corresponden en su

esencia a un inmueble completamente diferente del que era de propiedad del causante Prieto González, lo que, eventualmente, podría conllevar a un proceso contencioso en el que se encuentren involucradas las personas que ejercen la titularidad frente al inmueble que otrora se vendió a Carlos Germán Farfán Patiño, contrariando así la naturaleza excepcional del proceso de jurisdicción voluntaria.

Por ende, si el acto protocolario del que derivan su legitimidad los demandantes adolece de la irregularidad referida (escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 2012), sus efectos irradian a este trámite e impide obtener una declaración favorable por esta vía.

6. De otro lado, teniendo en cuenta que para la fecha en que se radicó la demanda (8 de junio de 2017), la norma imperante en materia de actualización y/o aclaración de áreas y linderos era la Instrucción Administrativa Conjunta – Instituto Geográfico Agustín Codazzi No. 01 – Superintendencia de Notariado y Registro No. 11, debe resaltarse que de conformidad con lo previsto en el numeral 1º, cuando el Registrador encuentra inconsistencias entre la cabida y los linderos señalados en la escritura con los consignados en el certificado de tradición y libertad, debe rechazar la inscripción.

Empero, con el fin de ofrecer soluciones administrativas a los múltiples casos en que se pueden presentar inconsistencias de ese talante, de un lado, se permite a la Oficina de Catastro que corrija el área, siempre y cuando exista claridad en los títulos registrados y se confirme con la verificación ocular, y del otro, cuando el propietario requiere de una reforma que altere la identificación física del inmueble, además de acreditar los títulos de dominio inscritos, se debe citar a todos aquellos que puedan tener algún interés (numeral 3.1 de la Instrucción Administrativa Conjunto *Ibíd.*).

Lo anterior significa que, además de la visita técnica que realiza la autoridad catastral, en todo caso se necesita la revisión detallada de los títulos inscritos, pues estos últimos no pueden ser incompatibles o ajenos al terreno del que se pretende hacer la correcta medición.

Siendo así, aunque se otorga prevalencia a aquellos casos en los que la alteración que debe efectuarse sólo comprende una inadecuada medición del área, la directriz de la mencionada normativa específica que “se deben adelantar cuidadosamente los trámites administrativos establecidos en las leyes, decretos y manuales; dar traslado a los interesados para que hagan valer sus derechos y velar por la protección al debido proceso y al derecho de defensa” (numeral 5.1. ejusdem), ya que en ningún evento se pueden adoptar decisiones sin la comparecencia de quienes pueden resultar afectados.

Incluso, a pesar de que los interesados están facultados para presentar planos topográficos, la mentada Instrucción precisa que “no se deben asumir como ciertos”, ya que debe recurrirse a otros elementos de convicción, los cuales ineludiblemente son los títulos registrados, al constituir el soporte jurídico del que se desprende el derecho de propiedad.

6.1. En el asunto sub judice, se observa que la Unidad Administrativa Especial de Catastro Distrital, luego de analizar la documental presentada, entre la que se encontraba la pluricitada escritura # 2953, practicó una visita el 11 de junio de 2013, para finalmente concluir, en la misma calendada el 19 de junio siguiente, que las diferencias que se presentan en las escrituras examinadas son de tal magnitud que la solicitud de aclaración de linderos y área implica una variación al inmueble, sin contar con el respaldo jurídico que lo avale.

6.2. Por tal motivo, aunque el apelante considera que la Unidad de Catastro erró en la alinderación que hizo del predio, es importante señalar, en primer lugar, que se sustentó en los documentos presentados por los interesados y en los resultados que arrojó la visita técnica que se llevó a cabo sobre el terreno, por lo que se encuentra debidamente fundado, y en segundo, los interesados tuvieron la oportunidad de elevar peticiones para aclarar lo plasmado en el informe final tal como se indicó en la parte final de la comunicación, de lo que no existe constancia de haberse realizado.

7. En lo tocante a que la juez a quo se abstuvo de efectuar la medición del inmueble en compañía del perito topógrafo y, por lo tanto, contravino la finalidad de la prueba de inspección judicial, esa es una

discusión de carácter probatorio que no será objeto de debate en esta instancia, en la medida en que ese tópico debió ventilarse antes de que se emitiera la sentencia de primer grado, más aún si se tiene en cuenta que los demandantes tuvieron la oportunidad de interponer los recursos correspondientes en caso de que se hubiera omitido adrede la práctica de alguna de las pruebas decretadas.

8. Al margen de lo anterior, vale destacar que en el dictamen pericial rendido por el topógrafo Ricardo Guerrero Pinzón, se concluyó que aunque el área total que aparece consignada en el certificado de tradición y libertad #50N – 81264 es de 280.0125 metros<sup>2</sup> (sin descontar la parte que se vendió a Carlos Germán Farfán), al practicar la medición real determinó que la misma es de 290 metros<sup>2</sup>, lo que comporta un aumento en el área registrada y documentada en los títulos inscritos.

Ahora, cuando se vendió la porción equivalente a 119 metros<sup>2</sup> a favor del señor Farfán Patiño, según consta en la escritura pública # 689 del 15 de marzo de 1983, “no se realizó en el certificado de tradición actualización de área y linderos de la parte restante descontada de la venta parcial”<sup>18</sup>, lo que se reiteró al absolver la contradicción del dictamen en los siguientes términos: “la parte restante no fue alinderada ni tampoco fue inscrita esa corrección o esa observación en el folio de matrícula de libertad y tradición”<sup>19</sup>. Tal omisión sin duda contraviene lo previsto en el artículo 2.2.6.1.2.1.11 del Decreto 1069 de 2015 (que compiló el Decreto 2148 de 1983), el cual reza: “Cuando en una escritura se segreguen una o más porciones de un inmueble, se identificarán y alinderarán los predios segregados y el de la parte restante. Si se expresa la cabida se indicará la de cada unidad por el sistema métrico decimal” (resaltado intencional).

Por lo tanto, con el fin de evitar que esta discusión pudiera trascender a terceros, debió modificarse la citada escritura para indicar con claridad cuál fue la porción que quedó después de la segregación, siendo ese el trámite idóneo para clarificar el alcance de uno de los títulos que pretenden hacer valer en este juicio.

Tiene tanta relevancia lo anterior que, al momento de levantar la medición del inmueble objeto de esta litis, el topógrafo

encontró que dentro del área global, debe descontarse una zona que hace parte del espacio público y actualmente se confunde con los andenes, pero de la que no existe ninguna constancia de cesión a favor del Distrito, lo que lleva a concluir que ante la ausencia de algún documento que sustente dicha aseveración, no pasa de ser una conjetura del perito.

9. En ese orden de ideas, si bien es cierto, los cálculos efectuados por el experto pretenden especificar el área del bien que reclaman los demandantes, no lo es menos que, i) ante la incongruencia que existe entre los linderos señalados en la escritura pública # 2953 del 3 de diciembre de 2012, con la porción que en realidad debió corresponderle al señor José Enrique Prieto González después de que se segregó el inmueble de mayor extensión, aparecen serias dudas frente al petitum de los actores, ya que, se reitera, el título del que emerge su legitimidad como adjudicatarios corresponde en su esencia a un bien completamente diferente al que era de propiedad del causante, como se explicó ampliamente en precedencia, ii) el hecho de no haber aclarado cuáles fueron los

linderos y el área que quedó a favor del señor Prieto González, después de la venta parcial que se plasmó en la escritura # 689 del 15 de marzo de 1983, supone una disyuntiva acerca de qué proporción le quedó después de la segregación, lo que se agrava aún más cuando, iii) se verifica que una franja de terreno debe descontarse porque, al parecer, hace parte ahora del espacio público, sin que se tenga certeza de cuándo se originó esa limitación a la propiedad privada, al no tener pruebas sobre el particular; por último, tales incongruencias impiden acceder favorablemente a las pretensiones, máxime porque se trata de un proceso de jurisdicción voluntaria que debe ser ajeno a cualquier discusión con terceros; en el presente caso, ante la disparidad de las áreas y los linderos eventualmente podrían involucrarse sujetos ajenos a los que participaron del acto sucesoral.

Colofón, se confirmará la sentencia de primera instancia sin que se imponga condena en costas por no aparecer causadas (numeral 8º del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012).

---

**RESPONSABILIDAD CIVIL POR ACTIVIDADES PELIGROSA**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013103046201700275 02](#)**

Tesis: Dentro de este contexto, hemos de concluir que la presunción de culpa radicada en cabeza de la empresa CODENSA S.A..E.S.P., quedó desvirtuada al romperse el nexo de causalidad al demostrarse que el daño se originó por el hecho exclusivo de un tercero, como quedó acreditado con las pruebas analizadas en precedencia.

**ANTECEDENTES**

1. Yaneth Benítez Morales, José Ricardo Torres Aponte, Julián Camilo Torres Benítez, David Salomón Vera Benítez y Edda Alejandra Vera Benítez demandaron a Codensa S.A. E.S.P, a fin de que se le declare a ésta responsable civil y extracontractualmente por los daños que aquellos fueron causados con la muerte de Ricardo Andrés Torres Benítez.

En tal virtud, se le condene a pagar la suma de \$209.410.548 por concepto de perjuicios materiales, y 350 salarios mínimos legales mensuales vigentes debido a perjuicios morales: 100 para cada uno de los progenitores (Yaneth y Ricardo) y 50 para cada uno de sus hermanos (Alejandra, Camilo y David).

2. La plataforma fáctica sobre la que se erigió el petitum puede concretarse así:

2.1. El 11 de noviembre de 2014, a las 04:30 am aproximadamente, el señor Andrés Ricardo Torres Benítez salió de laborar como mesero de una de las discotecas ubicadas en la calle 72 con Avenida ciudad de Cali.

2.2. Allí el joven Andrés Ricardo, de 22 años y 11 meses de edad, falleció electrocutado por cuanto existía cerca al sitio una “estación para tomar tinto”, y había un cable de conducción de energía eléctrica el cual no estaba protegido o aislado del espacio abierto.

2.3. Testigos afirman que con frecuencia se



acumulaba el agua allí cuando llovía.

2.4. Se demanda a Codensa S.A. E.S.P. porque faltó a la guarda de las instalaciones eléctricas, fue negligente al no recubrir las redes eléctricas.

3. Mediante providencia del 29 de noviembre de 2017 el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá se admitió la demanda formulada por Yaneth Benítez Morales (madre), José Ricardo Torres Aponte (padre), Julián Camilo Torres Benítez, David Salomón y Edda Alejandra Vera Benítez (hermanos) en contra de Codensa S.A. E.S.P.

4. La demandada formuló las excepciones que denominó: *“ausencia de prueba de los elementos de la responsabilidad, deber de probar, culpa de un tercero, culpa de la víctima, De una actividad ilícita no puede generar unos derechos, excepción genérica”*.

De igual forma, llamó en garantía a Generali Colombia Seguros Generales S.A., quien una vez notificado formuló la excepción titulada “hecho de un tercero”.

5. El Juzgado 46 Civil del Circuito profirió sentencia el 26 de marzo de 2019; sin embargo, se declaró la nulidad de esa decisión por el vencimiento del término de que trata el artículo 121 de la ley 1564 de 2012, por lo que ordenó remitirse al Juzgado 47 Civil del Circuito.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

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

3. Sobre la responsabilidad civil por actividades peligrosas la jurisprudencia explicó desde la primera mitad del siglo anterior que el artículo 2356 del Código Civil consagra una presunción de culpa, de suerte que para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria sólo se requiere

que esté probado en el proceso el daño y el nexo causal entre éste y la conducta del agente. Se ha puntualizado que esta institución forma parte del régimen de responsabilidad subjetiva porque la proposición jurídica hace expresa alusión a la posibilidad de imputar el daño a la malicia o negligencia del agente como presupuesto necesario para imponerle la obligación de reparar, y porque tal enunciado normativo se ubica en el capítulo del Código que regula la responsabilidad común por los delitos y las culpas.

Es pacífica la posición doctrinal que asume que el artículo 2356 obliga a quien realiza una actividad peligrosa a indemnizar el daño que ocasiona a terceros debido al despliegue de esa conducta. A tal respecto, la Corte Suprema de Justicia ha declarado en varias sentencias que cuando el daño proviene de *‘actividades caracterizadas por su peligrosidad’, de que es ejemplo el uso y manejo de un automóvil, el disparo de un arma de fuego o el empleo de una locomotora de vapor o de un motor, el hecho dañoso lleva en sí una presunción de culpa que releva a la víctima de la necesidad de tener que probar la del autor del daño.*”. La Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 16 mayo de 2016 ratificó:

*“cuando el daño se origina en una actividad de las estimadas peligrosas, la jurisprudencia soportada en el artículo 2356 del Código Civil ha adoctrinado un régimen conceptual y probatorio especial o propio, en el cual la culpa se presume en cabeza del demandado bastándole a la víctima demostrar el hecho intencional o culposo atribuible a éste, el perjuicio padecido y la relación de causalidad entre éste y aquél. La presunción, bajo ese criterio, no puede ceder sino ante la demostración de una conducta resultante de un caso fortuito, fuerza mayor, o de la ocurrencia de un hecho extraño como la culpa exclusiva de la víctima o culpa de un tercero (...)*”.

Es decir, no existe discusión en torno a que se debe examinar y aplicar a este asunto el régimen jurídico de la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas frente a los daños causados con la electricidad, pues “generar, conducir y distribuir energía eléctrica son actividades que la jurisprudencia ha

calificado como peligrosas”.

Lo anterior, porque la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho que:

*“A este respecto, desde la sentencia de 16 marzo de 1945 (LVIII, p. 668), “[l]a Corte, en reiteradas oportunidades, ha calificado la electricidad como peligrosa, ubicando la responsabilidad derivada de los daños causados por su virtud en las previsiones del artículo 2356 del Código Civil, en cuyo caso, el damnificado tiene la carga probatoria de “demostrar que el perjuicio se causó por motivo de la generación, transformación, transmisión y distribución de energía eléctrica” (Sentencia de 8 de octubre de 1992, CCXIX, p. 523), esto es, el daño y la relación de causalidad con elementos probatorios suficientes e idóneos, sujetos a contradicción, defensa y apreciados por el juez con sujeción a la sana crítica y libre persuasión racional. En esta especie de responsabilidad por actividades peligrosas, en la cual se sitúa, a no dudarlo, la emanada de la electricidad, a quien se señala autor del menoscabo inmotivado de un derecho o interés legítimo protegido por el ordenamiento jurídico, no es dable excusarse ni exonerarse con la probanza de una conducta diligente, pues aún, adoptando la diligencia exigible según la naturaleza de la actividad y el marco de circunstancias fáctico, para tal efecto, debe acreditar el elemento extraño, o sea, la fuerza mayor o caso fortuito, la participación exclusiva de un tercero o de la víctima como causa única (XLVI, p. 216, 516 y 561), es decir, que no es autor” (cas. civ. sentencia SC-123-2008[11001- 3103-035-1999-02191-01])”.*

4. Acerca del eximente de responsabilidad la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*“uno de los casos en que como es sabido se hace patente la existencia de una causa extraña con las secuelas eximentes que se dejan anotadas, ocurre precisamente cuando el hecho dañoso por el cual se demanda reparación le es imputable a un tercero de modo exclusivo, ya que al destruirse por ésta vía el nexo causal entre el perjuicio y la acción del presunto ofensor, queda borrada la autoría jurídicamente atribuible a éste último y, por consiguiente, no podrán entenderse*

*configurados a plenitud los elementos que se requieren para que pueda surgir y hacerle exigible la responsabilidad. Pero en orden a situar en ese punto las cosas, no debe olvidarse que el hecho del tercero, alegado para contrarrestar la presunción que se desprende de la prueba de haberse causado el daño por motivo de una actividad peligrosa, tiene que participar en buena medida de los carácter propios de la fuerza mayor exculpatoria, lo que al tenor de reiterada doctrina jurisprudencial le impone a los falladores la obligación de verificar la ocurrencia de severas condiciones, toda vez que “jurídicamente -ha dicho la Corte- no es cualquier hecho e intervención de tercero lo que constituye la causa de exoneración de responsabilidad; es necesario, entre otras condiciones, que el hecho del tercero aparezca evidentemente vinculado por una relación de causalidad exclusiva e inmediata con el daño causado, caso en el cual la responsabilidad, anexa a la noción de culpa, se desplaza del autor del año hacía el tercero en seguimiento de la causalidad que es uno de los elementos jurídicos esenciales integrantes de la responsabilidad. (...)”.*

Pauta jurisprudencial memorada más recientemente:

*“3.2. Se entiende que un tercero es aquella persona que no tiene vínculo alguno con las partes involucradas en el proceso de responsabilidad civil. La jurisprudencia colombiana ha dicho que la ruptura del nexo de causalidad por este tipo de intervención, exige que la misma haya resultado imprevisible e irresistible para el imputado, de manera que pueda predicarse que aquel fue el verdadero y exclusivo responsable del agravio.”*

5. Según quedó visto en los antecedentes, el a quo encontró mérito para exonerar íntegramente a la demandada en el presente caso, y estimó que el accidente en el cual perdió la vida por electrocución el hijo y hermano de los demandantes, obedeció a causa de un tercero, a un factor extraño, como la manipulación fraudulenta de la energía eléctrica. El apelante argumentó que no se tuvo en cuenta que se trata de una responsabilidad objetiva y, la ausencia de vigilancia, actuar negligente y desatención de los bienes de Codensa S.A. E.S.P. conllevó a la muerte de Andrés Ricardo Torres Benítez.

Para ello manifestó que no se cumplió lo establecido en el artículo 4 de la ley 143 de 1994 y la regulación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG).

5.1. Ciertamente la Sala no encuentra vocación de prosperidad al citado reparo, pues resulta ostensible que la causa del accidente no obedeció a un actuar negligente por parte de Condensa S.A. E.S.P., como tampoco a la desatención de la guarda y mantenimiento de las redes de conducción de energía eléctrica.

Ha de destacarse que la parte demandante, según el hecho 2 del libelo inaugural atribuyó *“La causa del electrocutamiento obedeció a que existían cerca al sitio en donde hizo la respectiva estación a fin de tomar un tinto, un cable de conducción de energía el cual no estaba protegido, o aislado del espacio abierto” (sic). Y achaca responsabilidad a Codensa porque “es la guardiana de estas instalaciones eléctricas, las cuales por descuido o negligencia no fueron recubiertas, o aisladas a fin de salvaguardar a los transeúntes y ciudadanos, que transitaban para aquellas calendas, por el sitio en donde ocurrió el infausto insuceso”.*

El día del accidente en el que lamentablemente falleció el joven Andrés Ricardo Torres Benítez, asistió personal de la empresa demandada que generó la *“Incidencia 4844168” dejándose allí constancia de que: “según comentarios de algunas personas de la zona en el sitio del accidente funciona un puesto de venta de tintos en las horas de la noche (...)” el señor Alejandro Rodríguez (...) se encontraba en el sitio del accidente tomando tinto cuando se acerco (sic) al poste de ap metálico de 6 metros y al parecer sufrió una descarga eléctrica”; de igual forma, hay fotografías en las que consta “cable de dúplex calibre 12 utilizada para hurto de energía (...) medidas tomadas al poste con la luminaria en funcionamiento (...) multitoma”.*

Ahora, como prueba pericial que esclareció el registro del incidente, la demandada allegó el dictamen realizado por el Ingeniero Eléctrico Gilberto Cuervo León<sup>12</sup>, en él expuso y reveló con las fotografías tomadas que *“en el lugar no existen redes aéreas de energía, como*

*tampoco ningún tipo de conductor de energía eléctrica propio de la infraestructura con posibilidad de propiciar una descarga por contacto directo” que “Las redes de energía presentes en el lugar son subterráneas, es decir, se encuentran tendidas por debajo del andén mediante tuberías especiales y el punto de conexión a las luminarias de alumbrado público se realiza mediante cámaras de inspección también subterráneas” y para acceder a “la red subterránea de alumbrado público es necesario levantar la tapa de concreto que se observa en la anterior imagen, con el empleo de palancas.- Una vez abierta la tapa de la cámara de alumbrado público, se tiene acceso a las redes de energía que allí se encuentran”, recalcando que “no existen redes eléctricas de energía de CODENSA S.A. E.S.P. expuestas al público de manera que pudieran ocasionar riesgos de tipo eléctrico para los peatones” y sobre el cableado encontrado cerca al poste de la luz dijo:*

*“no corresponde al empleado para este tipo de instalaciones por parte de CODENSA S.A. E.S.P. Esta conexión es de BAJA TENSIÓN. (...) La norma de CODENSA S.A. E.S.P. señala que los conductores empleados para las redes subterráneas de alumbrado público son alambres de cobre No. 14 AWG con aislamiento THW. El conductor hallado fuera de la cámara y conectado de manera fraudulenta a la red subterránea de alumbrado público se trata de un cable dúplex calibre 16 constitutivo de un elemento comúnmente denominado “extensión con mutitoma” que no es apto para conexiones subterráneas, pues su aislamiento está diseñado para instalaciones domiciliarias exteriores de bajo voltaje y carga y no para trabajar bajo tierra o en lugares inundados o con alta humedad (...)”*

Concluyó el experto que: (i) las redes eléctricas de Codensa en el lugar fueron instaladas siguiendo las normas técnicas *“y no ofrecen riesgo de descarga por contacto directo con las mismas, pues son SUBTERRÁNEAS”;* (ii) *la descarga que recibió el señor Torres Benítez “no provino directamente de la infraestructura eléctrica de alumbrado Público, sino de una conexión fraudulenta y clandestina presente en el lugar de los hechos y tendida por el piso”.*

En ese orden de ideas, si bien es cierto el joven Andrés Ricardo Torres Benítez recibió una descarga eléctrica, no fue porque Codensa hubiese dejado sus redes de energía expuestas y sin mantenimiento; sino debido a la acometida ilegal y clandestina instalada por un tercero con cables “para instalaciones domiciliarias exteriores de bajo voltaje”, apreciándose en las fotografías que tenían que escarbar bajo el poste para acceder a la red eléctrica y hacer la conexión fraudulenta con la que se abastecía el vehículo ambulante en el que se expedían bebidas calientes.

Es verdad que Codensa S.A. E.S.P. en su condición de dueña o guardiana de la actividad peligrosa vigila, e inspecciona las redes eléctricas, pero no lo es menos que no creó la situación causante de la electrocución del joven Andrés Ricardo Torres Benítez, no generó el ambiente para que el citado ciudadano falleciera debido a la descarga eléctrica, pues como quedó demostrado la acometida ilegal fue con un cable calibre 12 no apto para conducir energía directamente de la red eléctrica, y sobre dicha afirmación probatoria la parte actora no demostró lo contrario. Paradójicamente en los hechos aseguró que el accidente se debió a la exposición de un cable de propiedad de Codensa S.A. E.S.P. lo que quedó claramente desmentido, es más, se esclareció que se trató de la manipulación fraudulenta efectuada por un tercero.

Dicho lo anterior, es claro para la Sala la equivocación que sostiene el apelante al manifestar de forma genérica que era deber de Codensa S.A. E.S.P. vigilar sus instalaciones, pues conforme a las circunstancias de tiempo, modo y lugar habida cuenta que era temporal y se hacía en las horas de la noche por quien ejercía trabajo informal con la venta ambulante de comidas, como se constata de la hora en que sucedieron los hechos (03:50 am), y había llovido<sup>13</sup> factor que “favoreció la conducción de electricidad”.

Adicional a lo anterior, el artículo 4 de la ley 143 de 1994 hace referencia al cumplimiento de unos objetivos para la prestación del servicio de electricidad, dentro de ellos esta “mantener los niveles de calidad y seguridad”, lo que cumplió Codensa S.A. E.S.P., al punto en que el perito manifestó que la manipulación de la caja de energía eléctrica requería de

palancas, y que el cableado estaba revestido de elementos aislantes; no obstante, la manipulación ilícita de la red eléctrica para instalar el cable clandestino en condiciones burdas, junto con las condiciones meteorológicas favorecieron las circunstancias que llevaron al deceso del joven Andrés Ricardo Torres Benítez.

De otro lado, la vaga alusión a la Comisión de Regulación de Energía y Gas -CREG- no fue desarrollada al sustentar el recurso.

Por último, si bien puede tratarse de una responsabilidad objetiva por actividad peligrosa, no quiere decir que no exista para estos casos eximentes de responsabilidad, en tanto haya una prueba del evento ocurrido que así lo acredite. Lo que sucedió en últimas, fue que el demandado demostró que el daño producido tuvo origen en un factor distinto a la actividad riesgosa por él desplegada.

6. Ahora bien, en concomitancia con lo anterior, se cuestionó a la demandada por no hacer nada frente a la defraudación de fluidos, no adelantó ninguna investigación ni “administrativa” ni penal, argumento que resulta ser una especulación, que en todo caso, antes que contrarrestar la defensa, lo que hace es corroborar que según el criterio del mismo demandante la apropiación indebida del fluido eléctrico por un tercero en el sitio de los hechos ameritaba una investigación penal.

Conforme a las pruebas citadas anteriormente, valga decir, el informe realizado el día del accidente por los empleados de Codensa S.A. E.S.P., junto con el trabajo pericial allegado y sustentado, está completamente claro que lo ocurrido devino de la acometida ilegal de energía eléctrica en vía pública y en horas de la madrugada; que el cable expuesto no era de la red de energía instalada por la demandada, por el contrario que la red eléctrica en el sitio era subterránea, con los materiales apropiados y siguiendo las normas técnicas. El hecho que no se haya hecho la denuncia respectiva, no desmiente lo probado.

Dentro de este contexto, hemos de concluir que la presunción de culpa radicada en cabeza de la empresa CODENSA S.A. E.S.P., quedó desvirtuada al romperse el nexo de causalidad al demostrarse que el

daño se originó por el hecho exclusivo de un tercero, como quedó acreditado con las pruebas analizadas en precedencia.

7. Finalmente, sobre el error de facto alegado, en cuanto a que en las consideraciones se hizo referencia a un hecho que no corresponde a la realidad de este proceso, si bien se advierte que se

incurrió en tal lapsus, éste no es el pilar fundamental de la decisión, ni tampoco le resta a la valoración probatoria realizada ni derrumba las conclusiones a la que arribó la sentencia revisada, la cual será confirmada por esta Sala, con la consiguiente condena en costas al recurrente vencido.

-----  
**COMPETENCIA DESLEAL**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013199001201750513 01](#)**

Tesis: Así las cosas, la evaluación de los medios probatorios acopiados, uno a uno y en conjunto, no ponen en evidencia la incursión por parte del extremo demandado en las conductas desleales que se le endilgan, más bien muestran las desavenencias surgidas por pretéritas relaciones contractuales, que no es factible dilucidar en esta causa apegados como debemos estar los funcionarios judiciales al principio de congruencia que delimita no sólo el debate probatorio sino la decisión judicial y constituye garantía del derecho de contradicción y defensa y, por ende, del debido proceso.

**ANTECEDENTES**

1. Cabletame S.A. demandó a Efraín Tangarife Robledo, Deimer Díaz Terraza, y a las empresas T.V. Cable Colombia S.A.S. -Colcable TV- y T.V. Colombia Digital S.A.S. en la que planteó las siguientes pretensiones:

*“Primero: Ordenar al señor Efraín Tangarife Robledo a que realice las labores pertinentes a entregar los usuarios que son de propiedad de la empresa Comunicamos (+)*

*Segundo: Ordenar a las empresas TV Cable Colombia S.A.S. Colcable TV S.A.S. y TV Colombia Digital S.A.S. [a que] realice[n] las labores pertinentes a entregar los usuarios de que son de propiedad de la empresa Comunicamos (+).*

*Tercero: Ordenar a los señores Efraín Tangarife Robledo y Deimer Díaz Terraza y las empresas TV Cable Colombia S.A.S. -Colcable TV S.A.S.- y TV Colombia Digital S.A.S. convocadas reconozcan la ilegalidad de sus actos.*

*Cuarto: Declarar que los convocados incurrieron en actos de explotación de reputación ajena y desviación de clientela y aquellos que conociere el despacho.*

*Quinto: Como consecuencia de lo anterior se reconozca el perjuicio causado por parte de los convocados a la sociedad*

*convocante por los actos de competencia desleal, presuntamente cometidos, por los siguientes conceptos: daño emergente por valor de \$2.500.000 y lucro cesante por valor de \$810.000.000*

*Sexto: Ordenar a la sociedad TV Cable Colombia S.A. -Colcable TV S.A.S.-, el cese definitivo de las presuntas acciones que puedan incurrir en actos de competencia desleal y entregue mediante procedimiento por la Superintendencia de Industria y Comercio, los suscriptores.*

*Séptimo: Ordenar a la sociedad TV Colombia Digital S.A.S. el cese definitivo de las presuntas acciones que pueda incurrir en actos de competencia desleal, concretamente, que se retire de la zona de suba y entregue mediante procedimiento decretado por la Superintendencia de Industria y Comercio, los suscriptores.*

*Octavo: Condenar a Efraín Tangarife Robledo, Deimer Díaz Terraza, y las empresas TV Cable Colombia S.A.S. -Colcable TV- y TV Colombia Digital S.A.S. pagar a Comunicamos (+) perjuicios en la cuantía que se determine pericialmente, tomando en cuenta que para el efecto, los determinados para la sociedad de industria y comercio en lo referente a la competencia desleal, por los siguientes conceptos: daño emergente por valor de \$2.500.000 y lucro por valor de \$810.000.000.*

*Artículo 243 de la Decisión 486 de 2000.-*

*Para efectos de calcular la indemnización de daños y perjuicios se tomará en cuenta, entre otros, los criterios siguientes:*

*El daño emergente y el lucro cesante sufrido por el titular del derecho como consecuencia de la infracción;*

*El monto de los beneficios obtenidos por el infractor como resultado de los actos de infracción;*

*El precio que el infractor Efraín Tangarife Robledo habría pagado por concepto de una licencia del servicio de televisión por suscripción, teniendo en cuenta el valor comercial del derecho infringido y las licencias contractuales que ya se hubieran concedido.”*

2. Como soporte fáctico del *petitum* expuso:

2.1. La Comisión Nacional de Televisión - CNTV- le otorgó a La Potencia y Telecomunicaciones Ltda., hoy Cabletame S.A.S. (Con siglas Comunicamos (+)) la operación y explotación del servicio público de televisión por suscripción, de conformidad con el pliego de condiciones y la propuesta presentada por el concesionario. La citada concesión se prorrogó por 10 años más a partir del 1 de agosto de 2010; en el 2013 se firmó otrosí, mediante el cual se expandía la prestación del servicio a Tauramena, y Bogotá D.C.

2.2. Para la prestación del servicio de televisión se requiere autorización de la Autoridad Nacional de Televisión y el cableoperador *“deberá pagar a la Comisión Nacional de Televisión un valor como contraprestación por el otorgamiento de la licencia para la operación del servicio de televisión Satelital al hogar”*.

2.3. Por medio de Efraín Tangarife Robledo en calidad de agente comercial, Comunicamos (+) inició operación para la prestación del servicio de televisión por suscripción en la localidad de Suba en el año 2014. En dicha localidad suministró el servicio de televisión a más de 520 usuarios.

En el año 2016 se hizo auditoría a la oficina que operaba en Suba, donde se encontró que el administrador (Efraín Tangarife)

estaba prestando el servicio de televisión por suscripción a más usuarios de los reportados mensualmente.

2.4. El agente comercial Efraín Tangarife Robledo subcontrató operario para la localidad de Suba, y abrió oficinas sin autorización previa y expresa de Cabletame y utilizó la insignia y la señal de la empresa.

2.5. El 19 de febrero de 2017 personal con el uniforme de Colcable manipuló y cortó las redes que suministran la señal de televisión por suscripción de propiedad de Comunicamos (+), ubicadas en la carrera 106B No. 143-30 (Suba) poste No. 3173, hecho que conllevó a la suspensión del servicio de televisión de los suscriptores, lo que le ocasionó un perjuicio al usuario y a Comunicamos (+).

En el referido evento hubo presencia policial, por lo que el demandante se vio en la necesidad de encadenar la mufla de su propiedad ubicada en la citada dirección.

2.6. Efraín Tangarife Robledo suscribió un contrato de cesión con Deimer Díaz Terraza, donde informó que era desarrollista de Comunicamos (+), actuación que hizo sin informar ni recibir autorización de la parte actora. Así, el señor Tangarife le cedió al señor Deimer los usuarios para que este se desarrollara en la zona, acto con el que se evadieron obligaciones como pagos de derechos de contenido y cancelar los derechos respectivos ante la Autoridad Nacional de Televisión; igualmente, trasladó usuarios de competencia de la demandante.

2.7. TV Cable Colombia S.A. -Colcable TV – opera actualmente en la dirección carrera 103F No. 151-21 piso 1, donde antes lo hacía el agente a través de la insignia Comunicamos (+) TV.

2.8. Efraín Tangarife entregó en venta usuarios a TV Cable Colombia S.A.S. - Colcable TV S.A.S.- sin consentimiento del empresario, situación que realizó de forma arbitraria con la entrega de aquellos en la dirección que operaba Comunicamos (+) (calle 143 No. 110<sup>a</sup> -10 Local 1).

2.9. El 20 de febrero de 2017 Colcable quitó el letrero que tenía la insignia Comunicamos (+), e instaló el letrero que tenía la de Colcable.

2.10. En razón a las reiteradas conductas de perturbación para la prestación del servicio causadas por el señor Tangarife, desvío de usuarios que reciben la señal de Comunicamos (+), cobro de montos que surgen a favor de la sociedad demandada por la prestación del servicio, la representante legal de Cabletame hizo una declaración juramentada ante el Notario 40 de Bogotá el 22 de febrero de 2017 en tal sentido.

2.11. El 21 de febrero de 2017 por correo se le envía al señor Efraín Tangarife carta en la que se le informaba la constitución en mora y la terminación del contrato de administración delegada, carta que nunca fue respondida.

2.12. Al día siguiente, se envió una carta a TV Cable Colombia S.A.S. -Colcable S.A.S.- por actos perturbatorios y de competencia desleal, la cual nunca fue respondida.

2.13. Por lo anterior, se pusieron cadenas a las muflas de propiedad de la empresa ubicadas en la carrera 106B No. 143-50, localidad de Suba, poste No. 317.

2.14. El 28 de febrero de 2017 empleados de Colcable intentaron nuevamente hacer cambio de red y poner su red en la mufla de la actora, la bajaron para ponerla al interior de la camioneta, hurta red de Comunicamos (+), y así poner la de Colcable lo que generó un daño en la red, y terminó destruida por los daños.

2.15. El 7 de marzo de 2017 Daniel Alfonso Pedraza García le remite una carta a Pablo Emilio Pérez ( éste último como mandatario de Cabletame S.A.) en la que pone de presente la relación comercial que existía entre Efraín Tangarife y quien suscribía la misiva, por lo que se concluye que hicieron un negocio desde el mes de agosto de 2015 con el fin de construir redes para TV e internet; además, informó cuales eran las condiciones del negocio y el incumplimiento en el cual había recaído el señor Tangarife, incluso, a través de la esposa (Martha), “induciendo al suscriptor de la carta, a vender usuarios de los sectores construidos con el compromiso de recibir sumas de dinero en el Banco popular.”

2.16. El 8 de marzo de 2017 en la calle 142

No. 110<sup>a</sup> -10 Efraín Tangarife ofrece los servicios de TV con el nombre de Comunicamos (+)

El 15 de marzo de 2017 los funcionarios de Colcable interconectan la señal de aquella a la instalada de Comunicamos (+) a pesar de presencia policial. Se evidencia en el video al señor Efraín Tangarife, la señora Martha, Diego Neira empleado de Comunicamos (+), y técnicos de las dos sociedades; pese a la presencia de autoridad Colcable continuó con la orden del señor Efraín de conectar su red a nuestra mufla.

2.17. El 16 de marzo de 2017 por intermedio de usuarios obtuvieron dos recibos de caja No. 1901 y 1950, en los que se observa que la factura de venta tiene el logo de Comunicamos (+), con un NIT distinto, sin sus datos de contacto y ubicación, número de concesión ante la ANTV; en sí, no fueron expedidos por la demandante.

El NIT descrito en los citados recibos son de Cable y TV Yopal S.A.S., y la única forma de obtenerlo fue con el contrato de agencia comercial que el señor Efraín Tangarife Robledo se negó a firmar desde la creación del negocio realizado con Comunicamos (+), y que se encuentra suscrito por el señor Pablo Emilio Pérez (mandatario de la actora).

2.18. Efraín Tangarife y su esposa realizaron pagos parciales a favor de Comunicamos (+) solo por unos usuarios, cerca de 520, pese a que tenía más de 1.200 usuarios. Los citados pagos se evidencian en los recibos del Banco BBVA entre abril de 2016 y febrero de 2017.

2.19. El 24 de marzo de 2015 celebraron un acuerdo comercial entre Manuel Terraza Alvarado, Efraín Tangarife Robledo (cedentes) y Deimer Díaz Terraza, quien actuó como inversionista. Allí se pactó que los dos primeros son desarrollistas de Comunicamos (+), y que por medio del acuerdo se acordó ceder al señor Deimer Díaz una zona7 para que sea desarrollada por el inversionista.

En el citado contrato se estipula la relación y la agencia comercial que existe entre Comunicamos (+) y Efraín Tangarife; asimismo, se evidencia de dónde obtuvo la señal el señor Díaz Terraza.

2.20. El 3 de marzo de 2017 es sellada la oficina Calle 142 No. 110<sup>a</sup> -1, donde operaba Rafael Terraza en nombre de Efraín Tangarife con el cartel de la empresa Colcable.

2.21. El 13 de mayo de 2017 revientan la mufla ubicada en la calle 132 con avenida ciudad de Cali.

2.22. Por lo anterior se formuló denuncia contra Colcable T.V. por el delito de defraudación de fluidos, acceso o uso ilegal de los servicios de telecomunicaciones, daño en bien ajeno y demás que la fiscalía considere.

2.23. El 23 de mayo de 2017 la demandante le envió una carta a TV Colombia Digital S.A.S. donde se le explica que el señor Díaz Terraza le envió operación de televisión suscrita en la localidad de Suba, sin que contara con autorización de Comunicamos (+), misiva que no fue respondida.

2.24. En el mes de marzo de 2017 sellan la oficina ubicada en la carrera 103 F No. 151-21 piso 1.

2.25. El señor Díaz Terraza se ha negado a suscribir contrato de agencia comercial, pero sí firmó acuerdo comercial con el señor Tangarife en marzo de 2015.

2.26. Díaz Terraza le entregó dineros a Efraín Tangarife mediante actas de entrega, dineros provenientes del acuerdo comercial celebrado. Dichos otorgamientos se realizaron así: Actas de entrega del 7 de diciembre de 2016, 11 de enero de 2017, y 10 de febrero de 2017.

2.27. El 6 de marzo de 2017 se presentó el señor Deimer Díaz Terraza en las oficinas de Comunicamos (+) para hacer el pago que venía haciéndole al señor Tangarife de los dineros pactados por usuarios en el acuerdo comercial. Se firmó el acta 01-2017 en la que el señor Deimer Díaz entregó dinero y lo recibió Pablo Emilio Pérez Hernández en calidad de mandatario de Cabletame S.A: Comunicamos (+), acto con el que reconoció la agencia comercial que no se firmó, y el pago que le corresponde por la señal a la empresa demandante.

2.28. El 26 de agosto de 2017 funcionarios

de Colcable en recámara, ubicada en la avenida ciudad de Cali con avenida Suba, intenta hurtar la red de Comunicamos (+).

2.29. A partir del 1 y 2 de marzo de 2017 se presentaron quejas de los usuarios de la localidad de Suba ante la ANTV; sin embargo, el motivo de dichos disgustos es a causa de las conductas desplegadas por los demandados como el corte de señal en varios puntos de la ciudad y localidades.

2.30. La denuncia antes referida contra Colcable S.A.S. le correspondió a la Fiscalía 391, radicado 2017-18370, donde citaron a las partes a conciliación para el 2 de octubre de 2017 a la cual la denunciada no asistió.

2.31. Actualmente la empresa que suministra la señal a los usuarios es Comunicamos (+); sin embargo, el recaudo de dinero es de Colcable, situación que le ha generado confusión a los suscriptores y pérdidas a la empresa, pues la demandante es quien debe responder económicamente ante las programadoras y la Autoridad Nacional de Televisión.

3. Subsana la demanda y reformada en el sentido de anexar pruebas, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio el 21 de noviembre de 2017 admitió la demanda de Cabletame S.A. contra Efraín Tangarife Robledo, Deimer Díaz Terraza, TV Cable Colombia S.A.S. y TV Colombia Digital S.A.S.

4. TV Cable Colombia S.A.S. -Colcable TV S.A.S.- contestó y formuló las excepciones de *“Inexistencia del elemento jurídico o material en virtud del cual, se afirma, se produjo la inicial relación legal, de la cual derivaría del presunto daño”*; *“Inexistencia del hecho del cual, en lo que hace a la empresa TV Cable Colombia S.A.S. Colcable TV S.A.S., se afirma, se originó el presunto acto de competencia desleal y derivaría el correlativo deber de indemnización del pretendido perjuicio”*, *“Incumplimiento por parte de la demandante al deber de debida postulación y demostración de las conductas denominadas “explotación de reputación ajena y desviación de clientela” e inexistencia material de los hechos que afirman”*, y *“Alegación relativa a la improcedencia de las pruebas pedidas en la demanda.”*



Además presentó demanda de mutua petición en la que alegó actos de competencia desleal derivados de desviación de clientela, actos de desorganización, actos de descrédito, y de violación de normas.

5. Deimer Díaz Terraza contestó y formuló las excepciones de: Compensación y Cobro de lo no debido.

6. Efraín Tangarife Robledo contestó la demanda y planteó como defensas: *“Inexistencia absoluta del nexo contractual o vínculo jurídico del cual, se afirma en la demanda, deriva el presunto perjuicio atribuido.”*, *“Inexistencia absoluta del vínculo material o relacional de negocios que se afirma existencia entre la demandante y el demandado Efraín Tangarife Robledo”*, *“Inexistencia procesal de debida postulación de las conductas denominadas “explotación de reputación ajena y desviación de clientela” e inexistencia material de los hechos que las afirman”*

Así mismo, Efraín Tangarife presentó demanda de reconvención contra Cabletame S.A.S., la cual fue admitida el 11 de diciembre de 2018, en la que propuso las siguientes pretensiones:

6.1. Declarar que Cabletame S.A.S. Comunicamos (+) está incurso en comportamiento de competencia desleal derivada de acta de desviación de clientela, actos de desorganización, actas de descrédito y violación de normas (artículos 7, 8, 12 y 18 de la ley 256 de 1996).

6.2. Ordenarle cesar en forma total y definitiva la comisión de los actos de competencia desleal aquí señalados o de cualquier otra índole.

6.3. La devolución inmediata y a favor de Efraín Tangarife Robledo de sus redes de televisión cerrada por cable e instaladas en el sector de Suba.

6.4. Condenarla al pago de perjuicios materiales, lucro cesante, perjuicios morales, indemnización por afectación al buen nombre, e intereses moratorios causados al señor Efraín Tangarife Robledo así: \$24'325.000 por concepto de pérdida de redes que ostentaba el señor Tangarife en un total de 520 usuarios, con

una tasa de incremento mensual de 25 usuarios, aproximadamente 300 usuarios a la fecha.

\$350'000.000 por concepto de daños materiales y elementos utilizados en la implementación de redes de distribución de televisión cerrada por cable.

\$150'000.000 por daño al buen nombre personal y comercial del señor Efraín Tangarife Robledo, más intereses moratorios derivados de los citados rubros.

6.5. El sustento fáctico de la contrademanda fue:

6.5.1. El 11 de marzo de 2015 adquirió del señor José Miguel Bello y/o Fibercom S.A.S. una red física de distribución de televisión cerrada por cable en la localidad de Suba dispuesta de la siguiente manera: desde la mufla de conexión ubicada en el sector de la intersección avenida El Tabor con la avenida ciudad de Cali, en línea quebrada hacía el sector del centro comercial Subazar y de allí, en línea quebrada hacía Tuna Alta (Plano No. 1), red troncal elaborada en fibra óptica de 24 hilos con una extensión de 3 kilómetros con 69 metros.

Asimismo, tenía como punto de inicio la misma mufla ubicada en la intersección de la avenida el Tabor con avenida ciudad de Cali, actual sitio de conexión de la red con la troncal provista por Cable TV & Yopal S.A.S.

Esta negociación contó con el conocimiento previo y aceptación del señor Pablo Emilio Pérez Hernández.

6.5.2. Por la adquisición de la citada red, entre Efraín Tangarife y Pablo Emilio Pérez acordaron de manera autónoma que actuarían como “socios de hecho dentro de la explotación económica de la red”, dándose por terminado el contrato de agencia comercial, y el señor Efraín Tangarife aportó la red, en tanto el señor Pedro Emilio Pérez Hernández aportaría la señal de televisión proveniente de Cabletame S.A.S. Comunicamos (+) para lo cual afirmó contar con las autorizaciones del caso.

Conforme al acuerdo, el señor Tangarife podía por intermedio de terceros expandir el negocio, quienes pagarían al señor Pérez

Hernández la correspondiente proporción por los usuarios que fueran materia de afiliación, y las mensualidades de permanencia que se obtuvieron por dicha vía.

6.5.3. Durante el desarrollo del acuerdo Efraín Tangarife notó las falencias del servicio como caídas de señal, cortes de programas, cambios intempestivos de parrilla, emisión de programas y canales que pertenecían de forma exclusiva a otros operadores.

6.5.4. Por lo anterior, se vio obstruido el crecimiento y permanencia de los usuarios, pérdida de imagen comercial, inseguridad jurídica, por lo que se generaron reclamos entre Efraín Tangarife al señor Pablo Emilio Pérez.

6.5.5. Por no superarse tales impases, el señor Tangarife le manifestó al señor Pablo Emilio Pérez Hernández la necesidad de dar por terminada la sociedad de hecho por lo que procedería a conseguir un nuevo proveedor de la señal motivo por el cual harían la distribución de usuarios.

6.5.6. El señor Tangarife Robledo le manifestó al señor Pérez Hernández que el acto de desconexión de su red a la troncal se realizaría el 19 de febrero; sin embargo, en forma intempestiva apareció una misiva emitida por Cabletame S.A.S. Comunicaciones (+) mediante la cual dio por terminada una relación de negocios.

6.5.7. En la búsqueda de un nuevo operador, el señor Tangarife se entrevistó con diversas empresas enterándose que la representante legal de Cabletame S.A.S. había enviado comunicaciones telefónicas y escritas, en las que hacía un descrédito de la prestación de su servicio.

6.5.8. Ante la imposibilidad de conseguir un proveedor de señal de televisión, se vio en la necesidad de realizar un contrato de comodato con Visión – Net S.A.S. , representada por Manuel Terraza Alvarado, la que hizo alianza con TV Cable Colombia S.A.S. -Colcable-.

6.5.9. Como quiera que la conexión de redes, la troncal de provisión de señal de Cabletame S.A.S., y la red de distribución de Efraín Tangarife, se encontraban en la mufla ubicada en la intersección de la avenida ciudad de Cali con avenida el

Tabor, cuando se pretendió hacer la labor de conexión del señor Efraín Tangarife a la red de Colcable S.A.S., apareció el personal del señor Pablo Emilio Pérez Hernández con agresiones físicas, y daños a los equipos, motivo por el que hubo intervención policial, inclusive, el citado ciudadano manifestó que el demandante el reconvenido estaba hurtando cables de Cabletame Comunicamos (+).

6.5.10. Debido al convenio celebrado entre Visión – Net S.A.S., TV Cable Colombia S.A.S. -Colcable- y el señor Tangarife, dispusieron la creación de nuevas redes físicas de transmisión; no obstante, se ha visto obstaculizada dicha actividad por parte de Cable & TV Yopal, Pablo Emilio Pérez Hernández y/o Cabletame S.A.S. Comunicamos (+). Los señalamientos han sido: i) estar operando bajo la señal de Cabletame Comunicamos (+); ii) que el señor Tangarife recaudó dineros de Cabletame S.A.S. Comunicamos (+); iii) que es la única entidad autorizada para prestar servicio en esa zona de Bogotá; iv) que todas las redes existentes en la zona son de Cabletame S.A.S. Comunicamos (+).

6.5.11. Al momento de la pérdida de redes el señor Tangarife ostentaba unos 550 usuarios, con una tasa de crecimiento mensual de 125 usuarios, y un estimado de 300 usuarios, lo que ocasiona una pérdida acumulada de \$24'325.000. Además, el señor Tangarife ostenta un detrimento derivado de los hechos, por lo que se debe condenar a intereses moratorios.

7. Las contrademandas fueron admitidas el 11 de diciembre de 2018.

8. Enseguida se dio paso al debate probatorio y culminado este se profirió sentencia que denegó las pretensiones de la demanda inicial, declaró probadas las excepciones de *inexistencia debida postulación de las conductas denominadas explotación de la reputación ajena, desviación de clientela, e inexistencia material de los hechos que las afirman, inexistencia del hecho del cual en lo que hace a la empresa TV Cable Colombia S.A.S. Colcable TV S.A.S., se originó en el presunto acto de competencia desleal y se derivaría el correlativo deber de indemnización de lo pretendido, falta de legitimación en la causa por pasiva y cobro de lo no debido*. Igualmente,

desestimó las pretensiones de las contrademandas. A los demandantes los condenó en costas.

### ANÁLISIS DE LA SALA

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

2. Preliminarmente se advierte que la Sala de Decisión se pronunciará única y exclusivamente acerca de los reparos señalados por el apelante Cabletame en la primera instancia, que desarrolló y sustentó ante esta sede de conformidad con lo regulado en los artículos 320, 327 y 328 de la Ley 1564 de 2012.

3. Para definir la instancia, preciso es recordar que el artículo 164 de la Ley 1564 de 2012 erige el principio de necesidad de la prueba en el baluarte principal de la decisión judicial, de manera que ésta solo sea el reflejo de los medios legal y oportunamente aportados al proceso, necesidad que se revela en cada uno de los sujetos procesales, de acuerdo con su interés frente al debate y que da surgimiento a la dinámica en que se tensan las razones de la dialéctica cuya conclusión debe resolverse a favor de una de ellas y en contra de la otra, conforme a la robustez de sus asertos.

El desconocimiento de este principio por los enfrentados, determina al fallador la adopción de decisión que, en todo caso desate la suerte de los derechos en conflicto, previo señalamiento del sujeto a quien incumbía la conducta activa de proveer las pruebas necesarias para no verse desfavorecido con la sentencia.

Se articula de este modo el sistema con el principio de la carga probatoria contenido en el artículo 168 ídem en concordancia con el artículo 1757 del Código Civil que instala en la órbita de los contradictores, el gravamen de asumir las actuaciones tendientes a dotar de certeza al juzgador sobre los hechos que alega y en los que edifica sus aspiraciones procesales.

4. Centrada la Sala en el análisis del objeto del litigio, debe poner de presente que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien

común, al tenor del canon 333 de la Constitución Política que, de igual modo prevé la libre competencia económica como un derecho de todos, que supone responsabilidades. Este postulado, restringido al plano de la protección que debe existir en la economía de mercado contra los actos desleales de los competidores, se encuentra desarrollado en la ley 256 de 1996 de la cual resulta imperativo entrar a cotejar para el caso objeto de decisión, los presupuestos contenidos en su artículo 2º que delimita el ámbito de aplicación de la citada ley a aquellos actos de deslealtad que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales:

*“ARTÍCULO 2º. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN. Los comportamientos previstos en esta ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que realicen en el mercado y con fines concurrenciales. La finalidad concurrencial del acto se presume cuando éste, por las circunstancias en que se realiza, se revela objetivamente idóneo para mantener o incrementar la participación en el mercado de quien lo realiza o de un tercero.”*

En primer lugar, el concepto de mercado que reiteradamente venía asumiéndose como un espacio de encuentro entre compradores y vendedores, evoluciona ante las exigencias del intercambio actual de bienes y servicios para abrir paso a un entendimiento del mercado como la interacción espontánea entre los diversos participantes de la relación oferta-demanda.

En cuanto al segundo elemento, esto es, la finalidad concurrencial de los actos atribuidos a la parte demandada, debe estarse a la presunción establecida en la misma norma, es decir, cuando el acto o conducta permite a quien lo realiza, mantener o incrementar la participación o la cuota que tiene en el mercado.

*“El objetivo operativo de la política de la competencia es el de garantizar el libre accionar de la iniciativa privada y, a la vez, garantizar la igualdad de oportunidades para los diversos actores en el mercado. Se busca entonces que las firmas ganen su mercado actuando bajo su propia iniciativa y de manera individual, sin hacer acuerdos o aprovechar alguna posición dominante para excluir la*

*competencia. Para cumplir con este objetivo, la política de la competencia establece reglas que protejan a las firmas débiles y a los consumidores, de tales potenciales conductas discriminatorias o hechos de posición dominante.*

*El concepto de competencia no debe confundirse con el de libertad total en el mercado (laissez faire); este último significa que el Estado no debe intervenir en la vida económica y que las personas deben competir libremente, sin ningún tipo de trabas. El concepto de competencia no implica falta de regulación, donde ésta pudiera ser necesaria, ni falta de atención a los objetivos públicos. Los agentes económicos, por su naturaleza, son proclives a trampear la competencia para beneficio propio, por lo cual el Estado establece normas para velar por los intereses públicos y por el adecuado funcionamiento de la competencia en los mercados. Adam Smith anotaba en su obra, La Riqueza de las Naciones, que las reuniones de los hombres de negocios, aun cuando parezcan casuales y desprevenidas, casi siempre terminan en arreglos o conspiraciones dirigidas contra el bolsillo de la gente.”*

El despliegue de actos de competencia en el mercado con fines concurrenciales, es perfectamente lícito pues a ello se contrae el propósito de todo sistema económico de mercado basado en la libertad competitiva y en las fuerzas dinámicas de la relación oferta y demanda, respaldadas además constitucionalmente desde el precepto ut supra referido.

En efecto, es lícito competir, es lo natural en el mercado y lo que de él se espera; es legítimo cautivar la clientela, es legítimo perseguir el incremento del porcentaje de participación de mercado y buscar que el competidor o los demás participantes reduzcan su cuota de participación en el mismo.

Lo censurable es que tales metas se alcancen acudiendo a maniobras desleales con los participantes, mediante un pulso que se gane contraviniendo la sana competencia, contrariando las sanas costumbres mercantiles, apartándose de los postulados de la buena fe comercial, de los usos honestos en materia industrial o comercial –aun cuando los participantes no sean comerciantes ni sostengan una

relación de competencia-; y cuando se afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado (artículo 7º de la ley 256 de 1996).

5. Lo que debe ser determinante para definir la suerte de la instancia, es el carácter desleal o no que haya tenido la actuación competitiva que recíprocamente se endilgan las partes, que es donde realmente radica la protección prodigada por la ley 256 de 1996; ello impone entonces

ocuparse de la estructuración de esos comportamientos a título de desviación de clientela y explotación de la reputación ajena que en los artículos 8 y 15 de la Ley 256 de 1996, se califican de desleales, y que Cabletame imputa a los demandados.

5.1. El primer comportamiento endilgado como desleal, desviación de la clientela hace referencia a *“toda conducta que tenga como objeto o como efecto desviar la clientela de la actividad, prestaciones mercantiles o establecimientos ajenos, siempre que sea contraria a las sanas costumbres mercantiles o a los usos honestos en materia industrial o comercial”*; los actos de descrédito corresponden a *“ [...] la utilización o difusión de indicaciones o aseveraciones incorrectas o falsas, la omisión de las verdaderas y cualquier otro tipo de práctica que tenga por objeto o como efecto desacreditar la actividad, las prestaciones, el establecimiento o las relaciones mercantiles de un tercero, a no ser que sean exactas, verdaderas y pertinentes”*

5.1.1. Para el caso en estudio y en lo concerniente a dicha causal se tiene que como pruebas de la desviación de clientela Cabletame S.A.S. allegó un listado de usuarios no reportados en un software de propiedad de aquella, tanto es así que tenía cerca de 1.100 o 1.200 registrados, mientras que reportados solo había 520. El punto de apelación se centra en que la referida prueba acredita la desviación de clientela, pues se trata de usuarios con la señal de Cabletame S.A.S. suscritos a ella, no reportados y que terminaron afiliados a otra compañía.

Siguiendo las directrices mencionadas, para demostrar la existencia de la pretendida competencia desleal, debía

probarse que los demandados desplegaron sus actos para obtener la desviación de la clientela, la confusión de los clientes y uso de la imitación de marcas, para lo cual debió acreditarse que con ellos se estaba impidiendo a los consumidores diferenciar la procedencia de los servicios ofrecidos y suministrados por una empresa con los de otra, hecho que no está probado en este asunto.

Así, es evidente que según la confesión inserta en la demanda, en cuanto a que originalmente surgió entre la demandante y el señor Tangarife un vínculo de agencia comercial, por virtud del cual era natural y obvio que este demandado promocionara, difundiera, ofreciera y suministrara los servicios de su agenciado; relación de la que se dice se dio por terminada por la actora, sin que exista probanza sobre las condiciones de modo, tiempo y lugar en que ello ocurrió.

Por otra parte, según la versión de la representante legal de la demandante, la relación comercial generada entre Efraín Tangarife y Cabletame nunca estuvo definida y al finalizarla, debían “reunirse a repartirse los usuarios”, lo que significa que no eran en totalidad del apelante como lo afirman; además, tampoco está clara la terminación de dicho vínculo, se dio en el curso del tiempo después de enero o febrero de 2017 y no se puede determinar con precisión de la finalización, liquidación y repartición de usuarios, y así poder establecer desde cuándo atrajeron indebidamente clientes o usuarios supuestamente de la demandante.

Además, la desviación de la clientela debió acreditarse con el incremento de las ventas, o del aumento de los compradores de la parte pasiva, y la correlativa disminución o merma en los usuarios atendidos por la empresa demandante, como consecuencia de los actos que se atribuyen a la parte pasiva, para que así el juzgador pudiera inferir que en verdad en razón a tales actos pudieran prosperar las pretensiones, situación que no está probada, como bien lo concluyó el a quo.

Es que el mero listado de afiliados no revela por sí misma una desviación de clientela, pues al no tener si quiera claras las condiciones negociales entre Tangarife y la sociedad actora, mal puede afirmarse un acto de competencia desleal, pues como

dijo el señor Efraín Tangarife se acordó expandir la compañía lo que parece que se cumplió al incrementar el índice de afiliados. Así, el hecho de no reportar el incremento de usuarios bien podría tratarse de un aspecto contractual, el cual ni siquiera está definido.

No puede soslayarse que al no haber claridad en el origen contractual de la relación comercial tampoco la hay sobre las facultades y limitaciones que tenía el señor Tangarife tanto en el uso de signos distintivos, el cobro de cuotas de suscripción, publicidad, utilización de equipos y redes, etc., tanto es así, que de cara al manejo de los clientes el citado ciudadano y la representante legal de Cabletame S.A.S. tienen dos conceptos completamente distintos sobre el cobro, por ejemplo, el primero aseguró que durante seis meses de pago que se generara era para él en aras de recuperar la inversión, y por el contrario la segunda manifestó que mes a mes debía reportar los pagos. Por ende, no había ni siquiera una disposición clara en el reporte del pago.

Por otra parte, es de resaltar que el traslado de usuarios automáticamente a Colcable es una mera suposición, toda vez que la representante legal de la sociedad demandante así lo manifestó, y bien pudieron escoger otro proveedor de red. Además, no hay prueba contundente que acredite la cesión directa de los supuestos usuarios de ‘propiedad’ de Cabletame a Colcable.

5.2. En lo concerniente a la endilgada explotación de la reputación ajena, memoremos que tal acto de competencia desleal se concibe legalmente así:

“ARTÍCULO 15. EXPLOTACIÓN DE LA REPUTACIÓN AJENA. Se considera desleal el aprovechamiento en beneficio propio o ajeno de las ventajas de la reputación industrial, comercial o profesional adquirida por otro en el mercado.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el Código Penal y en los tratados internacionales, se considerará desleal el empleo no autorizado de signos distintivos ajenos o de denominaciones de origen falsas o engañosas aunque estén acompañadas de la indicación acerca de la verdadera procedencia del producto o de expresiones

tales como "modelo", "sistema", "tipo", "clase", "género", "manera", "imitación", y "similares".”

5.2.1. Para el caso, el uso de la insignia de Comunicamos (+) no implica necesariamente una explotación de la reputación ajena o un aprovechamiento indebido de la misma, toda vez que como bien lo afirmaron tanto Efraín Tangarife como la representante legal de Cabletame, independientemente del tipo de relación comercial que tuvieron, aquél tenía autorización para utilizar la marca, expandir el negocio, y como no se tiene claridad de la finalización del convenio, no es posible decir desde cuándo no podía emplear tal signo.

Adicionalmente, las fotografías y grabaciones no dan cuenta de las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se hicieron, por lo que no es un elemento de juicio contundente para concluir que se explotó por los demandados la reputación de la sociedad accionante. Es imperioso reiterar que, al no existir claridad acerca de la fecha de inicio y finalización del convenio comercial que tuvieron Cabletame y el señor Tangarife, no hay elementos para determinar a partir de cuándo ya no podía usarla, habida cuenta que es diáfano que hubo permisibilidad para su uso.

Tampoco el hecho de que el local donde inicialmente funcionó Comunicamos (+) haya pasado a manos de Colcable S.A.S. significa por sí solo, que se trate de explotación de la reputación ajena alegada. Es más, el hecho que la segunda de las sociedades funcionara posteriormente en el mismo establecimiento donde estuvo la primera podría generar confusión a los consumidores; sin embargo, la misma actora afirmó que los usuarios se presentaban ante sus oficinas para afiliarse nuevamente a Comunicamos (+), lo que significa que no se generó confusión del cliente, y la explotación de su reputación no se configuró en los términos que aduce el apelante.

No resulta superfluo añadir, como lo dijo el sentenciador de primer grado, para encuadrar la acusación de explotación de la reputación ajena, es imprescindible que exista, por un lado, la realidad jurídica del signo distintivo, y en segundo lugar, el reconocimiento comercial, profesional o

industrial de aquél que es objeto de explotación y este último presupuesto no está acreditado. La fama y el buen nombre se traduce en prestigio y valor comercial tanto en la capacidad de atracción de la clientela, como en la posibilidad de que la utilización de los signos entrañe la asociación, y para este asunto ello no fue probado.

Es de resaltar que dentro de las funciones dadas a Efraín Tangarife, según las declaraciones de los extremos de la litis, era dar a conocer el nombre de Cabletame S.A.S. Comunicamos (+), inclusive, el mismo señor Tangarife afirmó que a su costa realizó publicidad de la insignia de la actora. Y es que si bien hay una misiva del 21 de febrero de 2017 mediante la cual Cabletame S.A.S. da por terminada la alianza comercial que constituyeron con Tangarife, no es menos cierto que la representante legal declaró que “las dificultades duraron cuatro o cinco meses”. Por tanto, con esas facultades bien era posible que el demandado pudiera utilizarla sin que a la fecha se tenga presente, se itera, desde cuándo puntualmente no podía usarla, toda vez que, como lo confesó la actora la finalización del convenio se dio por fases, de forma prolongada en el tiempo.

En lo que atañe a la liquidación y distribución de clientes tampoco hay certeza teniendo en cuenta que aquellos declararon aspectos distintos, como por ejemplo, Cabletame dijo que los clientes sería divididos 50% y 50%, mientras que el señor Tangarife manifestó que uno de los objetivos era ceder los usuarios a empresas grandes y las ganancias serían el 85% para él, y el 15% restante para Cabletame S.A.S.

6. Así las cosas, la evaluación de los medios probatorios acopiados, uno a uno y en conjunto, no ponen en evidencia la incursión por parte del extremo demandado en las conductas desleales que se le endilgan, más bien muestran las desavenencias surgidas por pretéritas relaciones contractuales, que no es factible dilucidar en esta causa apegados como debemos estar los funcionarios judiciales al principio de congruencia que delimita no sólo el debate probatorio sino la decisión judicial y constituye garantía del derecho de contradicción y defensa y, por ende, del debido proceso.

7. Corolario de lo así examinado, la censura formulada por Cabletame S.A.S. carece de respaldo probatorio, por lo que se

confirmará la sentencia de primer grado y al resultar vencido en esta Sede se le impondrá condena en costas.

---

**PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013199001201911738 01](#)**

Tesis: De las fechas señaladas y contabilizado el plazo anual para la efectividad de la garantía; debía presentarse la demanda “a más tardar dentro del año siguiente” [artículo 58 numeral 3° de la ley 1480 de 2011], sin que de esa forma se hubiese procedido, pues la acción sólo fue promovida el 16 de septiembre de 2019, esto es, más de tres años después de expirada la garantía.

Sin que las reclamaciones surtidas en julio de 2019 tengan la virtualidad de hacer inoperante la caducidad, pues de un lado se hicieron cuando ya se había consumado; y de otro, la demandada en misiva de 22 de agosto de ese año les respondió que desde el 15 de agosto de 2017 las reclamaciones fueron atendidas a satisfacción y ya se había cumplido la garantía.

Dentro del contexto fáctico y jurídico así descrito la excepción de caducidad de la acción propuesta emerge victoriosa, y con ella se enervan las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, sin perjuicio de que por el interesado se promuevan las acciones ordinarias a que haya lugar.

**ANTECEDENTES**

1. La copropiedad Paseo de Las Américas P.H. presentó acción de protección al consumidor contra Rodar Construcciones Ltda., con el fin de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

*“Primero: Se salvaguarden los derechos como consumidor, y protección del comprador de viviendas tales como, derecho a obtener productos de calidad e idoneidad, derecho a reclamar.*

*Segundo: Que se ordene a Rodar Construcciones Ltda., reparar de forma integral, los daños que en la actualidad presenta la propiedad horizontal Paseo de Las Américas P.H. ubicado en la carrera 47 Nro. 33ª -53 Barrio Álvarez de Bucaramanga.*

*Tercero: Se ordene a Rodar Construcciones Ltda. cancelar por concepto de daños en el equipo contraincendios, la suma de Tres millones cien mil pesos M/te (\$3.100.000).*

*Cuarta: Que las sumas de dinero sean indexadas a la fecha del correspondiente pago.*

*Quinta: Que se condene a Rodar Construcciones Ltda. con NIT: 890.210.718-1, a pagar las sumas de dinero que por concepto de costas, gastos y agencias en derecho se causen con*

*ocasión de la presente acción”.*

2. La causa petendi se compendia esencialmente así:

2.1. La copropiedad demandante se conforma por torres de apartamentos edificados por Rodar Construcciones Ltda. La construcción está conformada por dos torres estructuradas, una es residencial y la otra es un bloque de parqueaderos de 5 niveles, éste último termina en una terraza descubierta donde funciona la zona húmeda y social del conjunto.

2.2. El 2 de diciembre de 2015 los parqueaderos fueron entregados por parte del constructor, mediante acta suscrita por la ingeniera Silvia Catalina Rojas Ríos.

2.3. El 24 de abril de 2015 Rodar Construcciones Ltda. A través de los ingenieros Silvia Catalina Rojas Ríos y Libardo Ortiz entregaron la terraza.

2.4. La piscina fue entregada el 1° de diciembre de 2015 por la ingeniera Silvia Catalina Rojas Ríos, tal como consta en el acta.

2.5. Antes de la entrega formal, la piscina ya presentaba filtraciones de agua hacía el parqueadero, ubicado debajo dicha zona húmeda, motivo por el que el 28 de enero de 2015 se le informó a la constructora, y ésta la desocupó y la impermeabilizó a principios de 2016.

2.6. El 18 de abril de 2016 se le informó a la demandada nuevamente sobre las filtraciones de agua presentadas, las que inclusive afectaron el vehículo de placas CWA-304, de propiedad de los habitantes del apartamento 1804. Por esa eventualidad el representante legal de la copropiedad presentó reclamación ante Mapfre Seguros de Colombia.

2.7. El 5 de mayo de 2016 se ofició a Rodar Construcciones Ltda. para poner en conocimiento que las baldosas de las zonas húmedas, piso del GYM, sauna, turco, cafetería, parque de niños se estaban levantando, y que el césped artificial estaba averiado (levantado).

2.8. El 5 de julio de 2016 la actora recibió al oficio radicado el 5 de mayo de 2016, puntualmente sobre las filtraciones de agua sobre el parqueadero (hecho 2.6.), y dijo *“ya se hicieron los arreglos pertinentes tanto en la piscina como debajo de ella y que el parqueadero se puede utilizar nuevamente sin problemas”*.

2.9. El 20 de septiembre de 2016 la administración de la copropiedad nuevamente ofició a la constructora para informar sobre el levantamiento de baldosas en las zonas comunes, y la filtración de agua en la piscina de adultos al parqueadero. En esta ocasión no se recibió respuesta alguna.

2.10. Para el 24 de marzo de 2017 la propiedad horizontal solicitó inspección y posterior arreglo de las filtraciones de agua sobre los parqueaderos 104, 106 y zona de circulación de vehículos del piso 5. La respuesta fue otorgada el 17 de mayo de 2017 con manifestaciones generales, y que se autoriza la inspección.

2.11. El 17 de julio de 2017 la administración del conjunto presentó nueva petición recalcando el hecho anterior, y resaltó la garantía. La contestación se dio el 10 de agosto de 2017 y al día siguiente programó la inspección.

2.12. Ante la falta de compromiso de la demandada optó por *“brechar”* la terraza (aplicar cemento en las uniones de las baldosas), y se observó que la baldosas estaba sueltas, y se podían retirar sin ningún problema, situación que fue evidenciada por la ingeniera Silvia

Catalina Rojas, tal como quedó consignado en el acta de la visita técnica.

2.13. El 15 de agosto de 2017 Rodar Construcciones Ltda. da respuesta a la solicitud del 17 de julio del mismo año, y manifestó que los daños presentados en la piscina y parqueaderos son daños que no amenazan la estabilidad de la obra, obediendo a daños de acabados y que de acuerdo con el artículo 8 de la ley 1480 de 2011, la garantía de acabados se encuentra vencida; además, que la mayoría de las obras fueron entregadas en el 2015. La garantía es de un año a partir de la entrega y agregó *“sin embargo, revisados los archivos de la compañía durante la vigencia de la garantía no se encontraron radicadas reclamaciones por los hechos objeto de este comunicado, encontrándose prescrita la presente reclamación”*.

2.14. El 9 de octubre de 2017 al observar los fosos de los ascensores inundados, se le solicitó una revisión al Acueducto Metropolitano de Bucaramanga S.A. E.S.P. y el 3 de noviembre del mismo año se recibe respuesta en la que informó que mediante acto administrativo E58021 del 25 de octubre de 2017 se autorizó acompañamiento técnico para revisar las redes internas del agua potable, *“ya que según obra en el archivo, el 18 de octubre se realizó la revisión externa y no se encontraron averías (...)”*

2.15. El 14 de noviembre de 2017 a la demandada se le solicitó de manera urgente realizar los trabajos requeridos para solucionar las filtraciones de agua en los fosos de los ascensores, ya que la conclusión de la inspección realizada por el acueducto es que al parecer se presentan problemas con la canalización de aguas lluvias y/o nivel freático.

2.16. El 29 de enero de 2018 se realizó inspección ocular a los fosos de los ascensores por parte de la ingeniera Nidia Romero Romero, directora de la constructora, en la que no observa agua, y se limita a decir que solo observa manchas en las paredes por posible humedad.

2.17. Al no tener respuesta por parte de la demandada, se solicitó a la empresa Asotecnics & CIA Ltda. Realizar diagnóstico de daños y posibles consecuencias de la inundación de los fosos de los ascensores, y en respuesta el 6



de febrero de 2018 recalcaron que se pueden presentar daños en los rieles de la cabina, anclajes, sensores eléctricos, etc.

2.18. El 14 de febrero de 2018 pasados 3 meses sin recibir respuesta por parte de la constructora, se solicitó nuevamente visita y posterior arreglo de los fosos de los ascensores por inundaciones, lo que ha averiado la parte electrónica de los mismos.

2.19. El 16 de marzo de 2018 respondió la constructora negando la petición de arreglo de los fosos de los ascensores, basados en que se trata de problemas de índole de acabados.

2.20. Se presentaron daños en el ascensor por corto y daño de la tarjeta electrónica por lo que fue necesario arreglarlo por parte de la aseguradora, y ella estableció que el agua de los pozos provenía del sistema contra incendios el cual debía ser subsanado de fondo pronto, toda vez que la avería se repetiría.

En tal virtud, se contrató el servicio de plomería de Carlos Javier Herrera trabajo que costó \$1.300.000, y en la compra del “*ciamesa y cheque*” \$1.800.000.

2.21. En febrero de 2019 se solicitó el concepto del ingeniero Wilson Eliecer Parra Pinzón sobre la terraza de la zona social, parqueaderos, estructura de la construcción de los niveles de parqueaderos del conjunto, con el fin de determinar las falla y origen de las filtraciones, grietas, fisuras, quien dio la explicación de las posibles fallas:

*Los mayores problemas de filtraciones se presentan por defectos constructivos en la losa de la terraza, y, por lo tanto, se sugiere canalizar todos los recursos humanos y financieros para una impermeabilización completa*

*Instalación de pisos en cerámica en la terraza al aire libre, se deben dejar con dilataciones flexibles que permitan el libre movimiento debido a los cambios de temperatura.*

*Respecto a las fisuras no es necesario sellarlas todas, en especial las de menor espesor. No obstante, se recomienda que el sellado de las juntas frías longitudinales que se presentan en cada entrecapiso y*

*sellado de las grietas moderadas.*

*Con relación a las filtraciones en los muros de contención, se recomienda reparación de anclajes que presentan este problema, y en las zonas críticas impermeabilización localizada de los muros.*

*En conclusión, todos los defectos presentados, pueden llegar comprometer la estabilidad de la obra.*

*Para la piscina de adultos se recomienda una alternativa a la propuesta de Sika, utilizando Sikatop Seal 107, que tiene un costo mucho menor en las condiciones de este caso se puede aplicar.*

2.22. En ese orden de ideas los daños presentados en las zonas comunes se estiman y son:

|                                         |  |
|-----------------------------------------|--|
| Sistema contra incendios                |  |
| \$3.100.000                             |  |
| Impermeabilización piscina              |  |
| \$27.500.000                            |  |
| Sellado de fisuras y grietas            |  |
| \$25.215.000                            |  |
| Impermeabilización muros de contención. |  |
| \$10.718.000                            |  |
| Impermeabilización loza terraza         |  |
| \$126.734.000                           |  |
| Total:                                  |  |
| \$193.267.000                           |  |

3. La demanda fue admitida el 3 de octubre de 2019 y corregida por auto del 11 de agosto de 2020.

3.1. Rodar Construcciones Ltda. contestó la demanda y formuló las excepciones de “*caducidad y prescripción de la acción de protección al consumidor por garantía; pérdida de la garantía por hechos de un tercero, exoneración de responsabilidad de la garantía; Inexistencia de daño estructural en los bienes comunes; excepción genérica.*”

4. La primera instancia culminó con sentencia en la que resolvió: 1. Declarar que la demandada vulneró los derechos del consumidor; 2. Ordenar a Rodar Ltda. Construcciones que a favor del Conjunto residencial Paseo de las Américas dentro de los 4 meses siguientes: “impermeabilice completamente las plataformas de todos los entrecapisos de la torre de parqueaderos y de la zona social, esto es levante el enchape actual, incluso el de las piscinas, los céspedes artificiales y aplique de una manera técnica los productos necesarios

para sellar adecuadamente las juntas que se encuentren en las placas” 3. Declarar probada la excepción de prescripción respecto a la pretensión tres; 4. Negar la tercera pretensión de la demanda; 5. El cumplimiento de la orden impartida debe ser acreditada por ambas partes dentro de los 5 días contados a partir de la expiración del plazo otorgado en pprecedencia; advirtió de la imposición de multas en caso de desacato y condenó en costas a la parte demandada.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. Los presupuestos procesales se han reunido cabalmente y no se observa vicio generador de nulidad de lo actuado y, por ende, se impone emitir una sentencia de fondo.

2. Circunscrita la competencia de la Sala, en los términos de los artículos 320, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012, a los puntuales aspectos materia de reparo frente a la decisión de primer grado, sustentados ante esta Colegiatura, el pronunciamiento se concretará a establecer si le asiste o no la razón al apelante.

3. Precisa advertir que para dirimir el asunto sometido a consideración de esta Sala, resulta imperioso memorar que al tratarse de la acción de protección al consumidor, la normativa aplicable es la Ley 1480 de 2011, que regula: *“los derechos y las obligaciones surgidas entre los productores, proveedores y consumidores y la responsabilidad de los productores y proveedores tanto sustancial como procesalmente”*; estatuto al cual están sometidas en general *“todas las relaciones de consumo (...) en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial (...)”*.

Desde esa perspectiva, debe decirse que quien administra la propiedad horizontal, puede acudir a la jurisdicción a fin de que se solucionen las irregularidades que se encuentren en las zonas o bienes comunes de la copropiedad<sup>1</sup>, sin que esa facultad se extienda en ningún caso a las unidades privadas, ya que son los titulares de derecho real de dominio de éstas quienes tienen la potestad de exigir cualquier reparación o modificación de los bienes que les fueron entregados para su uso y goce.

Ahora, para definir cuáles son los bienes catalogados como comunes, el artículo 3° de la Ley 675 de 2001 contempla en esta categoría las *“[p]artes del edificio o conjunto sometido al régimen de propiedad horizontal pertenecientes en pro indiviso a todos los propietarios de bienes privados, que por su naturaleza o destinación permiten o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso, goce o explotación de los bienes de dominio particular”*.

Específicamente, el canon 19 de la normativa en cita establece que son comunes, *“[l]os bienes, los elementos y zonas de un edificio o conjunto que permite o facilitan la existencia, estabilidad, funcionamiento, conservación, seguridad, uso o goce de los bienes de dominio particular, pertenecen en común y proindiviso a los propietarios de tales bienes privados, son indivisibles y, mientras conserven su carácter de bienes comunes, son inalienables e inembargables en forma separada de los bienes privados, no siendo objeto de impuesto alguno en forma separada de aquellos”*.

4. En ese orden de ideas, se analizarán los reparos planteados.

4.1. En lo que atañe a la prueba de la naturaleza de los daños, tal como lo reclama la apelante el informe suministrado por el ingeniero civil Wilson Eliécer Parra Pinzón no puede atenderse como un dictamen pericial, en razón a que no se presentó bajo los precisos lineamientos que impone el artículo 226 de la ley 1564 de 2012, particularmente por cuanto no se acompañaron los documentos *“que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito”*, como tampoco se explicaron *“los exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas, lo mismo que los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones”*, lo que no puede tenerse por satisfecho con la mera manifestación que hizo en la audiencia, pues los numerales 3 y 10 del precepto en comento los exige como anexo; además que tampoco se atendieron las exigencias de los numerales 8 y 9.

Pero aún de admitirlo como prueba de

experto, las conclusiones a que en el dicho informe se arribó deben ser analizadas por el Juez, quien debe examinar sus fundamentos y explicaciones.

Con relación a lo anterior, en una oportunidad la Corte Suprema de Justicia dijo *“Uno de los requisitos sine qua non que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgador apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía propia”*. Así,

debe apreciarse tanto el trabajo allegado al expediente con los fundamentos científicos en que se basó, lo declarado en la audiencia y las conclusiones fundadas a las que llegó.

Aunque no existe una tarifa legal para demostrar la presencia de humedad o fisuras en algunas zonas del conjunto, no es menos cierto que para determinar que aquellas amenazan la estabilidad de la obra debe tenerse una base científica seria, de lo contrario, se estaría de cara a una mera opinión.

4.2. Analizado el dicho documento, como soporte técnico el señor Wilson Eliécer Parra Pinzón únicamente *escribió “Ley 400 de 1997 (NSR-10), normatividad técnica colombiana NTC y sus normas complementarias; decretos y guías del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; manual de buenas prácticas constructivas de Camacol; artículo 226 y 227 del Código General del Proceso”*; sin explicar como alguna de dichas normas se aplicó en el concepto emitido, valga decir, no comparó el daño alegado con la norma trasgredida, o por lo menos, citar ciertamente el protocolo incumplido que generaba el daño estructural.

Para empezar el objeto del informe fue; no obstante, la respuesta no fue unívoca, sino quedó en un concepto personal y en grado de probabilidad, por lo que el nexo causal no esta plenamente probado.

En efecto, en el título “5. Causa estimada de las lesiones” manifestó que “Las inspecciones realizadas han sido meramente visuales, por lo que la estimación del origen de las causas se basa en las apreciaciones observadas durante las visitas realizadas” es decir, no se utilizó

algún método técnico, ni se hizo algún experimento, toma de muestras, etc. Allí expuso:

#### *“FISURAS Y GRIETAS EN LAS LOSAS*

*(...) Las dilataciones que se presentan en las juntas frías son ocasionadas por vaciados de concreto en diferentes tiempos y no fueron selladas apropiadamente. Además, las juntas de construcción, excepto las longitudinales que se presenta en las lisas de entre los ejes D’ y E’, no reflejan planeación alguna.*

*Las grietas moderadas corresponden a un 6% de las fisuras encontradas y pueden deberse a fisuras que han ido aumentando progresivamente su espesor con las cargas de uso.*

#### *HUMEDADES Y FILTRACIONES*

*Las filtraciones que se presentan en los entresijos se originan a partir de la losa de cubierta que, a pesar de no poder ser revisadas en la parte superior, presenta seguramente los mismos defectos de las losas del entresijo.*

*En las losas del entresijo las filtraciones se presentan a través de las fisuras y dilataciones que no fueron apropiadamente selladas y por tanto el agua que se filtra a través de la cubierta, continúa su trayecto de losa en losa.*

*En los muros de contención perimetrales se observaron filtraciones a través del muro por sellado inapropiado de los anclajes y de algunos pases de tuberías.*

#### *PISCINAS*

*Las piscinas presentan filtraciones a través de los muros de contención y en el pegue de las losas de pasillos con los mismos muros. Estas filtraciones se presentan puntualmente en los puntos de acople de tuberías por un deficiente sellado y también a lo largo de los muros (principalmente la piscina de adultos).”*

Y las conclusiones, conforme a las observaciones netamente visuales, fueron:

*“1. Los mayores problemas de filtraciones se presentan por los defectos constructivos en la losa de la terraza y por lo tanto se sugiere canalizar todos los recursos humanos y financieros en la impermeabilización completa de la losa de*

la terraza, lo que implica levantar el enchape actual, los céspedes artificiales, el enchape de las piscinas y aplicar de una manera técnica y cuidadosa los productos necesarios para lograrlo.

2. En la instalación de pisos cerámicos en una terraza al aire libre se deben dejar dilataciones flexibles que permitan el libre movimiento debido a los cambios de temperatura. Este procedimiento no se tuvo en cuenta en la etapa constructiva y por eso se presenta el levantamiento del enchape de piso de la terraza.

3. Respecto a las fisuras, se recomienda el sellado con productos apropiados que no presenten retracción (no funciona el cemento normal) y en especial, el sellado de las juntas frías longitudinales que se presentan en cada entrepiso.

Estas fisuras se presentan principalmente a que durante el proceso constructivo no se realizó el diseño y ejecución de juntas que evitara su formación arbitraria en las losas de entrepiso y cubierta. Tampoco se hizo el obligatorio sellado de las juntas frías longitudinales. También se observa un acabado deficiente en la superficie de las losas de concreto.

4. Con relación a las filtraciones en los muros de contención, se recomienda la reparación de los anclajes que presentan este problema y en las zonas críticas la impermeabilización localizada de los muros. Cómo (sic) se explicó en el punto 2 (...) este problema no se estuviera presentando o por lo menos en la magnitud actual, si se hubieran realizado los adecuados tratamientos durante la etapa de construcción.

5. Para las piscinas se recomienda la propuesta de Sika, utilizando Sikaplan 15PR, que es una membrana de base de PVC plastificado y una armadura de fibras sintéticas de poliéster. Esta es la única solución para piscinas aéreas garantizada por Sika por su elevada durabilidad, aunque requiere un mantenimiento continuo del agua como en cualquier piscina. Las filtraciones presentes se deben a deficiencias constructivas y también en la calidad del concreto colocado.

En referencia al vaciado de la piscina, desde el punto de vista técnico se debe tener en cuenta que a medida que el agua se filtra a través de los muros se aumenta

la corrosión de acero de refuerzo y el deterioro de los mismos con el consiguiente aumento de los costos de reparación; sin embargo, si se retira el agua y no se interviene prontamente, las diferencias de temperatura pueden ocasionar el desprendimiento del enchape y el empeoramiento de las condiciones de impermeabilidad de la piscina.

6. En conclusión, todos los defectos presentados, tanto de fisuras como de humedades pueden atribuirse a que no se siguieron las buenas prácticas de construcción durante la etapa constructiva. Es de advertir, que sino se hacen las correcciones en su totalidad y de acuerdo a las sugerencias técnicas; puede llevarse a la estructura a un estado de deterioro tal (por corrosión del refuerzo expuesto al efecto de las filtraciones y humedades) que se vea comprometida la estabilidad de la obra”.

4.3. Obsérvese que en esas resultas nada afirmó sobre la estabilidad de la obra, si amenazaba ruina; y aunque en la audiencia inicial lo dijo, no brindó explicaciones ni fue soportado en metodología científica, únicamente en su observación y trabajo de oficina. Téngase en cuenta que ante la pregunta de si con ocasión a las visitas que realizó a finales de 2018 “en esas visitas usted constató si realmente o pudo constatar si esa edificación donde se encuentran los parqueaderos y la zona social de la propiedad horizontal se encuentra amenazada de ruina”, contestó: “como hay un deterioro permanente porque no se ha solucionado el problema de la entrada de agua, el hierro se está deteriorando y el concreto se está deteriorando, es muy difícil saber en qué momento pueda suceder una ruina o un daño permanente, pero sí se está haciendo que gradualmente se están alterando las condiciones del concreto y las condiciones del acero” agregando más adelante “su señoría digamos que la amenaza de ruina empezó desde que se construyó. Por qué razón, porque si usted hace un trabajo y no sigue las recomendaciones correctas, esta junta fría no estoy diciendo que esté mal hecha, o sea, o que estuviera mal dejar una junta fría, pero hay que sellarla apropiadamente, sino en el momento en que empezó a ingresar agua, que yo no sé en qué momento fue, empezó el deterioro de la loza. Cuando yo llegué entraba agua

*pero abundantemente, en las fotografías que yo adjunto en el informe, se puede ver cómo caía agua. (...)*

Sobre la pregunta *“a las conclusiones que usted llegó qué tipo de exámenes realizó, sobre todo con la placa (...)*” respondió *“(...) el trabajo de campo inicia con una observación detallada (...), posteriormente hicimos un trabajo de medición, cinta métrica, flexómetro y un medidor de fisuras. Se encontraron 316 fisuras, esas fisuras se catalogaron (...) Posteriormente viene el trabajo de oficina un poco más dispendioso, se organiza la información, se hizo una investigación, asesoramiento con personas técnicas, (...) ingenieros de SIKA una firma que tiene mucha experiencia y por último, se hizo la elaboración del informe”*.

4.5. A su turno, el testigo técnico Carlos Eduardo Ruiz Navarro, también ingeniero civil especialista en evaluación y gerencia de proyectos, en geotecnia ambiental, y una maestría en patología y reforzamiento estructural e ingeniero de obras públicas con especialidad de obras civiles y edificación, ante la pregunta *“cómo se puede determinar los daños estructurales en una placa”* afirmó que *“precisamente esa es mi actividad principal, es decir, la patología estructural. El primer punto que tienen las normas internacionales para patología estructural es la inspección visual, con ella se determina qué patologías se pueden presentar, (...), de acuerdo a lo que revise visualmente, plantea unos ensayos de patología. Los primeros ensayos que se deben hacer obviamente de la calidad del concreto, la calidad del acero, verificar contra los planos de construcción que esté construido conforme a esos planos. Cómo se puede verificar, hay equipos que son scanner que permiten leer la armadura de acero de refuerzo de la estructura, tenemos ensayos de inpa eco, ensayos de Sonic eco, que nos permite por medio de ondas identificar el módulo de elasticidad del concreto y pues obviamente, establecer si hay un compromiso estructura o no. En Colombia se estima a tomar núcleos de concreto que son invasivos, mi empresa se dedica hacer ensayos no destructivos para evitar que se vaya afectar la estructura durante la inspección. También hay otro que se llama esclerómetro, que también nos da una información válida de la resistencia del concreto”*.

4.6. Si bien es cierto que el informe se analiza en conjunto con lo declarado en la audiencia por el Ingeniero Parra, no es menos cierto que en esta última no podía llegar a conclusiones que no fueron objeto de estudio. Mírese que el concepto tenía como objeto *“diagnosticar las causas de las humedades y fisuras presentadas en el área de la piscina y parqueaderos, así mismo realizar propuesta de las posibles soluciones y los costos respectivos”*; sin embargo, sin mayores explicaciones en la audiencia afirmó que existía un daño en la estructura de tal envergadura que amenazaba ruina, conclusión que no es técnica por no haber sido estudiada mediante metodología científica alguna. Es de resaltar que existen medios tecnológicos para determinar los daños, su causa, su magnitud, sus efectos y las posibles soluciones, como lo expuso el testigo científico y, con la mera observación como base indiscutible, ello no es suficiente para considerarlo como prueba de un daño estructural.

Además, debe considerarse que el artículo 4 ley 400 de 1997 define *“1. Acabados o elementos no estructurales. Partes y componentes de una edificación que no pertenecen a la estructura o a su cimentación”* y más adelante: *“18. Estructura. Es un ensamblaje de elementos, diseñado para soportar las cargas gravitacionales y resistir las fuerzas horizontales”*.

Por tanto, el informe aportado por la actora es una mera opinión y no puede tenerse como plena prueba, pues el hecho de que la contraparte no haya aportado una experticia refutándolo no significa per se, que es plena prueba absoluta. Y en todo caso, con el mencionado concepto no se demuestra fehacientemente, que las deficiencias constructivas en que fincó sus pretensiones (concernientes, en lo medular, a problemas de humedad y filtraciones producidas por las piscinas del conjunto, pintura defectuosa de *“cielos falsos”*, impermeabilización de la fachada y desnivel de algunos pisos) tengan la virtud de comprometer, seriamente, la estabilidad de la edificación, o se trate de un daño estructural.

5. Así las cosas, al contrastar tal documento con otros medios de convicción a la actuación no se advierte la ostensible

repercusión que los defectos advertidos constituyan un daño estructural de la construcción, ni que son de tal envergadura que a la hora actual amenacen con ruina la edificación o impliquen un eventual riesgo tanto para las personas como para los bienes que allí se encuentran.

6. Decantado lo anterior, se impone precisar que los derechos que les asisten a los consumidores están resguardados constitucional – artículo 78 - y legalmente – Ley 1480 de 2011-, con el fin de garantizarles *“la efectividad y el libre ejercicio de sus derechos”*; *“el respeto a su dignidad y a sus intereses económicos”* (artículo 1) y, de obtener el resarcimiento del proceder errado o defectuoso de productores, expendedores y proveedores con relación al producto que ofertan al público, para lo cual prevé el legislador, como mecanismo de protección, tres clases de acciones, entre estas la de protección al consumidor.

Indudable resulta que el “Derecho a la reclamación” establecido por la Ley en favor de los consumidores que les permite *“tener acceso a las autoridades judiciales o administrativas...”* con el propósito frente al proveedor, productor o prestador, de *“obtener reparación integral oportuna y adecuada de todos los daños sufridos”*, debe ser ejercido en los términos que la Ley 1480 de 2011 establece.

La normativa citada en el Tít. VIII contempla los *“Aspectos Procedimentales e Institucionalidad”* ante *“las autoridades judiciales”* mediante el ejercicio de las *“acciones jurisdiccionales”*. Así el numeral 3° del artículo 56 de dicho estatuto advierte: 3. *<Numeral corregido por el artículo 5 del Decreto 2184 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> La acción de protección al consumidor, mediante la cual se decidirán los asuntos contenciosos que tengan como fundamento la vulneración de los derechos del consumidor por la violación directa de las normas sobre protección a consumidores y usuarios, los originados en la aplicación de las normas de protección contractual contenidas en esta ley y en normas especiales de protección a consumidores y usuarios; los orientados a lograr que se haga efectiva una garantía; los encaminados a obtener la reparación de los daños causados a los bienes en la prestación de servicios contemplados en el artículo 18 de esta ley*

*o por información o publicidad engañosa, independientemente del sector de la economía en que se hayan vulnerado los derechos del consumidor.”*

Para la cual conforme al procedimiento regulado para estas acciones por el artículo 58.3 de la Ley 1480 de 2011, la demanda **deberá presentarse** *“a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos que motivaron la reclamación”*.

El artículo 58 numeral 3 no identifica el lapso para la presentación de la demanda como de prescripción o de caducidad, razón por la cual encuentra la Sala que:

a. Según la doctrina el término acción puede ser entendido en sentido material o en sentido procesal. En el primero se usa *“para identificar el derecho material que se quiere proteger, seguido a veces del nombre de ese derecho y otros calificativos que en el derecho civil o comercial tienen su significado consagrado; así, se habla de acción de estado civil, de filiación natural, de perjuicios contractuales o extracontractuales, de resolución o rescisión de contratos,...de simulación, etc., y de acción reivindicatoria,, posesoria, ...restitutoria, ...etc.; pero se trata de calificar los respectivos derechos sustanciales. Se usa igualmente para distinguir la clase de bien o derecho subjetivo material, cuando se habla de acción real o personal o mixta, o mueble o inmueble...; pero es el bien o el derecho sustancial lo que tiene esa calidad jurídica...”*.

b) Partiendo de los dos sentidos expuestos, entiende la Sala que el término de acciones jurisdiccionales contenido en el Título VIII, Capítulo I artículos 56 a 58 de la Ley 1480 de 2011 corresponde al de noción procesal de acción, cuyo ejercicio se realiza mediante la demanda. Sentido conforme al cual *“es un derecho subjetivo público y cívico a la obtención de una sentencia mediante un proceso...se contempla solo el objeto y fin de la acción como acto jurídico procesal; la actividad jurisdiccional que se pone en movimiento para obtener la sentencia...”*

c) La demanda es el medio para ejercitar la acción sin que pueda confundirse esta con aquella debido a que como **acto de introducción procesal** contiene la

pretensión que a su vez se diferencia de la acción para cuyo ejercicio válido de este derecho subjetivo por el actor, uno de los requisitos o “condiciones para que el Juez oiga la petición que se le formule para iniciar un proceso”<sup>11</sup>, lo constituye **la no caducidad de la acción**.

Jurisprudencialmente se tiene establecido que “..., la prescripción, extingue **derechos sustanciales en si mismos considerados...**, la caducidad, ...**claustra la oportunidad de reconocimiento de dichos derechos en juicio**” – CSJ Sent. 29 de octubre de 1979 (exp.731)- “12. Lo que significa que, prescribe el derecho material y caduca la acción cuando su ejercicio en proceso especial está sujeto a un término.

Con relación al factor tiempo, en la primera operan razones de índole subjetiva, mientras que en la segunda “*el no ejercicio del derecho en un tiempo preestablecido indica sin más, su extinción*”. Es decir, “*la caducidad extingue el derecho, y, por ende, la acción por el simple paso del tiempo, al no hacerse vale dentro del plazo legal perentorio, esto es, basta el dato objetivo del transcurso del último día del término para generar el efecto jurídico consecencial de la pérdida ex tunc. O, en otras palabras, la extinción del derecho por el transcurso del plazo para su ejercicio implica la extinción de la acción*”.

Al respecto también ha considerado la jurisprudencia nacional, de vieja data pero vigente aún que: “*la institución de esta clase de términos en la ley ha sido abundantemente estudiada por los científicos como un sistema particular de extinción de las acciones y derechos independientemente de las regulaciones que el derecho común consagra por medio de la figura jurídica de la prescripción extintiva (...)* Como la prescripción es un modo de extinguir las acciones civiles por el transcurso del tiempo – según las palabras del código – ha sido frecuente entender que toda extinción de acciones por esa causa se considera un fenómeno de prescripción y le sean aplicables las reglas que a esta gobiernan. Pero es obvio que existe aquí una confusión entre dos órdenes de instituciones jurídicas de características esenciales bien diferenciadas (...) En efecto, al lado de la prescripción liberatoria, como medio de extinguir las acciones en juicio se admite

*desde hace algún tiempo y con mayores o menores reservas por los tribunales de justicia el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir – es verdad- los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como sus régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica (...)* Si la caducidad es la extinción del derecho o la acción por cualquier causa – como el transcurso del tiempo – muy clara resulta su diferencia con la prescripción extintiva (...) Se comprende bien la diferencia teórica que media entre las dos instituciones si se observa el fundamento filosófico-jurídico que explica la prescripción, o sea el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en una palabra el ánimo real o presunto de no ejercerlos; en tanto que en la caducidad esa razón de índole subjetiva no se tiene en cuenta, pues basta para que el fenómeno se produzca el hecho objetivo de que en la ley o en un negocio jurídico se prefije un plazo – realización de un acto o ejercicio de la acción judicial para que el interesado no pueda obrar útilmente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él- ...”.

Si la demanda es el instrumento para ejercitar la acción jurisdiccional de protección al consumidor, acción en sentido procesal y además especial que debe ser ejercida por disposición legal imperativa, como se infiere de la locución “*deberá*” ser presentada, “*a más tardar dentro del año siguiente a que el consumidor tenga conocimiento de los hechos...*” en asuntos de protección al consumidor, ha de entenderse que aquel corresponde a caducidad por tratarse de acción, cuya desatención de este plazo legal conlleva la decadencia del “*derecho a la reclamación*” establecido por la ley en favor de los consumidores – artículo 3 numeral 1.5 Ley 1480 de 2011 .

Al efecto, considera la jurisprudencia que “*...las incontestables razones de orden público en las cuales se funda la caducidad atañen a la seguridad, certeza, regularidad o firmeza de las relaciones jurídica, así como a prístinos deberes imperantes en el tráfico jurídico de lealtad, corrección, probidad, claridad y sagacidad exigibles a los sujetos en el ejercicio de sus derechos. Por esta inteligencia, la caducidad puede y debe declararse ex officio por el juzgador o,*

*a solicitud de parte, pero en todo caso, su efecto se produce por disposición legal sin requerir declaración alguna...”.*

Por todo lo precedente, no tratándose de la extinción de un derecho material sino del ejercicio de la acción que conlleva igualmente la del derecho, sin que pueda confundirse éste con aquella, identifica la Sala como de caducidad y no de prescripción, el plazo consagrado en el numeral 3 del artículo 58 de la ley 1480 de 12 de octubre de 2011 para presentar la demanda en acciones jurisdiccionales de protección al consumidor, lo que impone su reconocimiento oficioso o a solicitud de parte como se deriva igualmente de lo dispuesto por los artículos 90, 280 inciso 2, 281 inciso 1 y 282 del Código Procesal Civil hoy vigente, aplicables en la forma que señala el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, modificado por el artículo 624 de la ley 1564 de 2012, según el cual: *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir”.*

La conclusión anterior no se altera bajo los supuestos de la referencia a la prescripción contenida en el numeral 6° del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011 ni al de interpretación favorable al consumidor establecido por el artículo 4° de la ley citada, por las siguientes razones: (i) la naturaleza de estas dos instituciones y el interés que las diferencia – público de certeza jurídica para la caducidad y sentido privado para la prescripción- impide, bajo la circunstancia de su difícil diferenciación en un caso concreto cuando la ley solo señala el término extintivo sin calificar si se trata de una u otra, traslapar la consagrada expresamente a la que no lo está; y, (ii) no se trata de normas contrapuestas, ni perjudiciales para el consumidor o usuario sino de preceptos procesales también de orden público establecidos en igualdad de condiciones y de obligatorio cumplimiento para particulares y funcionarios – artículos 4,7,11,13 ley 1564 de 2012 y 40 ley 153 de 1887 -.

Se adiciona que mientras la prescripción se justifica en interés particular, la caducidad lo es en el general. Al respecto considera la doctrina que *“... ‘la justificación más plausible de la disciplina en materia de prescripción no radica, a diferencia de la*

*caducidad, en la exigencia de ‘certeza’ jurídica pública o privada en el ejercicio del derecho ajeno, sino en la necesidad de evitar que el patrimonio de un particular se encuentre sometido indefinidamente a las pretensiones del titular de un derecho’- P. Trimarchi. Prescrizione e decadenza-, pese a que se ha desentendido prolongadamente de él”.*

7. En orden a establecer si se estructuró o no la caducidad en este litigio propiciado en procura de la protección de los derechos del consumidor, revisado el haz probatorio en conjunto e individualmente, se encuentra que la piscina y las zonas húmedas comunes fueron entregadas el 1° de diciembre de 2015 conforme al acta anexa, entrega que se hizo conforme al artículo 24 de la ley 675 de 2001. Por tanto, la garantía sobre aquellas estuvieron vigentes hasta el 1° de diciembre de 2016. En ese mismo sentido se encuentra la *“pasarela y área de la piscina”* y *“zonas verdes artificiales”* que fueron entregadas el 24 de abril de 2015, por lo que la garantía era de un año, es decir, hasta el 24 de abril de 2016. En tanto que los ascensores fueron entregados en el año 2015, por lo que siendo líneas vitales, la garantía era de un año.

A lo anterior se añade que, como ya se concluyó en precedencia, la parte actora no demostró que las deficiencias en que fincó sus pretensiones tengan la virtud de comprometer, seria y fundadamente, la estabilidad de la edificación ha de convenirse en que la obligación de garantía que respecto de esas zonas estaba a cargo de la constructora demandada, sólo era de un año, en atención al citado artículo 8° de la Ley 1480 de 2011.

De las fechas señaladas y contabilizado el plazo anual para la efectividad de la garantía; debía presentarse la demanda *“a más tardar dentro del año siguiente”* [artículo 58 numeral 3° de la ley 1480 de 2011], sin que de esa forma se hubiese procedido, pues la acción sólo fue promovida el 16 de septiembre de 2019, esto es, más de tres años después de expirada la garantía.

Sin que las reclamaciones surtidas en julio de 2019 tengan la virtualidad de hacer inoperante la caducidad, pues de un lado se hicieron cuando ya se había consumado; y



de otro, la demandada en misiva de 22 de agosto de ese año les respondió que desde el 15 de agosto de 2017 las reclamaciones fueron atendidas a satisfacción y ya se había cumplido la garantía.

Dentro del contexto fáctico y jurídico así descrito la excepción de caducidad de la acción propuesta emerge victoriosa, y con ella se enervan las pretensiones de la demanda.

Lo anterior, sin perjuicio de que por el interesado se promuevan las acciones ordinarias a que haya lugar.

Así las cosas, se revocará la sentencia proferida por la Delegatura para Asuntos jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio el 28 de agosto de 2020, en su lugar, se declarará probada la excepción de caducidad de la acción y se denegarán las pretensiones de la demanda, con la consiguiente condena en costas.

-----  
**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013199003201900119 01](#)**

Tesis: Tal como lo concluyó el juzgador de primer grado, la petición del demandante se finca en una mera expectativa, pues si bien es cierto en el esquema negocial “*Su beneficio consistiría en la devolución del valor total de su aporte*”, no lo es menos que ello ocurriría a la liquidación del patrimonio “*o antes, si EL FIDEICOMITENTE previa verificación del flujo de caja del PROYECTO instruye a la FIDUCIARIA para tal efecto*”; sin que para el caso se hubiere demostrado la ocurrencia de alguna de esas condiciones.

### ANTECEDENTES

1. La entidad demandante promovió demanda en la que formuló como pretensiones:

1.1. Declarar que Fiduciaria Central SA incumplió el contrato de fiducia suscrito con la demandante el 26 de julio de 2013 al otorgar la escritura pública con la que se transfirió el dominio de las casas No. 5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20 y 21 del proyecto Estancia del Mar, sin participación de Neos Group S.A.

1.2. Declarar que Fiduciaria Central S.A. incumplió los contratos de vinculación de área correspondientes a las casas No. 5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20 y 21 del proyecto Estancia del Mar, al i) no haber recibido los aportes de las referidas casas en los términos del contrato y (ii) otorgar la escritura pública por la que se transfiere el dominio de las referidas unidades sin consentimiento ni participación de Neos Group S.A.

1.3. En consecuencia, condenar a la demandada a pagar los perjuicios que su incumplimiento ocasionó a la demandante que ascienden a \$5.100.429.355,65.

1.4. Condenar en costas al demandado.

2. Como sustento se narraron los siguientes hechos:

2.1. El 28 de febrero de 2012 Estancia del Mar S.A.S. y Fiduciaria Central S.A. suscribieron un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos con el objeto de constituir el patrimonio autónomo que se denominó: Fideicomiso Estancia del Mar; el contrato tenía como propósito el desarrollo de un proyecto inmobiliario de vivienda denominado “Estancia del Mar”.

2.2. El 26 de julio de 2013 mediante escritura pública No. 1717 de la Notaría 77 de Bogotá se efectuó una modificación al contrato mencionado, incluyendo a Neos Group S.A. como “*fideicomitente aportante especial*”, quien se encargaría de la comercialización, la gerencia y construcción del proyecto inmobiliario, y aportaría los honorarios correspondientes para dichas actividades.

2.3. Para la comercialización de las unidades inmobiliarias, se vincularía al fideicomiso a los adquirentes como beneficiarios del área.

2.4. En el numeral 1.10 de la cláusula primera del contrato de fiducia se define como beneficiarios del área como “*(...) el documento jurídico mediante el cual se vincula al FIDEICOMISO los BENEFICIARIOS DE ÁREA del proyecto inmobiliario denominado ESTANCIA DEL MAR en los términos indicado en dicho contrato*”, por lo que el documento de vinculación es parte del contrato de fiducia,

pues es el medio previsto para la vinculación de los beneficiarios de área al fideicomiso.

2.5. En el numeral 1.21 de la cláusula décima tercera del contrato de fiducia se indicó que a la fiduciaria le correspondía *“Una vez terminada la construcción, suscribir junto con el FIDEICOMITENTE y el FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL las escrituras públicas, mediante las cuales se efectuará la transferencia de dominio a LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA, de las unidades inmobiliarias respecto de las cuales se vincularon mediante la suscripción del correspondiente CONTRATO DE VINCULACIÓN”*.

2.6. Con el objeto de evitar que la enajenación de las diez unidades inmobiliarias del proyecto que restaban por transferir, fueran gravadas con un IVA adicional, propósito que era de conocimiento de la Fiduciaria, Estancia del Mar S.A.S. convino con la demandante la suscripción documentos de vinculación respecto de las casas #5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20 y 21.

2.7. Los contratos de vinculación fueron suscritos con Palmas Dos S.A. como aportante, sociedad vinculada a Estancia del Mar, pues además de compartir los mismos administradores, tienen un único beneficiario real sobre la mayoría de la participación tanto en Estancia del Mar S.A.S. como en Palmas: el señor Gabriel Echavarría.

2.8. El 26 de diciembre de 2016 se suscribieron por la Fiduciaria, el fideicomitente Estancia del Mar S.A.S., el fideicomitente aportante especial Neos Group S.A. y Palmas Dos S.A.S. como beneficiaria de área, documentos de vinculación en los que se comprometieron las unidades inmobiliarias 5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20 y 21 del proyecto Estancia del Mar.

2.9. Se acordó, de forma especial, que la cuota inicial sería de \$3.000.000.000 (porque en los demás casos la cuota inicial era por lo menos de \$300.000.000 por unidad). El saldo, que varía según la casa, sería pagado según anexo 1 del documento de vinculación en una sola cuota el día de la firma de la escritura de transferencia, que en todo caso, no sería superior a

\$3.000.000.000.

2.10. En la cláusula quinta del documento de vinculación se dispuso *“El (los) Beneficiario (s) de área se obliga (n) a entregar las sumas de dinero en los montos y fechas señalados en el anexo 1 denominado plan de entrega de recursos del documento de vinculación suscrito, en la cuenta bancaria aquí indicada y únicamente con el uso de la tarjeta de recaudo especial No. 1002059987 entregada al momento de la firma del presente contrato, a fin de identificar los respectivos aportes. Por ningún motivo El (los) beneficiario (s) de área, deberá entregar recursos directamente a los Fideicomitentes o a terceros diferentes a los relacionados en este documento (...)”*

2.11. En la cláusula décima segunda del documento de vinculación se estipuló que *“la escritura pública mediante la cual se transfiera el derecho de dominio y la posesión a título de beneficio de la(s) unidad (es) a la (s) que se refiere este documento, el (los) cual (es) se transferirá (n) como cuerpo cierto, junto con los coeficientes de copropiedad que le corresponda de acuerdo con el reglamento de propiedad horizontal, será otorgado por el Fideicomiso Estancia del Mar cuyo vocero y administrador es Fiduciaria Central S.A. el Fideicomitente, el Fideicomitente Aportante Especial - Gerente y Constructor -, y por el (los) beneficiario (s) de área o por sus cesionarios, en la fecha, hora y Notaría que informe el Fideicomite APORTANTE ESPECIAL – Gerente y Constructor – a El (los) beneficiarios de área, mediante comunicación escrita enviada con treinta (30) días de anticipación a la fecha de otorgamiento de la misma.*

*Dicha comunicación también contendrá la fecha y hora prevista para la entrega material de (los) inmueble (s), de acuerdo con lo previsto en la cláusula décima primera anterior. El otorgamiento de la escritura pública está condicionada a que el beneficiario (s) de área haya (n) cumplido oportunamente todas y cada una de las obligaciones a su cargo emanadas del presente documento, especialmente la de haber entregado todos los aportes que según este documento se deben desembolsar. (...)”*

2.12. En julio de 2018 Palmas Dos S.A.S. convocó a la Fiduciaria Central S.A., Estancias del Mar S.A.S. y a Neos Group S.A. a audiencia de conciliación con el objeto de resolver diferencias en 5 de los contratos de vinculación.

2.13. En la solicitud de conciliación Palmas Dos S.A.S. manifestó que ya había pagado la totalidad de cinco unidades del proyecto de las que era beneficiario, y por tanto, debía procederse a la escritura y entrega.

En igual sentido, manifestó que el pago habría ocurrido como consecuencia del fenómeno de la compensación, toda vez que la peticionaria le había pagado a la Estancia del Mar S.A.S. una deuda por \$13.119.276.447.

2.14. La audiencia se llevó a cabo el 25 de julio de 2018, sin que se llegara a ningún acuerdo.

2.15. Con ocasión a una petición presentada por la demandante, el 21 de noviembre de 2018 la demandada le informó que las casas se encontraban al 31 de octubre del mismo año al día impuestos y administración, además, que estaban canceladas en su totalidad. Omitió la Fiduciaria hacer comentario sobre el otorgamiento de las escrituras.

2.16. Al revisar el balance se halló que no se recibió dinero en efectivo, sino al parecer se reconoció la presunta compensación en cuentas del Fideicomiso, con lo que supuestamente se habría atentado la realización del aporte.

2.17. Ante el silencio de la Fiduciaria, a quien Neos le había pedido la información necesaria a efectos de organizar el otorgamiento de las escrituras, se solicitó el certificado de tradición y libertad y se evidenció, que el 26 de octubre de 2018 se suscribió escritura pública de las mencionadas unidades inmobiliarias sin contar con la autorización del Fideicomitente Aportante Especial, como lo exigía el contrato de fiducia y los documentos de vinculación.

3. La demanda fue admitida el 14 de marzo de 2019, y de oficio vinculó como litisconsorte necesario a Fideicomiso Estancia del Mar, representado y bajo la vocería de Fiduciaria Central S.A.; sin embargo, mediante auto del 31 de enero de

2020 se dejó sin valer tal vinculación.

4. Fiduciaria Central S.A. contestó y formuló las excepciones de mérito denominadas “1. *La Fiduciaria ha actuado en cumplimiento de las disposiciones del Contrato de Fiducia.* 2. *Palmas Dos cumplió con las condiciones establecidas en el documento de vinculación y en ese sentido era procedente llevar a cabo la escrituración de las casas.* 3. *En los términos del Contrato no era necesario contar con la participación o consentimiento de Neos para la transferencia del dominio de las unidades inmobiliarias de Palmas Dos.* 4. *Inexistencia de perjuicios -Las actuaciones de la Fiduciaria no han causado ni causarán perjuicio alguno a Neos.* 5. *Inexistencia del derecho reclamado.* 6. *Inexistencia de nexo de causalidad entre los incumplimientos imputados y los perjuicios reclamados.*”

5. Surtido el debate probatorio, la Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera profirió sentencia el 21 de septiembre de 2020 en la que resolvió: (i) declarar no probada la excepción de “*La fiduciaria ha actuado en cumplimiento de las disposiciones del contrato de fiducia*” ; (ii) declarar el incumplimiento contractual de Fiduciaria Central respecto de su deber de información a Neos Group S.A.S.; (iii) No condenar a la parte demandada en la medida en que no se acreditó un daño cierto; (iv) Declarar probadas las excepciones tituladas “*En los términos del contrato no era necesario contar con la participación o consentimiento de Neos para la transferencia de las unidades inmobiliarias de Palmas Dos S.A.S.*”; *Inexistencia de perjuicios -Las actuaciones de la Fiduciaria no han causado ni causarán perjuicio alguno a Neos*” e “*Inexistencia de nexo de casualidad entre los incumplimientos imputados y los perjuicios reclamados*”; (v) Denegar la pretensión tercera de la demanda y no condenó en costas.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

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

3. Preciado lo anterior, se emprenderá el estudio de la censura empezando por hacer remembranza de los supuestos fácticos que dieron origen a la relación entre las partes:

3.1. Mediante documento privado del 28 de febrero de 2012 Estancia del Mar S.A.S., como Fideicomitente, y Fiduciaria Central S.A. -Fiducial S.A.-, como Fiduciaria, suscribieron un documento denominado “**CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL IRREVOCABLE DE ADMINISTRACIÓN Y PAGOS FIDEICOMISO ESTANCIA DEL MAR**” cuyo objeto quedó fijado en la cláusula 2ª para “**la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes y derechos que transfiere el fideicomitente o terceros que éste indique, para que la fiduciaria los custodie y administre de acuerdo con las instrucciones impartidas por el fideicomitente en el presente contrato, permitiendo la destinación de estos para la ejecución y construcción del proyecto que llevará a cabo el fideicomitente bajo su exclusiva responsabilidad y por su cuenta y riesgo**”.

Allí también acordaron varias definiciones para el contrato celebrado, en la cláusula 1ª:

**“1.1 LA FIDUCIARIA: Es la sociedad FIDUCIARIA CENTRAL S.A., entidad de servicios financieros encargada de administrar, bajo su responsabilidad y con la máxima diligencia profesional, los bienes que conforman el patrimonio autónomo denominado FIDEICOMISO ESTANCIA DEL MAR, en estricto cumplimiento de las instrucciones impartidas por el FIDEICOMITENTE contenidas en el presente contrato.**

**1.2 EL FIDEICOMITENTE: Es la sociedad ESTANCIA DEL MAR S.A.S. quien tendrá a cargo bajo su exclusiva cuenta y responsabilidad la facultad de instruir a LA FIDUCIARIA respecto de la administración de los bienes y derechos con los cuales se conformará el**

**FIDEICOMISO. (...)**

**1.5 BENEFICIARIO: Será la sociedad FIDEICOMITENTE y las personas que éste indique en los términos que se señalan más adelante”.**

3.2. En el capítulo VII del citado negocio jurídico se establecieron las INSTRUCCIONES en ejecución del contrato en la que, según se consignó en la cláusula 12ª, LA FIDUCIARIA “como vocera y administradora fiduciaria del FIDEICOMISO obrará con máxima diligencia profesional y **en desarrollo de las siguientes instrucciones impartidas por el FIDEICOMITENTE:**

**1.1 Recibir para la conformación del presente FIDEICOMISO los recursos que sean transferidos a la celebración de este contrato.**

**1.2 Recibir para incrementar el presente FIDEICOMISO los aportes en dinero o en especie que ingresen directamente por parte del FIDEICOMITENTE o por instrucción suya. (...)**

**1.9. Recibir y mantener la titularidad jurídica de los inmuebles que se transfieran para incrementar el FIDEICOMISO, previa instrucción por parte del FIDEICOMITENTE. (...)**

**1.11. Transferir al BENEFICIARIO o a quien éste indique, a la terminación del contrato, los activos que se encuentren formando parte del FIDEICOMISO, siempre que a ese momento no existan obligaciones pendientes a cargo del FIDEICOMISO ni a favor de éste.**

**1.12 Atender las instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE a través del presente contrato de fiducia mercantil.”**

3.2. Mediante escritura pública 01717 del 26 de julio de 2013 corrida en la Notaría 77 de Bogotá; acto en el que intervinieron Estancia del Mar SAS (el Fideicomitente); Neos Group SA (Fideicomitente Aportante Especial) y Fiduciaria Central S.A. (Fiduciaria), acordaron “**incrementar, modificar y reglamentar**” el contrato de fiducia mercantil mediante el cual se constituyó el patrimonio autónomo Fideicomiso Estancia del Mar.

3.2.1. Así, se incrementó con los inmuebles

aportados por las empresas Comercial Promotora de Turismo Las Palmas SAS, Pablo Obregón & Cía. S. en CS, Cabomarzo Lince SAS, Comunicaciones y Negocios SA y Mercantil Galerazamba & Cía. SCA, quienes ingresaron como **FIDEICOMITENTES APORTANTES** y, por ende, **BENEFICIARIOS** del contrato de fiducia mercantil. En ese acto Estancia del Mar SAS actuó como Fideicomitente y también como delegada, representante y vocera de las mencionadas empresas aportantes y del Fideicomitente aportante especial Neos Group.

3.2.2. Se modificó el contrato de fiducia mercantil, y en cuanto a las definiciones se señaló en la cláusula 1ª:

“(…)

**1.1 LA FIDUCIARIA:** Es la sociedad **FIDUCIARIA CENTRAL S.A.**, entidad de servicios financieros encargada de administrar, bajo su responsabilidad y con la máxima diligencia profesional, los bienes que conformen el patrimonio autónomo denominado **FIDEICOMISO ESTANCIA DEL MAR**, en estricto cumplimiento de las instrucciones impartidas por el **FIDEICOMITENTE** contenidas en el presente contrato.

**1.2. EL FIDEICOMITENTE** es la sociedad **ESTANCIA DEL MAR SAS** quién tendrá a su cargo, bajo su exclusiva cuenta y responsabilidad, y también como vocera y representante de los **FIDEICOMITENTES APORTANTES** y también del **FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL**, la facultad de instruir a **LA FIDUCIARIA** respecto de la administración de los bienes y derechos con los cuales se conformará el **FIDEICOMISO**, y en general de efectuar todas las manifestaciones, comunicaciones, actos, gestiones o trámites, de cualquier índole o naturaleza, en nombre y representación de todos los integrantes del **FIDEICOMITENTE**.-

**1.3. LOS FIDEICOMITENTES APORTANTES** son las empresas **COMERCIAL PROMOTORA DE TURISMO LAS PALMAS SAS, PABLO OBREGÓN & CÍA. S. EN CS, CABOMARZO LINCE Y CIA S.C.A. hoy CABOMARZO LINCE SAS, COMUNICACIONES Y NEGOCIOS SA Y MERCANTIL GALERAZAMBA & CÍA.**

**SCA.**, Quienes aportan los bienes inmuebles al **FIDEICOMISO ESTANCIA DEL MAR** en los términos indicados en el Acto II del presente instrumento público.

**1.4. FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL:** Es la empresa **NEOS GROUP S.A.** (...) Quién desarrollará la comercialización, la Gerencia del Proyecto y la Construcción del proyecto inmobiliario **ESTANCIA DEL MAR** y aporta sus honorarios correspondientes a su actividad como Comercializador, Gerente del Proyecto y Constructor del citado proyecto. Salvo precisión expresa en contrario, las menciones a los **FIDEICOMITENTES APORTANTES** no cobijan al **FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL**.-----

El valor del aporte del **FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL** es de **OCHO MIL CUATROCIENTOS MILLONES NOVECIENTOR TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON OCHO CENTAVOS**...

(...) **1.7. BENEFICIARIO:** Son beneficiarios del Contrato de Fiducia Mercantil la sociedad **ESTANCIA DEL MAR SAS** en su calidad de **FIDEICOMITENTE**, las empresas **COMERCIAL PROMOTORA DE TURISMO LAS PALMAS SAS, PABLO OBREGÓN & CÍA. S. EN CS, CABOMARZO LINCE Y CIA S.C.A. hoy CABOMARZO LINCE SAS, COMUNICACIONES Y NEGOCIOS SA Y MERCANTIL GALERAZAMBA & CÍA. SCA.**, en calidad de **FIDEICOMITENTES APORTANTES**, la empresa **NEOS GROUP SA** en su condición de **FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL** y las personas vinculadas al **PROYECTO** por las unidades inmobiliarias resultantes del mismo en los términos que se señalan más adelante”. (Negrilla a propósito)

Acerca de los aportes se indicó en la cláusula 4ª que Estancia del Mar SAS transfirió recursos para la conformación del patrimonio autónomo por \$2'000.000, las empresas Fideicomitentes Aportantes unos lotes de terreno y Neos Group SA., aportaría sus honorarios como comercializador, gerente de proyecto y constructor del mismo en los términos allí plasmados.

De cara al objeto del contrato se precisó:

*“El presente contrato tiene por objeto la constitución de un patrimonio autónomo con los bienes y derechos que transfiera el fideicomitente o terceros que éste indique, para que la fiduciaria los custodie y administre de acuerdo con las instrucciones impartidas por el fideicomitente en el presente contrato, permitiendo la destinación de estos para la ejecución y construcción del proyecto que llevará a cabo el fideicomitente aportante especial bajo su exclusiva responsabilidad y por su cuenta y riesgo.*

*En desarrollo de lo anterior, la fiduciaria facilitará el proceso de promoción del proyecto; recibirá y administrará el cien por ciento (100%) de las sumas de dinero entregadas por los beneficiarios de área, y una vez cumplidos los requisitos establecidos en este contrato, girará dichas sumas para el desarrollo del proyecto, previo visto bueno del veedor designado.”*

En cuanto al Fideicomitente Aportante Especial se dijo en la cláusula 12ª:

*“La empresa FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL, que aportará al FIDEICOMISO sus honorarios como Comercializador, Gerente de Proyecto y Constructor del PROYECTO. Su beneficio consistiría en la devolución del valor total de su aporte, situación que ocurrirá a la liquidación del presente patrimonio o antes, si EL FIDEICOMITENTE previa verificación del flujo de caja del PROYECTO instruye a la FIDUCIARIA para tal efecto. En cualquier caso, en el proceso de devolución de aportes serán atendidos en forma prioritaria los efectuados por el FIDEICOMITENTE y los FIDEICOMITENTES APORTANTES y, una vez realizado el 100% de dichos aportes, se procederá a la devolución de los aportes en favor del FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL”.*

Y sobre las instrucciones se dispuso:

**“DÉCIMA TERCERA:**  
**INSTRUCCIONES:** En ejecución del objeto del presente contrato, **la FIDUCIARIA** como vocera y administradora fiduciaria del

**FIDEICOMISO** *obrará con máxima diligencia profesional y en desarrollo de las siguientes instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE actuando como tal y como vocero exclusivo designado por los FIDEICOMITENTES APORTANTES y del FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL:*

*1.1. Recibir para la conformación del presente FIDEICOMISO los recursos que le sean transferidos a la celebración del contrato. (...)*

*1.5. Girar de los recursos disponibles en el FIDEICOMISO y hasta concurrencia de éstos, las sumas de dinero solicitadas por EL FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL para el desarrollo del PROYECTO con base en el procedimiento establecido en este contrato previo visto bueno del VEEDOR y previa consulta expresa con el FIDEICOMITENTE. (...)*

*1.10 Recibir y mantener la titularidad jurídica de los inmuebles que se transfieran para incrementar el FIDEICOMISO, previa instrucción por parte del FIDEICOMITENTE (...)*

*1.12 Atender las instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE a través del presente contrato de Fiducia Mercantil. (...)*

*1.16 Recibir para el FIDEICOMISO los aportes que los BENEFICIARIOS DE ÁREA se obliguen a entregar mediante la suscripción de los contratos de vinculación los invierta de conformidad con lo previsto en el presente documento y, una vez cumplidos los requisitos que se establecen adelante, los ponga a disposición del FIDEICOMITENTE para el desarrollo del PROYECTO, previa solicitud escrita del FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL, quien deberá consultar previamente la situación con el FIDEICOMITENTE. (...)*

*1.19. Permita a EL FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL desarrollar la construcción del PROYECTO sobre los bienes inmuebles del FIDEICOMISO, por su cuenta y riesgo, bajo su exclusiva responsabilidad técnica, financiera jurídica y administrativa.*

*1.20. Girar, dentro de los tres (3) días*

*hábiles siguientes a la fecha en que lo solicite EL FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL, los recursos que sean solicitados por EL FIDEICOMITENTE, previo visto bueno del VEEDOR; EL FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL podrá solicitar órdenes de giro al FIDEICOMISO siempre y cuando haya obtenido las autorizaciones expresas antes indicadas del VEEDOR y del FIDEICOMITENTE, pero será el FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL como pagador, el responsable de las respectivas retenciones y descuentos según las normas legales vigentes. LA FIDUCIARIA no asume ninguna responsabilidad por la destinación de los recursos entregados, responsabilidad que será de cargo única y exclusivamente de EL FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL en los términos establecidos en el presente contrato. (...)*

*1.24 Una vez terminada la construcción, suscribir junto con el FIDEICOMITENTE y el FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL las escrituras públicas mediante las cuales se efectuará la transferencia del derecho de dominio a LOS BENEFICIARIOS DE ÁREA, de las unidades inmobiliarias respecto de las cuales se vincularon mediante la suscripción del correspondiente CONTRATO DE VINCULACIÓN.*

*(...) 1.27. Adelantar la devolución de los aportes proceso en el cual deben ser atendidos en forma prioritaria los aportes efectuados por EL FIDEICOMITENTE y, una vez realizada la devolución del 100% de dichos aportes, se procederá a la devolución de aportes en favor del FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL. lo anterior a solicitud de EL FIDEICOMITENTE y siempre y cuando el flujo de caja del fideicomiso lo permita.” (Resalta la Sala).*

En la cláusula 15ª se estableció el procedimiento operativo para la realización de los pagos y particularmente en el parágrafo 5º de esa estipulación se consignó:

*“Es expresamente entendido que el FIDEICOMITENTE habiendo designado al FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL como comercializador, gerente y constructor del PROYECTO, tendrá la potestad prevalente de instruir a la*

*FIDUCIARIA sobre cualquiera de los aspectos emanados del presente contrato. Por tal razón, es expresamente entendido que el FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL al actuar bajo cualquiera de las calidades mencionadas. deberá consultar previa y oportunamente, con el FIDEICOMITENTE, todos los aspectos pertinentes o relevantes que incidan o puedan incidir en el desarrollo y resultado del Contrato de Fiducia y del proyecto como tal. Así mismo, es entendido que, en caso de contradicción entre alguna indicación o instrucción del FIDEICOMITENTE y del FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL frente a la FIDUCIARIA, primará la indicación o instrucción del FIDEICOMITENTE, razón por la cual la FIDUCIARIA deberá atender la referida indicación o instrucción del FIDEICOMITENTE.-” (Destacado fuera de texto).*

En lo atinente a las obligaciones de las partes (cláusula 17ª) se determinó, entre otras, a cargo del Fideicomitente:

*“1.19 Suscribir en conjunto con el FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL y con la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO, los contratos de vinculación y las escrituras públicas de transferencia de las unidades resultantes del PROYECTO. Así mismo, coordinar el proceso de escrituración, fechas, notaría y hora de suscripción de escrituras”.*

Y en cuanto a las obligaciones de la Fiduciaria se señaló en la cláusula 19ª, entre otras, la de *“1.1. Ejecutar el presente Contrato de Fiducia Mercantil en los términos de las instrucciones impartidas por EL FIDEICOMITENTE”.*

3.2.3. El 24 de noviembre de 2016, fue suscrito por Estancia del Mar SAS como Fideicomitente, Neos Group como Fideicomitente Aportante Especial y Fiduciaria Central, un documento titulado *“MODIFICACION NO. 2 AL CONTRATO DE FIDUCIA MERCANTIL FIDEICOMISO ESTANCIA DEL MAR”*, en el que como consideraciones anotaron: (i) que por documento privado datado 28 de noviembre de 2013 Comercial Promotora de Turismo Las Palmas SAS, Pablo Obregón & Cía. S. en CS, Cabomarzo Lince SAS, Comunicaciones y

Negocios SA y Mercantil Galerazamba & Cía. SCA, fideicomitentes aportantes y beneficiarios, cedieron todos sus derechos y obligaciones en el Contrato de Fiducia Mercantil a Estancia del Mar SAS; (ii) que la Curaduría Urbana No. 2 de Cartagena concedió licencia de parcelación y construcción en la modalidad de obra nueva de agrupación de vivienda multifamiliar para el proyecto urbanístico Estancia del Mar a desarrollarse en el inmueble fideicomitado, de acuerdo con la cual el proyecto se dividiría en 3 parcelas independientes, y en la parcela 1 se desarrollaría un conjunto de viviendas que en la licencia se identificó como etapa 1.

Por virtud de la licencia y sus modificaciones, el Fideicomitente y el Fideicomitente Aportante Especial instruyeron a la Fiduciaria para modificar el Contrato de Fiducia Mercantil **“con el fin de cambiar la descripción del proyecto de conformidad con las mismas, instrucción que ratifican los FIDEICOMITENTES con la suscripción del presente documento”**.

En consecuencia, se modificó el numeral 1.8. de la cláusula 1ª, atinente a la definición del PROYECTO, y la cláusula 16ª **“única y exclusivamente en lo que se refiere a la descripción del proyecto”**; la cláusula 7ª alusiva a las declaraciones de los fideicomitentes: declaración de solvencia, de capacidad, de acciones legales y demandas en su contra, tributaria y de riesgo; y en el numeral 7.4. se anotó:

**“7.4. GOBERNABILIDAD SOCIEDADES ANÓNIMAS.** Para todos los efectos legales, si más de una persona ostenta la calidad de FIDEICOMITENTE y se hace necesario tomar alguna decisión que no cuente con la instrucción previa de los mismos, se aplicarán las normas previstas para convocatoria de Sociedades Anónimas y quórum decisorio previsto en los artículos 424 del Código de Comercio y en el artículo 68 de la Ley 222 de 1995, teniendo en cuenta que la convocatoria se efectuará por LA FIDUCIARIA mediante comunicación escrita, remitida a las direcciones registradas por LOS FIDEICOMITENTES. El quórum deliberatorio estará conformado por un número plural de Fideicomitentes y/o Beneficiarios que represente la mitad más uno de los derechos fiduciarios.”

Así mismo se modificó la cláusula 17ª, en cuanto a las obligaciones del FIDEICOMITENTE quien **“asume en desarrollo del presente contrato las siguientes obligaciones:”**

**“1.19. Suscribir en conjunto con el FIDEICOMITENTE Y EL FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL y con la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO, los documentos de vinculación y las escrituras públicas de transferencia de las unidades resultantes del PROYECTO. Así mismo coordinar el proceso de escrituración, fechas, notaría y hora de suscripción de las escrituras, así mismo a partir de la fecha de esta modificación deberá adjuntar a cada documento de vinculación la cartilla de fiducia inmobiliaria, que se entregará con la copia de éste documento modificatorio, la cual a su vez se encuentra publicada en la página Web de la FIDUCIARIA. La cartilla antes citada, hace parte de los anexos del DOCUMENTO DE VINCULACIÓN.”**

Igualmente se modificó la cláusula 29ª en cuanto a la vigencia del contrato de fiducia mercantil; y la cláusula 34ª que quedó así:

**“DIFERENCIAS:** Si surgiere alguna diferencia o controversia entre EL FIDEICOMITENTE y EL FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL, por razón o con ocasión de este contrato, las partes buscarán de buena fe un arreglo directo antes de acudir al proceso arbitral aquí previsto. En consecuencia, si surgiere alguna diferencia, cualquiera de las partes le notificará a la otra la existencia de dicha diferencia y una etapa de arreglo directo surgirá desde el día siguiente a dicha notificación.”

Por último, advirtieron que **“Los demás términos y condiciones del Contrato de Fiducia Mercantil inicial y sus respectivas modificaciones que no sean contrarios al presente otrosí, continúan vigentes y no sufren alteración alguna”**.

3.2.4. A través de la Escritura Pública 8139 de 23 de diciembre de 2016 corrida en la Notaría 32 de Bogotá, Fiduciaria Central como vocera del Fideicomiso Estancia del Mar, el Fideicomitente Estancia del Mar SAS, el Fideicomitente Aportante Especial



Neos Group S.A., hacen transferencia a título de beneficio en fiducia mercantil a favor de Inversiones Greidinger Angel SAS en calidad de beneficiario de área el derecho de dominio de la Casa NAO 3, con el uso exclusivo del kiosco 3 y dos parqueaderos.

3.2.5. Por medio de la Escritura Pública 2072 de 26 de octubre de 2018 otorgada en la Notaría 77 de Bogotá, Fiduciaria Central como vocera del Fideicomiso Estancia del Mar, el Fideicomitente Estancia del Mar SAS, hacen transferencia de dominio a título de beneficio de área a favor de Palmas Dos SAS de las Casas NAO 5, NAITO 11, NAO 12, NAO 13, NAITO 14, NAITO 15, NAO 16, NAITO 21, cada uno con el uso exclusivo del kiosco y dos parqueaderos con el mismo número de la casa, en el Conjunto Estancia del Mar, por un total de \$29.122'216.000,00, suma que el fideicomiso declaró “recibida a entera satisfacción a la fecha del presene instrumento público” (cláusula 5ª).

3.2.6. Misiva datada 31 de octubre de 2018 dirigida a Fiduciaria Central por el señor García Tellez como representante legal de la aquí demandante, en la que se indica que *“Neos Group S.A., en calidad de Fideicomitente Aportante Especial ha estado evaluando la posibilidad de fijar la fecha de firma de la Escritura Pública de Transferencia de las casas 5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20 y 21 del Fideicomiso Estancia del Mar, conforme con lo previsto en los contratos suscritos con la sociedad Palmas Dos, para lo cual es de vital importancia conocer de parte de la Fiduciaria la información que adelante relacionamos.”*; por lo que pidió se le informara acerca del estado de los predios particularmente en cuanto al pago de gastos de administración e impuestos. Además, solicitó *“me indique el saldo que a la fecha adeuda el beneficiario de área de dichos inmuebles, conforme con la contabilidad del fideicomiso y lo previsto en los contratos suscritos con Palmas Dos.”*; así como *“el estado actual de los pasivos del fideicomiso”*.

3.2.7. Fiduciaria Central respondió el 21 de noviembre de 2018 informando a Neos Group que los gastos de administración e impuestos de los aludidos predios “se encuentran atendidos a 31 de octubre de 2018”, y “Las casas indicadas en párrafo anterior se encuentran canceladas en su

totalidad”; y remitió informe financiero del fideicomiso con corte a 31 de octubre de 2018.

4. Para el caso en concreto, conforme a los reparos presentados por la parte actora, ha de decirse delantamente que los mismos no tiene vocación de prosperidad como se expondrá a continuación.

4.1. Es cierto que el contrato originario fue objeto de varias modificaciones, como acaba de relatarse. Pero no lo es menos que desde su fuente se dejó de manera expresa y reiterada consignado que el Fideicomitente, Estancia del Mar SAS, tenía la facultad de instruir a la Fiduciaria sobre la administración de los bienes y derechos que conformaban el Fideicomiso; y cuando ingresaron al negocio los Fideicomitentes Aportantes y el Fideicomitente Aportante Especial clara e insistentemente se dijo que, Estancia del Mar SAS como Fideicomitente, en general contaba con amplias facultades para efectuar todas las manifestaciones, comunicaciones, actos, gestiones o trámites de cualquier índole o naturaleza en nombre propio y como delegada, representante y vocera de los Fideicomitentes Aportantes y del Fideicomitente Aportante Especial.

Adicionalmente, también es diáfano que se dejaron patentes las instrucciones para la ejecución del contrato, en ellas se especificó que el Fideicomitente actuaría como vocera exclusiva tanto de los Fideicomitentes Aportantes como del Fideicomitente Aportante Especial, es decir, tenía un mandato evidente y expreso para impartir las instrucciones a la Fiduciaria a fin de ejecutar el contrato.

En otras palabras, tenía la potestad de realizar todos los actos y trámites propios y necesarios en nombre y representación de los integrantes del Fideicomitente Aportante y del Fideicomitente Aportante Especial.

4.2. Ahora bien, en estudio de la modificación vertida en el documento del 24 de noviembre de 2016, analizado integralmente su contexto, apreciadas las motivaciones que allí se consignaron y el objetivo de la misma, no se desprende de ella el concierto de voluntades dirigido a eliminar la facultad preferente conferida a la Fideicomitente Estancia del Mar SAS.

4.2.1. En primer lugar, en ese acto persistió la distinción entre el Fideicomitente y el Fideicomitente Aportante Especial, calidades que venían y seguían ostentando Estancia del Mar SAS y Neos Group SA, respectivamente; así se indicó en el encabezamiento y se desarrolló en las consideraciones y en el clausulado.

4.2.2. De las diez consideraciones que se expusieron como justificación de la modificación del Contrato de Fiducia Mercantil, ninguna de ellas siquiera insinuó la eliminación del poder preferente del Fideicomitente, como tampoco se expresó que de ahí en adelante actuarían en pie de igualdad, ni se manifestó que las instrucciones a la Fiduciaria se impartirían de consuno entre el Fideicomitente y el Fideicomitente Aportante Especial.

4.2.3. El objeto esencial de la modificación se circunscribía a *“cambiar la descripción del proyecto”*, como se anotó en su consideración 10ª, y la intervención en ella del Fideicomitente Aportante Especial tiene su origen en el Contrato de Fiducia Mercantil, escritura 1717, precisamente porque Neos Group en esa calidad, quedó a cargo de la comercialización, gerencia y construcción del proyecto (misión que no fue variada), quien tendría la *“dirección, administración y supervisión y control del proyecto inmobiliario denominado ESTANCIA DEL MAR”*, quien llevaría a cabo *“bajo su exclusiva responsabilidad el desarrollo del proyecto”* y adelantaría la construcción del mismo (cláusula 1ª numerales 1.12, 1.13 y 1.14); atendiendo además que los recursos administrados debían destinarse exclusivamente al Proyecto, para lo cual *“LA FIDUCIARIA recibirá las órdenes de giro por parte del FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL previa autorización expresa y escrita del FIDEICOMITENTE y visto buenos del VEEDOR, en los términos de este contrato.”* (cláusula 14ª).

No sólo era lógico, sino imperioso que por el Fideicomitente y el Fideicomitente Aportante Especial, se indicara a la Fiduciaria que se cambiaba la *“descripción del proyecto”*, lo que delimitaba también el campo de acción de Neos Group como gerente, constructor y comercializador del proyecto, sin que variase su condición y calidad en el contrato.

4.2.4. Ahora, en cuanto al numeral 7.4., en que se erige el argumento del demandante para afirmar que se modificó todo el contrato para eliminar el poder preferente en la toma de decisiones por parte de Estancia del Mar no resulta claro, ni de él se puede extraer tal conclusión; empezando por su ubicación en el capítulo de *“DECLARACIONES DE LOS FIDEICOMITENTES”*, acerca de su solvencia, de la causa y objeto lícitos del negocio, de su capacidad jurídica y económica; manifestaciones dentro de las cuales resulta extraña la que titularon *“GOBERNABILIDAD SOCIEDADES ANÓNIMAS”*, redactada en tiempo futuro a modo de condición: *“si más de una persona ostenta la calidad de FIDEICOMITENTE”*, de donde surge el interrogante si tal era la claridad acerca de las partes en ese momento acerca de que Estancia del Mar SAS y Neos Group eran Fideicomitentes con iguales facultades, ¿por qué de esa forma diáfana no lo redactaron?; por qué se incluyó en ese capítulo, y no en el de *“Instrucciones”* que no fue modificado en manera alguna?

Enseguida se dejó la previsión para el caso de que se *hiciera “necesario tomar alguna decisión que no cuente con la instrucción previa de los mismos”*, hipótesis de la que no se infiere que todas las instrucciones a la Fiduciaria debían provenir de la decisión unánime del Fideicomitente y el Fideicomitente Aportante Especial, cuando lo que se plasmó fue para cuando **no exista** *“instrucción previa”*.

4.2.5. En el original Contrato de Fiducia Mercantil, de 28 de febrero de 2012, el único Fideicomitente era Estancia del Mar SAS.

Al vincularse al negocio los Fideicomitentes Aportantes y el Fideicomitente Aportante Especial, el 26 de julio de 2013, dedicaron el capítulo VII para las *“INSTRUCCIONES Y OPERACIÓN DEL CONTRATO”*, fijándose la regla en la cláusula 13ª, como ut supra se citó textualmente, según la cual la Fiduciaria atendería las instrucciones del Fideicomitente (Estancia del Mar SAS) *“actuando como tal y como vocero exclusivo designado por los FIDEICOMITENTES APORTANTES y del FIDEICOMITENTE APORTANTE”*

*ESPECIAL*”, recalándose en diversas estipulaciones, como al transcribirlas atrás se destacó (numeral 3.2.2.), el poder preeminente en la toma de decisiones de Estancia del Mar SAS como Fideicomitente, según la definición allí plasmada, y ninguna de esas cláusulas fue objeto de modificación expresa el 24 de noviembre de 2016.

Por lo demás ha de tenerse en cuenta que el Fideicomitente Estancia del Mar SAS ejecutaría las obligaciones de comercialización, gerencia y construcción del Proyecto a través del Fideicomitente Aportante Especial, como se consignó en los párrafos 3º y 4º de la cláusula 18ª.

4.2.6. A todo lo largo de las estipulaciones contractuales plasmadas en la escritura 1717 se reiteró y recaló la primacía del Fideicomitente en la toma de decisiones, la necesidad de su autorización “expresa y escrita”, y la potestad de impartir instrucciones a la Fiduciaria. De allí que resulta carente de sindéresis, además que no se dejó constancia de motivación alguna, el que se entienda la adición ambigua y descontextualizada introducida el 24 de noviembre de 2016 bajo el numeral 7.4. como una renuncia a tal potestad por parte de Estancia del Mar SAS, máxime cuando el objeto de esa modificación era únicamente cambiar la descripción del proyecto.

4.2.7. A lo dicho se suma el que al modificarse la cláusula 34ª se señaló el mecanismo para solucionar las diferencias o controversias que surgieren entre “*EL FIDEICOMITENTE y el FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL, por razón o con ocasión de este contrato*”, recalándose en la diferencia de calidades de Estancia del Mar SAS y Neos Group SA; y enfatizando un mecanismo distinto para resolver diferencias entre los dichos contratantes, que abarca incluso las divergencias en cuanto a las instrucciones impartir a la Fiduciaria, si es que se entendiera que ambas personas jurídicas ostentaban la calidad de Fideicomitentes en igualdad de condiciones.

4.2.8. Importante es destacar que en la cláusula 13ª consagrada en la escritura 1717, titulada “*Instrucciones*”, se consignó que “*la FIDUCIARIA como vocera y administradora fiduciaria del*

*FIDEICOMISO* obrará con máxima diligencia profesional y en desarrollo de las siguientes instrucciones impartidas (...) detallándose enseguida cada una de las obligaciones y pautas que debía seguir la ahora demandada para el desarrollo contractual; estipulación que como en numeral precedente se transcribió (3.2.2.), fue enfática la voluntad de los contratantes en que las instrucciones serían impartidas por el FIDEICOMITENTE - Estancia del Mar SAS, con privilegio y prioridad sobre la opinión de los otros intervinientes. Potestad que fue ratificada en la cláusula 5ª, concretamente en el párrafo 5º; y es que a todo lo largo del contrato se insistió en ella, particularmente en cuanto a la actividad del Fideicomitente Aportante Especial para el manejo y solicitud de recursos, se requería visto bueno del Veedor y previa autorización del Fideicomitente. No obstante tan significativa potestad, no fue tocada en el otro sí de 24 de noviembre de 2016, en la que ni siquiera se hizo alusión a ella, ni se hizo al menos marginal referencia a las cláusulas 13ª y 15ª en las que con énfasis se consagró.

4.2.9. En lo esencial la cláusula 17ª en la que se dejaron detalladas las obligaciones del Fideicomitente, no se varió en 2016 lo convenido en 2013, pues en la Escritura 1717 particularmente en el numeral 1.19. se indicó que aquel, junto con el FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL y con la FIDUCIARIA como vocera del FIDEICOMISO, suscribirían los “documentos de vinculación y las escrituras públicas de transferencia de las unidades resultantes del PROYECTO. Así mismo, coordinar el proceso de escrituración, fechas, notaría y hora de suscripción de escrituras”. La modificación introducida en noviembre de 2016, y a partir de ella, consistió en que a los documentos de vinculación se debería anexar la cartilla de fiducia inmobiliaria y copia de ese documento modificadorio.

Tampoco de allí se desprende la supresión de la facultad preferente de Estancia del Mar SAS como Fideicomitente en la toma de decisiones y concretamente en el suministro de instrucciones a la Fiduciaria, pues ya desde 2013 se había pactado la suscripción conjunta de contratos de vinculación y escrituras.

4.3. Corolario de lo que acaba de exponerse

es que el numeral 7.4. adicionado en el otrosí de 24 de noviembre de 2016 no tiene los efectos y alcances que la demandante enarbola; permaneciendo incólume como regla del Contrato de Fiducia Mercantil, la potestad preferente y prevalente de Estancia del Mar SAS como Fideicomitente para impartir a Fiduciaria Central como Fiduciaria vocera del Fideicomiso Estancia del Mar, las instrucciones acerca de la administración de los recursos y bienes del Fideicomiso.

De tal manera que, cuando Fiduciaria Central procedió a la escrituración de las casas 5, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 18, 20 y 21 del proyecto Estancia del Mar a favor del Palmas Dos S.A.S., no hizo otra cosa que acatar la instrucción impartida por el Fideicomitente -instrucción que en todo caso primaba sobre cualquier otra a voces de la cláusula 15ª memorada atrás- ampliamente facultado para ello según el Contrato de Fiducia Mercantil, y de esa manera cumplir sus obligaciones.

En tal virtud, como lo dijo el a quo, aún en la hipótesis que el aquí demandante se hubiera opuesto a la celebración de la escrituración prevalecería la orden impartida por el Fideicomitente Estancia del Mar S.A.S, y conforme a ésta debía proceder la Fiduciaria.

Así las cosas, lo sucedido en la escrituración de las pluricitadas unidades del proyecto Estancia del Mar a favor del Palmas Dos S.A.S. fue la ejecución de una instrucción del Fideicomitente, claro está, previa verificación de las cuentas PUC, registros contables y análisis del veedor, Fernando Cantini (Contador), quien así lo declaró en el testimonio rendido.

En ese orden de ideas, no existe el incumplimiento referido por el apelante en lo que atañe a la suscripción de las escrituras públicas a favor de Palmas Dos S.A.S., pues aquella acción obedeció a una obligación determinada dentro del contrato de fiducia y su modificación, en el sentido literal de las cláusulas la Fiduciaria demandada respondía a las instrucciones dadas por el fideicomitente Estancia del Mar S.A.S.

5. No desconoce la Sala que era una obligación de la Fiduciaria junto con el Fideicomitente y el Fideicomitente aportante especial, suscribir la escritura

pública, pero también es cierto que sobre la Fiduciaria recaía la obligación de atender las instrucciones impartidas por el Fideicomitente (cláusula 13ª, numeral 1.12) y, como quiera que luego de hacer la veeduría respectiva y la validación de registros contables de Estancia del Mar, accedió la demandada a elevar las escrituras públicas respectivas.

En todo caso, si hubo incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del Fideicomitente, este no es el escenario para dilucidarlo, como quiera que ese no fue el objeto del litigio demarcado en el libelo inaugural.

6. En lo concerniente al reparo de que el contrato de vinculación de área dispuso que los aportes del fideicomiso debían realizarse en dinero, y no era dable la compensación por no darse los requisitos de ley, debe decirse:

En lo atinente al pago de las casas ya citadas, se evidencia que se dio en los siguientes términos: una cuota inicial por cada unidad inmobiliaria por \$3.000.000; un pago efectuado por \$3.658.075.196; y la cancelación hecha por Palmas Dos a un crédito por la suma de \$13.119.276.447 adquirido por Estancia del Mar para la construcción del proyecto del mismo nombre<sup>5</sup> y, una cesión de crédito por parte de Estancia del Mar para que, parte de esos derechos crediticios a su favor en el fideicomiso por valor de \$19.595.418.357 fueran reconocidos a favor de Palmas Dos como abonos al plan de pagos.

Respecto del crédito cancelado por Palmas Dos S.A.S. conforme a los estados de cuenta, y si bien esos dineros no fueron cancelados a través de la Fiducia, no es menos cierto que fueron encaminados a la realización del proyecto constructivo, y contabilizados. Esto también fue ratificado por el tesorero del proyecto, quien manifestó que Estancia del Mar había tomado créditos para financiar el proyecto lo cual fue informado a la Fiduciaria, quedando así relacionados con las cuentas del Fideicomiso como financiación del proyecto.

A su turno, el director administrativo de Estancia del Mar, Cristian Acosta, señaló que el Fideicomitente había dado instrucciones a la Fiduciaria Central S.A. de actualizar los costos del proyecto,

además, respecto de la cesión de los derechos de crédito al beneficiario de área Palmas Dos, manifestó que dicho reajuste se había hecho mediante cuentas PUC en la cual se relacionan costos directos e indirectos los que se ejecutaron como gastos, y conforme al registro contable de Estancia del Mar, y el veedor hace la validación de esos registros que era un tercero nombrado por Fiduciaria Central y también por el revisor fiscal.

Una vez Palmas Dos sufragó el préstamo con Banco de Occidente, se redujo el pasivo, en consecuencia, se tuvo como un pago realizado por dicha sociedad beneficiaria de área. No sobra resaltar que, el trabajo adelantado por el contador Fernando Cantini está revestido de fe pública (artículo 10, ley 43 de 1990) y no hay prueba en contrario.

Así pues, es claro que hubo un pago, si bien no fue en los términos descritos en la escritura pública de modificación del contrato de fiducia ni en el de vinculación, no es menos cierto que ante el cruce de cuentas se solucionó la obligación.

7. Ahora, la compensación está recogida a partir del artículo 1714 del Código Civil y para ello, deben concurrir obligaciones mutuas que puedan compensarse, es decir, que ambas sean en dinero o del mismo género y calidad, exigibles y líquidas.

Para este caso, se tiene que el primer pago realizado por Palmas Dos S.A.S. fue por \$30.000.000 directamente al Fideicomiso al momento de la suscripción de los contratos de vinculación.

Por otro lado, se observa que Palmas Dos S.A.S. realizó un abono por \$13.119.276.447 a un crédito contraído por Estancia del Mar, y destinado únicamente para el desarrollo y ejecución del proyecto que tiene el mismo nombre, tal como ya se dijo.

A su turno, Palmas Dos S.A.S. suscribió los contratos de vinculación de beneficiario de área el 21 de diciembre de 2016.

En igual sentido, manifestó que el pago habría ocurrido como consecuencia del fenómeno de la compensación, toda vez que la peticionaria le había pagado a Estancia del Mar S.A.S. una deuda por \$13.119.276.447.

8. Finalmente, el apelante reprocha que el daño reclamado tuvo su génesis en el actuar de la Fiduciaria, pues con su incumplimiento se privó al fideicomiso de contar con los recursos necesarios para restituirle los aportes efectuados impidiéndole recibir el pago de honorarios en los términos convenidos.

Sobre el tema, en primer lugar, debe decirse que en el plenario no obra prueba que acredite la causación de un perjuicio a la demandante, y como quiera que la reparación del daño, el cual debe ser verdadero y no hipotético, se requiere su demostración, por lo que, no basta con la sola afirmación de la parte interesada, sino que es necesaria evidencia del mismo, de no ser así, como lo ha dicho la Corte, se impone *«rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido»* (CSJ SC11575-2015, rad. 2006-00514-01)

No puede soslayarse que gravita en quien alega, la prueba de los supuestos fácticos en que edifica sus aspiraciones procesales, carga probatoria de la que no está exento el tópico relativo al daño cuya indemnización se depreca:

*“2.1 Uno de los requisitos que debe reunir el daño es su certidumbre, es decir, que se demuestre su existencia misma; lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito “más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna” (CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01; CSJ, SC del 17 de noviembre de 2016, Rad. n.º2000- 00196-01).*

*Para que sea “susceptible de reparación, debe ser ‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’” (CSJ, SC del 27 de marzo de 2003, Rad. n.º 6879).*

*La condición de ser directo reclama, en la responsabilidad contractual, que él sea la*

*consecuencia inmediata y necesaria de la falta de cumplimiento del respectivo acuerdo de voluntades, o de su cumplimiento imperfecto o inoportuno, lo que implica un análisis de la relación causal entre el hecho por el cual se responde y los daños cuyo resarcimiento se pretende.”*

Recordó la Corte en esa misma providencia su línea jurisprudencial en cuanto a que:

*“Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, ‘repitiendo un principio fundamental de derecho, que el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’ (LVIII, pág. 113) (CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. n.º 6623; negrillas fuera del texto)”*.

Tal como lo concluyó el juzgador de primer grado, la petición del demandante se finca en una mera expectativa, pues si bien es cierto en el esquema negocial “*Su beneficio consistiría en la devolución del valor total de su aporte*”, no lo es menos que ello ocurriría a la liquidación del patrimonio “*o antes, si EL FIDEICOMITENTE previa verificación del flujo de caja del PROYECTO instruye a la FIDUCIARIA para tal efecto*”; sin que para el caso se hubiere demostrado la ocurrencia de alguna de esas condiciones.

En todo caso se diseñó un orden para

devolución de aportes en el que serían “*atendidos en forma prioritaria los efectuados por el FIDEICOMITENTE y los FIDEICOMITENTES APORTANTES y, una vez realizado el 100% de dichos aportes, se procederá a la devolución de los aportes en favor del FIDEICOMITENTE APORTANTE ESPECIAL*”.

El objetivo probatorio no se satisface con el juramento estimatorio, pues es claro el artículo 206 de la ley procesal civil al indicar que de esa manera se puede demostrar solamente el monto o la cuantía, incumbiendo entonces acreditar el concepto del daño, su extensión, intensidad y su relación causal con el hecho generador:

*“Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Sólo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.” (Negrilla intencional)*

Corolario de lo así discurrido, el cuestionamiento examinado carece de vocación de prosperidad.

9. Evaluadas todas las críticas planteadas por el recurrente, como quiera que ninguno de ellas tiene la contundencia para derruir la labor argumentativa, la apreciación probatoria y las conclusiones a las que se llegó en la sentencia apelada, ésta será confirmada. Por consiguiente, y dado el fracaso del recurso el impugnante será condenado al pago de las costas de esta instancia.

---

**PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO**  
**MP DRA. RUTH ELENA GALVIS VERGARA**  
**RADICADO: [110013199003201902863 02](#)**

Tesis: El simple hecho del enteramiento de la celebración de los contratos de promesa de compraventa no significa per se, una intención fraudulenta o de mala fe del banco al restringir la entrega de la tenencia a terceros, como quiera que para proceder a ésta bastaba pedir autorización a la entidad para proceder a ello. Ha de verse que dada la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero, a través del cual se entregó la tenencia con opción de compra al locatario, una modificación (cesión) en cuanto a la persona que ostentaba tal calidad resulta

de particular importancia, de allí que no luzca arbitrario que la institución financiera establezca este tipo de cláusulas.

Además, en gracia de discusión, la causa de terminación del contrato de arrendamiento financiero se dio por la falta de pago del canon como se admitió en el hecho 2.33 de los antecedentes, más no fue, por ejemplo, la entrega de la tenencia parcial del inmueble a terceros.

Conforme a lo anterior, se tiene que las alegaciones de la apelante no logran quebrar la decisión en los puntos que fueron atacados. Por tanto, se confirmará en su totalidad la sentencia censurada y se le condenará en costas.

### ANTECEDENTES

1. Capemar Salud S.A.S. promovió acción de protección al consumidor financiero contra el Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. en la que formuló las siguientes pretensiones principales:

“1. Declarar que el contrato de leasing número 121308 no reguló adecuadamente la relación comercial entre sus suscriptores.

2. Declarar abusivas o tener por no escritas las cláusulas:

a. Novena 9.e);

b. La parte inicial de la cláusula décima que expresa “Salvo que medie autorización, previa, expresa y escrita de EL BANCO, EL(LOS) LOCATARIO (S) no podrá (n) entregar a terceras personas los bienes inmuebles objetos del presente contrato, para su tenencia, usufructo o explotación a cualquier título”:

c. El numeral 4 de la cláusula decima quinta.

d. Parte inicial de la cláusula vigésima cuarta en cuanto expresa “MEJORAS Las reparaciones locativas serán a cargo de EL (LOS) LOCATARIO (S) y en ningún caso serán indemnizadas por EL BANCO. Respecto de las demás reparaciones y mejoras, quedarán de propiedad de EL BANCO, sin lugar a indemnización alguna”.

e. El párrafo tercero de la cláusula vigésima cuarta. En cuanto a que la forma en la que fueron redactadas violan la normatividad aplicable o no regularon en debida forma la relación comercial.

3. Declarar que la entidad Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. antes y durante la vigencia del contrato de leasing número 121308 abusó de su posición comercial con el locatario al imponer cargas que agravaron su situación económica por no

aceptar las fórmulas de arreglo propuestas, ni proponer alguna que hiciera viable la continuidad de la relación contractual.

4. Ordenar al Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. ofrecer sobre el inmueble denominado centro comercial el cabrero, contrato a la sociedad Capemar S.A., mediante el cual se garantice a ésta el derecho a adquirir la propiedad de dicho inmueble, estableciendo condiciones económicas que faciliten el cumplimiento de las obligaciones económicas, contrato en que el deberá otorgarse a Capemar S.A. la facultad de vender y/o arrendar los inmuebles del centro comercial.

5. Ordenar a Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. transferir el dominio de los inmuebles identificados con folio de matrícula 060-302117 (local 1) a favor del señor Carlos Alberto Peña Mojocoa.

6. Ordenar al banco Itaú Corpbanca Colombia S.A. transferir el dominio de los inmuebles identificados con folio de matrícula 060-302124 (local 8) a favor de los señores Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas.

7. Hacer uso de su facultad de fallar extra y ultrapetita.

8. Imponer sanción a la entidad accionada en el monto que se considere prudente

9. Condenar en costas a la entidad accionada.”

Y como pretensiones subsidiarias deprecó:

“En el hipotético evento de que no se llegase a conceder la pretensión descrita en el numera 5, se resuelva:

10. Reconocer que el accionante, Capemar S.A. tiene derecho al reconocimiento de la indemnización por las mejoras realizadas en el inmueble identificado con folio de matrícula 060-285117.

11. Ordenar a Corpbanca hacer el pago de la indemnización por el valor de las mejoras realizadas al inmueble identificado con folio de matrícula 060-285117.

12. Reconocer que el accionante tiene derecho a la devolución de los saldos amortizados al precio de la opción de adquisición del inmueble.

13. Ordenar a Corpbanca hacer el pago de los saldos amortizados al precio de adquisición del inmueble.

14. Ordenar a Corpbanca el reintegro de las sumas de dinero pagadas por Capemar S.A. para realizar la transferencia de dominio del inmueble identificado con folio de matrícula 060-257117.

15. Indexar cada una de las sumas de dinero que se condene a pagar.”

2. En soporte del petitum se expusieron los siguientes hechos:

2.1. Los integrantes de la familia Capriles Castillo tienen nacionalidad venezolana, emigraron a Colombia a principios de 2011, residían en Cartagena y fundaron las sociedades Capemar S.A.S. e Inversiones MRC S.A.S.

2.2. Decidieron iniciar la construcción de un centro comercial, por lo que el 20 de febrero de 2012 Inversiones MRC S.A.S. adquirió el inmueble identificado con folio de matrícula 060-71692. En el mes de marzo del mismo año, adquirieron el predio con folio de matrícula 060-84065.

2.3. El 9 de marzo de 2012 Inversiones MRC S.A.S. adquirió por compraventa el bien con matrícula 060- 119402.

2.4. El 3 de abril de 2012 Inversiones MRC S.A.S. le compró a Capemar S.A.S. el inmueble determinado con el folio 060-84065 (hecho 2.2.).

2.5. El 26 de junio de 2012 Inversiones MRC S.A.S. adquirió la propiedad registrada con folio de matrícula 060-164906.

2.6. El 25 de septiembre de 2012 Inversiones MRC S.A.S. englobó los cinco terrenos, quedando como folio de matrícula

060-267504.

2.7. El 7 de febrero de 2013 Inversiones MRC S.A.S. adquirió el bien reconocido con folio 060-117357.

2.8. A fin de lograr el objetivo trazado, se acudió a un contrato de leasing financiero con Coltefinanciera S.A. por lo que Inversiones MRC S.A.S. le vendió los inmuebles con folios 060-267504 y 060-117357 a Coltefinanciera.

2.9. Durante la vigencia del contrato referido, Capemar Salud S.A.S. y Coltefinanciera S.A. se realizó mediante la figura del contrato de administración delegada para la construcción; la convención se realizó entre Coltefinanciera S.A. en calidad de contratante y Síntesis Construcciones S.A.S. en calidad de contratista.

2.10. El contrato celebrado con Coltefinanciera S.A. estaba concebido para garantizar la construcción total del centro comercial, pues conforme a lo pactado, Coltefinanciera se encargaba del financiamiento de la construcción, sin que Capemar tuviera que realizar pago alguno.

2.11. El 21 de octubre de 2013, con autorización de Coltefinanciera, Capemar celebró contrato de arrendamiento del local 4 con Invercomer del Caribe S.A.S.

2.12. Debido a inconvenientes para la terminación del proyecto, la referida corporación le solicitó a Capemar Salud S.A.S. una garantía que sirviera de aval para el sobre costo y finalizar la obra.

2.13. Capemar acudió a Banco Corpbanca quien le propuso como fórmula para la adquisición del financiamiento cancelar el valor adeudado a Coltefinanciera y, seguidamente, constituir una garantía hipotecaria a favor de Corpbanca, lo que le permitiría a la demandante constituir una propiedad horizontal, vender o arrendar locales, con lo que el banco estuvo de acuerdo.

2.14. Corpbanca procedió a pagar la deuda con Coltefinanciera por \$6.300.000.000, éste último transfirió el derecho real de dominio a Capemar sobre los bienes con folio de matrícula 060-267504 y 060-117357. Todos los gastos de ello corrieron por cuenta de la actora.



2.15. Corpbanca además del referido pago, realizó un depósito de dinero a favor de Capemar por \$1.700.000.000, que garantizaba, por lo menos, dos años de cumplimiento de las obligaciones que se llegarían a constituir a favor de Corpbanca.

2.16. Para hacer más viable la constitución de la hipoteca, Capemar procedió a realizar el englobe de los inmuebles 060-267504 y 060-117357, por lo que se generó la matrícula 060-285117.

2.17. Capemar ante la necesidad de liquidez, le vendió al señor Carlos Alberto Peña Mojocoa el local 1, una vez constituido el reglamento de propiedad horizontal, podría hacerse la transferencia. Dicha promesa de venta se

2.18. En el intervalo de la fecha de transferencia de dominio de Coltefinanciera y Capemar, se constituyó un contrato de leasing con Corpbanca, el No. 121308, en el que éste último de manera unilateral decidió modificar el acuerdo respecto de la constitución de una hipoteca, y determinó que debía celebrarse un leasing. Esta decisión debió ser aceptada ante la necesidad de terminar la obra.

2.19. Ante la citada modificación, Capemar se vio en la obligación de venderle el inmueble a Corpbanca, trámite que asumió la parte actora el cual alcanzó los \$1.700.000.000.

2.20. El contrato de leasing #121308 se celebró el 23 de diciembre de 2014 cuando aun Corpbanca no tenía la propiedad.

2.21. En el acápite de declaraciones del contrato se estableció que el valor del inmueble se discriminaba en dos factores: El primer terreno por \$6.300.000.000, es decir, con lo que se pretendía cubrir el crédito pagado con Coltefinanciera y, el segundo las mejoras, refiriéndose a la construcción por \$1.700.000.000, para un total de \$8.000.000.000: sin embargo, en el contrato no se especificó dicho valor.

2.22. Esperanzada en normalizar el flujo de cada a través de venta y arrendamientos, la actora transfirió el dominio por compraventa en la suma de \$6.300.000.000 mediante escritura pública 4044 de la Notaría 3ª de Cartagena, el 26 de diciembre

2014, tres días después de haberse firmado el contrato de leasing.

2.23. En la data citada, *“al darse cuenta de las falencias respecto del valor real del contrato de leasing, ya que del cuadro de declaraciones se podía inferir que su valor fue de ocho mil millones de pesos (\$8.000.000.000) (...) y de la escritura con la que se materializo (sic) la venta del inmueble se extraía un valor diferente, seis mil trescientos millones de pesos (\$6.300.000.000) Corpbanca se vio en la necesidad de solicitarle a Capemar que mediante la expedición de una factura de venta le brindara soporte del desembolso de mil setecientos millones de pesos (\$1.700.000.000), Capemar, en gesto de buena relación comercial expidió el documento solicitado”*

2.24. Pese a la expedición de la citada factura, la entidad financiera pidió la firma de otro sí, para modificar el valor por \$8.000.000.000 con corte a 29 de diciembre de 2014.

2.25. El 15 de abril de 2015 Capemar celebró promesa de compraventa sobre el local 8 del centro comercial con los señores Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas, venta que al igual que el local 1, sería elevada a escritura pública una vez se constituyera el reglamento de propiedad horizontal. En este caso, como en el anterior, el Banco tuvo conocimiento del compromiso adquirido.

2.26. El 29 de septiembre de 2015 el banco le solicitó a la sociedad demandante la firma de otro sí adicional, el cual cuenta con una redacción exacta al inicial, con una sutil variación numérica en cuanto a la forma de expresar la base de la liquidación, que a la postre resulta la misma del otro sí no autenticado, y al valor de la tasa fija cuya variación se encuentra atada a la fecha de suscripción del crédito, lo cual quiere decir que la variación no dependió exclusivamente de la voluntad del Banco.

2.27. Previo a la firma del citado otro sí, Capemar Salud S.A.S. estaba en diálogos para viabilizar en debida forma el cumplimiento de las condiciones del contrato, prueba de ello es el documento titulado “condiciones de aprobación de reperfilamiento de deudas” emitido por el

gerente empresarial de Corpbanca, Roberto Peláez Benedetti.

En el referido documento se evidencia que el banco tenía conocimiento de todas las negociaciones hechas por Capemar Salud S.A.S. habida cuenta que utiliza la frase “a partir de la venta del tercer local comercial (teniendo en cuenta que ya se vendieron los locales 1 y 2)” Además, todos los dineros entregados por las ventas fueron consignados a órdenes del banco, aunque en las cláusulas del contrato no diga nada de ello porque la redacción resultó ambigua.

2.28. Capemar hizo todos los trámites necesarios para lograr la constitución de un reglamento de propiedad horizontal, gestiones que cada vez desgastaban el capital que les quedaba; además, los compradores de los locales 1 y 8 empezaron a ejercitar mecanismos de presión tendientes a materializar las promesas.

2.29. El 27 de junio de 2016 se logró constituir la propiedad horizontal, data a partir de la cual nacieron a la vida jurídica los locales identificados con los folios de matrícula del 060-302117 hasta el 060-302124 como unidades inmobiliarias.

2.30. Se le requirió a Corpbanca para que procediera a escriturar los inmuebles a los prometientes compradores, pero obtuvo una respuesta negativa. Esta decisión hizo la situación financiera de Capemar más difícil, lo que le impedía el flujo de caja y por ende, la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones.

2.31. Desde diciembre de 2016 Capemar no pudo continuar cumpliendo totalmente con el pago del canon mensual, porque lo único que le quedaba como ingreso fue el contrato de arrendamiento con Invercomer.

2.32. Ninguna de las fórmulas de arreglo propuestas por Capemar fueron acogidas entre ellas *“modificación en el valor del canon, la escrituración de los inmuebles enajenados, el ofrecimiento de cesión del contrato hasta la compraventa del centro comercial efectuada por terceros”*; durante ese tiempo se hicieron pagos del canon de forma parcial, hasta que el 2 de agosto el banco decidió terminar el contrato por incumplimiento de las obligaciones ante el Juzgado 1º Civil del

Circuito de Cartagena.

2.33. Finalmente, después de múltiples intentos por salvar el contrato, se profirió sentencia en la que se decretó la terminación, decisión que fue confirmada por el Superior.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. La relación procesal se ha constituido en legal forma y no se observa vicio en la actuación, por tanto, no existe impedimento procesal para fallar de fondo.

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

3. Para emprender el estudio, no puede perderse de vista que la acción propiciada lo fue en el marco de la protección al consumidor financiero, ante la Superintendencia Financiera de Colombia, quien en ejercicio de funciones jurisdiccionales esta facultada para ello en los precisos términos fijados por el legislador en la ley 1480 de 2011:

“ARTÍCULO 57. ATRIBUCIÓN DE FACULTADES JURISDICCIONALES A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA. En aplicación del artículo 116 de la Constitución Política, los consumidores financieros de las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia podrán a su elección someter a conocimiento de esa autoridad, los asuntos contenciosos que se susciten entre ellos y las entidades vigiladas sobre las materias a que se refiere el presente artículo para que sean fallados en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

En desarrollo de la facultad jurisdiccional atribuida por esta ley, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá conocer de las controversias que surjan entre los consumidores financieros y las entidades vigiladas relacionadas exclusivamente con la ejecución y el cumplimiento de las obligaciones contractuales que asuman con

ocasión de la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento inversión de los recursos captados del público.

La Superintendencia Financiera de Colombia no podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo.

Tampoco podrán ser sometidas a su competencia acciones de carácter laboral.

Los asuntos a los que se refiere el presente artículo se tramitarán por el procedimiento al que se refiere el artículo 58 de la presente ley.

**PARÁGRAFO.** Con la finalidad de garantizar la imparcialidad y autonomía en el ejercicio de dichas competencias, la Superintendencia Financiera de Colombia ajustará su estructura a efectos de garantizar que el área encargada de asumir las funciones jurisdiccionales asignadas por la presente ley cuente con la debida independencia frente a las demás áreas encargadas del ejercicio de las funciones de supervisión e instrucción”.

Precepto concordante con el artículo 24 numeral 2° de la ley 1564 de 2012; normativa que no sólo fija competencia sino que establece los parámetros sobre los que el juzgador ha de hacer pronunciamiento.

4. Como punto de partida para definir la alzada, debe memorarse que de conformidad con el canon 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes y no se puede invalidar sino por consentimiento de los contratantes o por causas legales. Lo que significa que las obligaciones que se consignan en los convenios son de obligatorio cumplimiento y los contratantes, adicionalmente, estarán obligados al acatamiento de las leyes vigentes al momento de su celebración, al entenderse incorporadas al contrato (artículo 38 Ley 153 de 1887). Por tanto, una vez perfeccionado el contrato, está llamado a producir las consecuencias que las partes buscaron con su celebración; por lo que el deudor deberá concurrir a su ejecución íntegra, efectiva y oportuna, cuya exoneración, únicamente procede como consecuencia de su invalidación por un nuevo acuerdo de

voluntades, o por causas legales; y en éste último evento, será necesaria una sentencia debidamente ejecutoriada que declare la nulidad, la resolución, la rescisión o la simulación del acto jurídico.

5. Con estos derroteros de guía, se referirá la Sala al primer motivo de disenso con el que el apelante critica la valoración probatoria que hizo el a quo, a quien increpa por no haber asignado la presunción de veracidad por falta de contestación de la demanda, ni estimado las pruebas indiciarias que, en su criterio respaldan las pretensiones del accionante.

5.1. En cuanto al primer reproche debe decirse que, es claro para la Sala que la ausencia de contestación de la demanda trae como consecuencia legal el que se presuman como ciertos los hechos susceptibles de confesión, pues así está concebido en el artículo 96 de la ley 1564 de 2012: *“La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto”*; no obstante, ello no implica fundar un fallo adverso al demandado por esa sola circunstancia, pues en todo caso, debe verificarse respecto de cuales hechos se dan las exigencias del artículo 191 *ibídem*, a ello se suma que la confesión puede ser desvirtuada por otras probanzas, como lo advierte el artículo 197 *eiusdem* y, además, repárese que quien tiene la carga de probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico perseguido es del demandante, conforme lo prevé el artículo 167 *ídem*.

Asumir una posición opuesta, sería excusar al demandante de la carga de probar los hechos planteados en la demanda en los que basa las pretensiones, en aras de la mera declaración de certeza por la ausencia de contestación.

En todo caso, la presunción no recae sobre todos los hechos narrados en la demanda, sino sólo respecto de aquellos susceptibles de confesión, para lo cual deben atenderse las reglas fijadas por el artículo 191 mencionado, de allí que analizados los supuestos fácticos del libelo genitor, no es procedente declarar confesa a la

demandada de los siguientes: los numerados del 1 al 20, 27, 28, 39, 40, 42, 44 a 46, 48, 50 habida cuenta que no son hechos personales del confesante o de los que debía tener conocimiento; los #22 y 23, no acarrear hechos adversos al confesante, pues sólo corroboran que Corpbanca hizo un pago a Coltefinanciera y constituyó un depósito de dinero a favor de Capemar; el #24, requiere de prueba solemne: la escritura de englobe; los hechos #29 a 34, 36, 37, 41, 49 y 51 relativos al contrato de leasing y sus otros sí, la compraventa del predio y el reglamento de propiedad horizontal igualmente no se demuestran por confesión y de ellos obra prueba documental.

5.2. Ahora bien, como consecuencia de la desidia del demandado al no contestar la demanda el a quo en la audiencia de que trata el artículo 372 de la ley 1564 de 2012 aplicó la consecuencia legal por la no contestación de la demanda<sup>4</sup>, teniendo por ciertos: el hecho #21, en cuanto a la propuesta de Capemar a Corpbanca de que cancelara la deuda a Coltefinanciera para que aquel ejerciera la opción de compra y luego constituir una hipoteca a Corpbanca en lo que esta *“estuvo completamente de acuerdo”*; el hecho #25, relativo a que Corpbanca tuvo conocimiento de la promesa del local 1 con el señor Peña Mojocoa; el hecho #26 referente a que Corpbanca modificó el acuerdo respecto de la constitución de hipoteca del inmueble y manifestó que la negociación debería realizarse bajo la figura de leasing, lo que acató en su totalidad la sociedad demandante; el hecho #35 alusivo al conocimiento de la demandada de la promesa de venta de los locales 1 y 8 del Centro Comercial a los señores Navas-Araque: *“lo que se da por confeso es “de la cual Corpbanca tuvo conocimiento desde antes de su suscripción”*; el hecho #43 según el cual se pidió a Corpbanca que escriturara los locales a los prometientes compradores y se negó, y el #47 concerniente a que la aquí demandante le hizo propuestas a Corpbanca que ésta no aceptó.

Así mismo se admitió el supuesto fáctico atinente a que en el cuadro de declaraciones se estableció que el valor del inmueble se discriminaba en dos factores, de una parte el terreno en \$6.300'000.000 con el que se cubría el crédito con

Coltefinanciera, y de otro, \$1.700'000.000 las mejoras, refiriéndose a la construcción para un total de \$8.000'000.000 y que, las partes suscribieron dos otros sí expresando el valor total del mismo en \$8.000.000.000, y con el propósito de reducir la tasa de interés del efectivo anual del 10.8679% a una del 9.411326% y seleccionar una cuota constante de abono a capital.

5.3. Observa la Sala que, si bien es cierto se tuvo por confeso que el Banco demandado determinó en la etapa precontractual que ya no celebraría con el actor un contrato de hipoteca, como inicialmente se propuso, sino por el contrario se determinó que la negociación se haría a través de uno de leasing, no es menos cierto que Capemar S.A.S. aceptó el cambio del contrato a celebrar: así se consignó en la demanda, no hay elemento de convicción alguno del cual pueda inferirse que hubiese la aquí demandante persistido en su propuesta inicial, sino que ante la contrapropuesta de Corpbanca de regular su relación bajo la figura de un contrato de leasing aceptó esa oferta. En otras palabras, aquella confesión encaminada a demostrar el cambio unilateral del negocio, resulta infirmada por el propio dicho del representante legal de la demandante, en cuanto a que tal modificación fue aceptada optándose por celebrar el contrato de leasing cuyas estipulaciones fueron consignadas en el documento suscrito por las partes.

Al absolver interrogatorio el representante de la sociedad demandante, afirmó haber consentido la celebración del contrato de leasing, al punto que fue la segunda suplente del representante legal de Capemar, señora Wendy Cristina Capriles de Lazo quien lo suscribió como responsable principal, y el señor Andrés Alberto Capriles Castillo como deudor solidario.

Y es que, de haber sido engañado el actor, maniobrado en su buena fe, manipulado en su voluntad estaríamos ante un vicio en el consentimiento, empero no fue la acción de nulidad relativa la impulsada por esa razón, lo que constituye una barrera que impide hacer pronunciamiento al respecto. En todo caso, la jurisprudencia también ha sido enfática en la autorresponsabilidad de los contratistas, y *“en el deber de la prevención a errores que vicien el consentimiento so pena de las consecuencias adversas del negocio*

*celebrado”.*

5.4. Adicionalmente, sin perder de vista la acción propiciada: de protección al consumidor, como bien lo dijo el a quo la sociedad demandante no es un consumidor cualquiera, sino uno calificado, toda vez que como se constata en su certificado de existencia y representación legal, su objeto social es el de “a) comprar, vender, arrendar, permutar, gravar con hipoteca cualquier tipo de muebles e inmuebles”, es decir, que el giro ordinario de los negocios del ente jurídico demandante se encuentra directamente relacionado con las negociaciones de diversa índole respecto de bienes; luego, no puede aducir que de forma ingenua celebró un contrato de leasing pensando que se trataba de otro, o que dicho acuerdo le era completamente ajeno a lo pretendido y que desconocía las consecuencias de suscribir este tipo de convenio.

Nada más las pretensiones planteadas desarticulan toda su argumentación al respecto, pues como ya se indicó no se persigue la declaratoria de nulidad del contrato por algún vicio del consentimiento; simplemente se ruega se declare que “*el contrato de leasing número 121308 no reguló adecuadamente la relación comercial entre sus suscriptores*”, sin exponer explicación alguna acerca de la forma negocial que según su criterio, era la que debía regular “*adecuadamente*” el vínculo entre los contratantes, menos aún acreditó cuál fue el verdadero designio contractual que en su autonomía de voluntad pactaron.

Y las restantes peticiones buscan se declaren abusivas puntuales apartes de las estipulaciones contractuales, en otras palabras ni siquiera el demandante considera que el contrato fue producto de la posición dominante y abusiva de la entidad bancaria.

5.5. Por otro lado, no es cierto que el Banco negó tajantemente cualquier tipo de negociación, prueba de ello es el tan nombrado documento denominado “CONDICIONES APROBACIÓN REPERFILAMIENTO DEUDAS CAPEMAR SALUD SAS”, el cual debe apreciarse de manera integral y no solamente los apartes que señala el apelante pues allí, en efecto, en primer lugar se destacaron las

**CARACTERÍSTICAS DEL LEASING “DERIVADO TASA DE INTERÉS”** por un valor nominal de \$8.000.000.000, a un plazo de 11 años con fecha de inicio el 29/09/2015 con una **opción de compra** del 10%; con “*GARANTÍAS: FIRMA DE LA SOCIEDAD, FIDUCIA DE ADMÓN Y FUENTE DE PAGO (ARRIENDO DE MEGATIENDA Y LOCALES COMERCIAL QUE SE ARRIENDE A FUTURO), AVAL DE ANDRES CAPRILES*”; enseguida se relacionaron las “*APROBACIONES CON RESPECTO A LA GARANTÍA*” que le permitiría al cliente “*vender los locales 1, 2, 7, 8, 9,*”; “*\*A partir de la venta del tercer local comercial (teniendo en cuenta que ya se vendieron los locales 1 y 2) se pagará el 100% de la deuda contraída con el banco para el pago de la retención en la fuente generada a la hora del traspaso del inmueble. El monto de este crédito está por valor de 242 millones. \*La venta de locales comerciales que se realicen después de cubierta la deuda y la retención en la fuente tendrá que ser distribuida de la siguiente manera: 75% abono a capital del leasing y 25% para capital de trabajo de la empresa. \*El flujo demandará asimismo que en los próximos seis (6) meses los socios deberán aportar recursos adicionales por valor de 390MM con el fin de equilibrar el flujo de caja para la normal atención de la obligación*”.

A continuación se plasmó en un cuadro el “**FLUJO DE CAJA OPERACIÓN LEASING**” y después se discriminaron las “**CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO FINANCIACIÓN RETEFUENTE OBJETO DEL TRASLADO DEL INMUEBLE REALIZADO EN DICIEMBRE DE 2014**” y las “**CARACTERÍSTICAS DEL CRÉDITO OPERACIÓN CAPITAL DE TRABAJO**”, señalando finalmente las condiciones adicionales para la empresa.

En ese mismo sentido, está la copia del correo electrónico del 24 de noviembre de 20169, mediante el cual se presenta contrapropuesta bajo los términos de que, la entrega material de los locales debería ser en su totalidad, “*se autoriza la transferencia de los locales No. 1 y el local No. 8 de acuerdo a las promesas de compra venta que realizó Capemar; sobre el local que tiene en arriendo con megatiendas se deberá firmar la cesión del contrato para que el Banco Corpbanca tome la posición de arrendador; sobre los*

otros 5 locales, estos se deben entregar totalmente vacíos (...)", sin embargo, las contrapropuestas no fueron aceptadas por la parte demandante.

5.6. Así, no observa la Sala la existencia de un comportamiento ventajoso o abusivo por parte de la entidad financiera, toda vez que, para la etapa precontractual y contractual, finalmente, Capemar S.A.S. aceptó las condiciones del contrato de leasing con la pericia que le generaba el desarrollo ordinario de sus negocios como era la compra y venta de inmueble; de igual forma, hubo acercamiento del Banco a negociaciones tal como se acreditó.

De otro lado, el lapso que pasó entre el primer desembolso del dinero (agosto de 2014) y la firma del contrato de leasing (23 de diciembre de 2014) no demuestra absolutamente nada, no puede ser tenido como un indicio por sí solo, pues no hay prueba que respalde la afirmación del actor de que esa tardanza fue en detrimento de Capemar S.A.S. para cambiar el contrato inicialmente negociado en la etapa precontractual.

6. Adicionalmente, es importante añadir que si bien el demandante sostuvo que realmente lo que se celebró fue un *lease back* y no un leasing financiero por la forma y condiciones en que se realizó, pues la titularidad previamente al contrato estaba en cabeza de la demandante y la transfirió a Banco Itaú Corpbanca; además que el convenio se celebró antes de la transferencia del inmueble, empero tal reflexión tampoco sirve de cimiento al petitum planteado. Sobre aquella clase de negocio, ha explicado la jurisprudencia patria:

*"5. Teniendo en cuenta y en consideración las reflexiones que sobre la conexidad contractual de manera general se dejan expuestas, necesarias para el recto entendimiento del asunto sometido al conocimiento de la Corte, es del caso recordar que el leasing, propiamente dicho, es en Colombia un "contrato atípico" que "constituye -en lo fundamental- un negocio de intermediación financiera -lato sensu-" (Cas Civ., sent. de 13 de diciembre de 2002)11, que sólo puede celebrarse sobre bienes de propiedad de la entidad financiera que realizará la operación, la cual, dicho sea de paso, debe estar*

*autorizada por la ley para adelantar ese tipo de negocios. Así lo establece en Colombia el artículo 3º del Decreto 913 de 1993, aplicable a todas las manifestaciones -directas o indirectas- de este singular negocio jurídico, como el leasing financiero, el operativo y, por supuesto, el apellidado "lease back", entre otros, siendo necesario igualmente resaltar que, en línea de principio, la empresa especializada adquiere el dominio de los bienes por causa del ulterior contrato de leasing que acordará con el usuario. Con otras palabras, no se puede entregar la tenencia de un bien a título de leasing, si la sociedad aludida no es, ex ante, la dueña del mismo, si bien la adquisición del dominio, es la regla, obedece a la necesidad de celebrar dicho contrato en particular.*

*A este respecto, ha precisado la Sala que, "En su fase o etapa precontractual (iter contractus), el leasing suele estar precedido, las más de las veces, de la formulación de una puntual indicación que el candidato a tomador le formula a la compañía de leasing, para que ésta -a nombre propio- adquiera el bien o bienes sobre los cuales habrá de celebrarse el contrato, de forma tal que cuando esa actuación se materializa, la adquisición del bien por parte de la sociedad de leasing (negocio jurídico de aprovisionamiento), es meramente instrumental, en cuanto tiene su razón de ser, únicamente, en el posterior perfeccionamiento de la descrita negociación (posterius)" (cas. civ. de 13 de diciembre de 2002), que puede servir como herramienta para acceder al crédito - como en el leasing financiero-, o para monetizar activos sin necesidad de sustraerlos de un proceso de producción - como en el "lease back"-.*

*En el caso de este último tipo negocial, también llamado retroarriendo o leasing de retorno -entre otros nomen más-, propio es señalar que una de sus notas distintivas corresponde, justamente, a que el aludido contrato de aprovisionamiento se celebra con el futuro locatario, quien antes que usuario -en un plano temporal- es proveedor y, por consiguiente, la persona que hace dueño del bien a la sociedad de leasing, posibilitándole celebrar el mencionado contrato. Dicho en otros términos, para que exista "lease back", la institución financiera, previamente, debe*

*comprar el bien a quien ulteriormente será su usuario -pagándose de contado, por así disponerlo el literal c) del artículo 3º del Decreto 913 de 1993-, siendo el interés de éste mantener la tenencia del mismo, como que se trata de un activo productivo, por lo que, simultáneamente o a posteriori, lo recibe a título de leasing, el cual le confiere, en adición, una opción para adquirir el bien, una vez termine el plazo de duración de aquél.*

*Como se aprecia, en la esfera negocial, es esta una operación económica que involucra la realización de dos contratos diversos, pero estrechamente vinculados, a saber: la compraventa, mediante la cual el candidato a usuario transfiere la propiedad de la cosa a la sociedad de leasing (negocio instrumental), y el “lease back”, por cuya virtud ésta le permite al proveedor el uso y goce del bien a cambio de una contraprestación económica.*

*Se trata, pues, de un claro caso de conexidad contractual, por cuanto ambos negocios jurídicos se justifican recíprocamente, en la medida que es con miramiento en el leasing que el futuro usuario vende y que la sociedad de leasing compra, lo que, al tiempo, determina que en unas mismas personas converjan distintas calidades por razón de las obligaciones que despuntan de uno y otro contratos: vendedor, tradente y usuario, por un lado, comprador, adquirente y leasing, por el otro.*

*Estos y otros claros vasos comunicantes, demuestran la estrecha y acerada relación que existe entre el contrato de aprovisionamiento y el contrato de “lease back”, al punto de poderse afirmar que uno y otro son negocios jurídicos intercomunicados, pues no obstante preservar su propia arquitectura y mantener el régimen jurídico que les corresponde, se encuentran entrelazados funcionalmente, en la medida en que la institución financiera no adquiriría el bien, ciertamente, sino fuera por el contrato de leasing que sobre él va a celebrar, ni el candidato a usuario vendería, de no ser porque mantendrá la tenencia a ese título, ni, en fin, podría ajustarse esa modalidad de leasing, si la venta llegare a faltar. Ello, sin embargo, no afecta la autonomía de cada uno de dichos tipos negociales, como se anotó en precedencia, así, lato sensu, se persiga una sola operación económica, lo*

*que es enteramente diferente.*

*Se impone, por tanto, reiterar que la “operación de leasing financiero” y, por reflejo, la del ‘lease back’, son supuestos o hipótesis de contratos coligados o conexos, con todo lo que ello implica, en especial, la total autonomía de cada uno de los que sirven a ella, se itera, la compraventa, por medio de la cual la entidad financiera adquiere el bien, y el leasing propiamente dicho, que permite la entrega de su tenencia al locatario”.*

6.1. En el presente caso, es verdad que la sociedad demandante había ya celebrado un contrato de leasing con Coltefinanciera, pero según la misma narración en el libelo introductorio, debido a inconvenientes para la terminación del proyecto, dicha entidad le solicitó a Capemar Salud S.A.S. una garantía que sirviera de aval para el sobrecosto y finalizar la obra; fue por ello que acudió al Banco Corpbanca con quien adelantaron negociaciones que culminaron en: i) el pago por parte de Corpbanca a Coltefinanciera de la deuda por \$6.300.000.000, por lo que ésta transfirió el dominio a Capemar sobre los bienes con folio de matrícula 060-267504 y 060-117357. ii) Corpbanca hizo un depósito de dinero a favor de Capemar por \$1.700.000.000; iii) la suscripción del contrato de leasing con Corpbanca, el No. 121308 el 23 de diciembre de 2014; iv) la compraventa de los predios, ya englobados por parte de Capemar a Corpbanca mediante escritura pública 4044 de la Notaría 3ª de Cartagena, el 26 de diciembre 2014.

Debe reiterarse que ese itinerario negocial, no revela una posición dominante y abusiva de la entidad demandada, cuando los contratantes en ejercicio de la autonomía de su voluntad convinieron ajustar los mentados contratos; máxime cuando lo que se persigue al promover la acción de protección al consumidor financiero es que se declare que el contrato de leasing no reguló “adecuadamente” la relación negocial, sin que exista elemento de juicio del que pueda extraerse ambigüedad en las estipulaciones acordadas que permita escudriñar su verdadero sentido, o la real intención de los contratantes.

7. Encadenado tal aserto con la censura enarbolada por no haberse estimado todos

los indicios que respaldan las aspiraciones del demandante, debe recordarse que como lo ha enseñado y reiterado la jurisprudencia patria:

*“... tomando como punto de partida un hecho conocido (indicador), el cual fue fehacientemente demostrado en el proceso, el administrador de justicia, recurriendo a las reglas de la experiencia, de la ciencia y de la lógica, realiza un ejercicio inferencial, resultado del cual extrae un hecho desconocido (indicado).*

*Sobre el particular, ha referenciado esta Corporación:*

*{E}s a través de la inferencia indiciaria como el sentenciador puede, a partir de hechos debidamente comprobados y valorados como signos, arribar a conclusiones que no podrían jamás revelarse de no ser por la mediación del razonamiento deductivo. De ahí que a este tipo de prueba se le llame también circunstancial o indirecta, pues el juez no tiene ningún contacto sensible (empírico) con el hecho desconocido, pero sí con otros que únicamente el entendimiento humano puede ligar con el primero (SC 7274-2015, 10 jun., rad. 1996-24325-01; CSJ SC2582-2020, 27 jul., rad. 2008-00133-01).”*

Sin duda, los indicios son un medio de prueba (artículo 165 eiusdem) y *“Para que un hecho pueda considerarse como indicio deberá estar debidamente probado en el proceso”* (artículo 240 ídem), sin que sea posible erigir una decisión en un mero indicio, pues deben apreciarse *“en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso”* (artículo 242 íbidem).

7.1. Ha de destacarse que el recurrente no presenta cuales son esos hechos probados que en su sentir constituyen indicios de lo que perseguía demostrar. Lo que formuló fueron interrogantes y especulaciones, en efecto, dijo que debe tenerse como indicio el preguntarse qué sentido tendría el cambio de un contrato de leasing por otro?, que las partes iban a celebrar *“algo”* que resultaría en provecho de la demandante, y la búsqueda inmediata después de suscribir el contrato con la demandada para reducir la cuota; pero aunque se acrediten tales circunstancias no resultan de la gravedad y convergencia que

permitan concluir indefectiblemente que el contrato de leasing ajustado entre las partes aquí contendientes no reguló *“adecuadamente”* su relación, ni que fue el resultado de una posición dominante de la entidad bancaria, como tampoco que las cláusulas cuestionadas son abusivas.

7.2. De lo que dan cuenta los supuestos fácticos aludidos es de la iliquidez de la compañía para terminar el proyecto de construcción del centro comercial que requería de dinero adicional que Coltefinanciera no auspiciaría, por lo que tuvieron que buscar otras alternativas, adelantando negociaciones con Corpbanca y que si bien en principio se planteó un crédito garantizado con hipoteca, se escogió finalmente por las partes la operación financiera de leasing; sin que en el desarrollo de esas tratativas y el concierto de voluntades ajustado, pueda perderse de vista que Capemar es un consumidor calificado, y que tenía una autorresponsabilidad de análisis y estudio previo a la suscripción del contrato.

8. De otro lado, como lo recalcó el juzgador de primer grado de cara a la declaración del representante legal de la actora, a la que no puede asignársele el mérito probatorio reclamado, pues por sí sola la versión de la parte carece de fuerza demostrativa, porque *“a nadie le está permitido constituir su propia prueba”*. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

*“En consecuencia, la declaración de parte solo adquiere relevancia probatoria en la medida en que el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba”»* (se destaca; CSJ SC 113, A3 Sep. 1994; CSJ SC, 27 Jul. 1999, Rad. 5195; CSJ SC, 31 Oct. 2002, Rad. 6459; CSJ SC, 25 Mar. 2009, Rad. 2002-00079-01; CSJ SC9123, 14 Jul. 2014, Rad. 2005-00139-01, entre otras).

Luego, asiste razón el juez de primer grado cuando concluyó que no podía otorgarle valor demostrativo a las aseveraciones que en su propio beneficio hizo el representante de la actora; máxime cuando, como ya se dijo, él mismo aceptó que se convino celebrar un contrato de leasing, lo que



resulta coherente con la documental acopiada: el mismo documento suscrito, los otrosí, la mensajería cruzada, etc., y con la misma conducta como contratante, pues siendo titular del dominio procedió a transferir su derecho al banco (mediante compraventa que no se cuestiona), no simplemente a constituir sobre el inmueble una garantía.

9. Finalmente, se estudia sí el hecho de que el Banco tuviera conocimiento de la existencia de los contratos de promesa de compraventa celebrados por Capemar con los señores Carlos Alberto Peña Mojocoa sobre el local 1, y con Carlos Navas y Cándida Araque respecto del local 8 implica, per sé, que las cláusulas del contrato de leasing sean abusivas.

Aludiendo a los requisitos para considerar como ineficaz una estipulación, por evidenciar un desequilibrio contractual, la Corte precisó que:

*(...) son 'características arquetípicas de las cláusulas abusivas – primordialmente: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe comercial - vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe, probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes'. (CSJ SC de 13 dic. 2002, rad. n° 6462).*

9.1. Para desarrollar este punto, preciso es recordar el contenido de las cláusulas que se ruega se declaren abusivas:

- *En la cláusula 9 se consignaron las obligaciones del locatario, y particularmente en el literal e) se pactó: "EL (LOS) LOCATARIO(S) asumirá(n) los gastos de mantenimiento y reparación de los bienes objeto del presente contrato, sin consideración alguna, en razón de su calidad, clase o naturaleza y en ningún caso dichas mejoras serán indemnizadas por EL BANCO, ni aún en el evento en que no se ejercite la opción de adquisición de que trata la cláusula DECIMA PRIMERA del presente contrato, caso en el cual dichas mejoras serán exclusivamente de EL BANCO y tampoco habrá lugar a indemnización alguna de parte de éste."*

- *En la cláusula 10ª se pactaron las*

*prohibiciones a locatarios así: "Salvo que medie autorización previa, expresa y escrita de EL BANCO. EL (LOS) LOCATARIO (S) no podrá(n) entregar a terceras personas los bienes inmuebles objeto del presente contrato, para su tenencia, usufructo o explotación a cualquier título. En el evento en que EL BANCO autorice a EL (LOS) LOCATARIO (S) a subarrendar el bien inmueble, este último se obliga a presentar toda la información del subarrendatario de acuerdo a la política de conocimiento de cliente que establezca EL BANCO. Así mismo se compromete a presentar el proyecto que sobre el bien el subarrendatario planeé desarrollar. EL (LOS) LOCATARIO (S) tampoco podrá ceder en forma alguna total o parcialmente los derechos y obligaciones que de él se deriven, salvo previa autorización escrita por parte de EL BANCO. En caso de obtener la autorización correspondiente por parte de EL BANCO EL (LOS) LOCATARIO (S) podrá cederlo total o parcialmente cumpliendo todos los requisitos exigidos por EL BANCO y haciendo las modificaciones a las condiciones del nuevo locatario. EL (LOS) LOCATARIO (S) no podrán grabar con ninguna clase de cargos o garantías el (los) bien(es) EL (LOS) LOCATARIO (S) no podrá ser dar por terminado el contrato antes de que cumpla el término estipulado en el Cuadro Declaraciones, salvo los casos aquí previstos. En el caso de llegar a un acuerdo entre las partes para dar por terminado en forma anticipada del contrato, EL (LOS) LOCATARIO (S) deberá pagar el valor presente del contrato determinado por EL BANCO." (solo a la parte en negrilla se refiere la pretensión)*

- *La cláusula 15ª hace relación a las sanciones a las que se sometieron las partes, señalando entre ellas: "4) En el evento en que EL LOCATARIO realice un prepago parcial no establecido previamente en el CUADRO DE DECLARACIONES, se sancionará a EL LOCATARIO y a favor de EL BANCO con el veinte por ciento (20%) del valor del prepago, suma que será descontada directamente por EL BANCO del dinero recibido como prepago del contrato."*

- *En lo atañadero con las mejoras se consignó en la cláusula 24ª: "MEJORAS Las reparaciones locativas serán a cargo de EL (LOS) LOCATARIO (S) y en*

*ningún caso serán indemnizadas por EL BANCO. Respecto de las demás reparaciones y mejoras, quedarán de propiedad de EL BANCO, sin lugar a indemnización alguna, salvo en los casos en que haya ejercicio de la OPCIÓN DE COMPRA caso en el cual EL BIEN se transfiera junto con sus mejoras ”.*

• “*PARAGRAFO TERCERO. Sea cual sea la modalidad en que se realicen las mejoras sobre el (los) bien (es) EL (LOS) LOCATARIO(S) reconoce y acepta que las mismas son el cien por ciento (100%) propiedad de EL BANCO y no será reembolsadas ni siquiera en el evento de que no se ejerza la OPCION DE COMPRA.*”

En el tópic que en éste ítem se estudia, la queja hace relación a la cláusula 10ª transcrita, que como acaba de verse advierte que la entrega de los bienes a terceras personas “**para su tenencia, usufructo o explotación a cualquier título**” requiere autorización expresa del banco.

9.2. Se tiene que mediante contrato de promesa de compraventa Capemar Salud S.A.S. prometió en venta el local No. 1 del Centro Comercial Cabrero Plaza al señor Carlos Alberto Peña Mojocoa, convención que se celebró el 12 de diciembre de 2014, y dicho inmueble fue entregado, según la versión rendida en el litigio por éste último, el 14 de abril de 2015.

9.3. A su turno, también se encuentra copia del contrato de promesa de compraventa sobre el local 8 suscrita entre Capemar Salud S.A.S. en calidad de prometiende vendedor y, Carlos Enrique Navas Merlano y Cándida Rosa Araque de Navas en calidad de prometiendes compradores, celebrado el 15 de abril de 2015.

9.4. Así las cosas, y conforme al orden cronológico descrito, en el caso del local No. 1, se advierte que antes de la celebración del contrato de leasing (23 de diciembre de 2014) el locatario ya había

prometido en venta dicho local, pero no es menos cierto que la entrega de la tenencia se hizo hasta el 14 de abril de 2015, es decir, después de la firma del contrato. Es de resaltar que lo expresamente prohibido era la entrega de la tenencia total o parcial del inmueble dado en arrendamiento financiero. Así, para el momento de la entrega formal del local No. 1 sí requería autorización expresa por parte de la entidad financiera pues se hizo en ejecución del contrato de leasing.

Para el caso del local No. 8 debía tener autorización expresa y previa, tanto para celebrar la promesa como para la entrega, toda vez que para la data de suscripción de la misma el 15 de abril de 2015 ya se había firmado el contrato de leasing financiero.

El simple hecho del enteramiento de la celebración de los contratos de promesa de compraventa no significa per se, una intención fraudulenta o de mala fe del banco al restringir la entrega de la tenencia a terceros, como quiera que para proceder a ésta bastaba pedir autorización a la entidad para proceder a ello. Ha de verse que dada la naturaleza del contrato de arrendamiento financiero, a través del cual se entregó la tenencia con opción de compra al locatario, una modificación (cesión) en cuanto a la persona que ostentaba tal calidad resulta de particular importancia, de allí que no luzca arbitrario que la institución financiera establezca este tipo de cláusulas.

Además, en gracia de discusión, la causa de terminación del contrato de arrendamiento financiero se dio por la falta de pago del canon como se admitió en el hecho 2.33 de los antecedentes, más no fue, por ejemplo, la entrega de la tenencia parcial del inmueble a terceros.

10. Conforme a lo anterior, se tiene que las alegaciones de la apelante no logran quebrar la decisión en los puntos que fueron atacados. Por tanto, se confirmará en su totalidad la sentencia censurada y se le condenará en costas.

-----  
**PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO EXTRAORDINARIA**  
**MP DRA. ADRIANA AYALA PULGARÍN**  
**RADICADO: [11001 3103 032 2019 00283 01](#)**

Tesis: En consecuencia, fuerza concluir que la parte actora no cumplió con su carga de acreditar los actos posesorios ejercidos por el término exigido por la ley, conforme lo indicó el recurrente en su sustentación, lo que

conlleve que deba revocarse la sentencia censurada, para negarse las pretensiones de la demanda y se condenará en costas a la parte actora de las dos instancias.

## ANTECEDENTES

1. Marisol Amado Gordillo promovió demanda contra Antonio José Lentino Toledo, para que se declarara que adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, la cuota parte equivalente al 50% del apartamento 401 y garaje el 14; bienes que hacen parte del edificio Altos de Pubenza PH, ubicado en la carrera 83 No. 145 - 86 de la ciudad de Bogotá, identificados con los folios de matrícula inmobiliaria No. 050-0020149936 y 050-0020149876, respectivamente, cuyos linderos y demás características especificó en el libelo demandatorio.

Consecuencialmente, se ordenara “la cancelación del registro de propiedad de los derechos de cuota correspondientes a la propiedad del 50%” que ostenta el señor Lentino Toledo, y que se dispusiera la inscripción de la sentencia en los respectivos folios de matrícula inmobiliaria de los bienes raíces en cuestión. Además, que se condenara en costas al demandado.

2. En apoyo del *petitum* la apoderada judicial de la parte actora adujo, en síntesis, lo siguiente: las partes son propietarias de los inmuebles en litigio, cada una en la proporción del 50%, bienes respecto de los cuales su representada ha ejercido de manera exclusiva y excluyente la posesión pacífica e ininterrumpida “desde el año 2004 cuando terminó la relación sentimental de la demandante con el demandado y este dejó de vivir en el apartamento 401 y de usar el garaje 14, que son objeto del presente proceso, y nunca más volvió a dichos inmuebles, desentendiéndose de los mismos y de todo lo relacionado con el mantenimiento y pagos relacionados con estos”; desde ese año ha desplegado actos de señora y dueña que evidencian claramente su *animus*, en nombre y beneficio propio, tales como el mantenimiento adecuado de los inmuebles y el pago de los impuestos, servicios públicos y cuotas de administración.

Añadió que a partir del momento en el que el demandado abandonó los inmuebles, no se ha acercado “a oponerse y reclamar sus derechos como propietario en común y pro indiviso de la cuota parte equivalente al

50% sobre los mismos”; que en el Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá cursa el proceso divisorio que este promovió en contra de su representada “con posterioridad a que se cumpliera el término mínimo de 10 años requeridos para declarar la prescripción adquisitiva del dominio por posesión”.

3. El apoderado judicial del extremo demandado contestó el libelo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “Falta de legitimación en la causa por activa para accionar en pertenencia respecto del 50% del derecho real de dominio per[t]eneciente al demandado Antonio José Lentino Toledo y “Falta de requisitos legales para accionar en pertenencia por la demandante”.

4. Agotadas las etapas procesales de rigor, la Jueza de conocimiento dictó sentencia en la que accedió a las pretensiones de la demanda.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. Los presupuestos procesales se encuentran reunidos a cabalidad y no se advierte causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. La prescripción adquisitiva de dominio extraordinaria requiere la acreditación de los siguientes requisitos: (i) posesión material actual en el prescribiente; (ii) que el bien haya sido poseído durante el tiempo exigido por la ley, en forma pública, pacífica e ininterrumpida; (iii) identidad de la cosa a usucapir y (iv) que ésta sea susceptible de adquirirse por pertenencia.

3. La posesión está definida por el artículo 762 de la legislación civil como “la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”, el cual preceptúa, además, que “el poseedor es reputado dueño, **mientras otra persona no justifique serlo**”; definición legal de la que se extractan los elementos que la constituyen, el *animus* y el *corpus*; el primero, entendido como el elemento

interno o subjetivo de comportarse “*como señor y dueño*” del bien cuya propiedad se pretende y, el segundo, como “*el elemento material, objetivo, los hechos físicamente considerados con que se manifiesta la subordinación en que una cosa se encuentra respecto del hombre, v. gr. sembrar, edificar, abrir canales de regadío, cercar el predio, etc.*”.

Jurisprudencial y doctrinariamente se ha sostenido que se trata de un poder de facto que se tiene sobre una cosa corporal determinada, mediante el cual, se vincula a la persona con ella a través de su voluntad de aprehenderla para sí.

Entonces, surge de una continuada sucesión de hechos sin solución de continuidad, perceptibles en el tiempo y en el espacio, que, considerados en su conjunto, acreditan de manera inequívoca que quien se predica poseedor de una cosa, realmente lo es, por disponer de ella sin restricciones de ninguna naturaleza.

El poseedor, valga anotar, debe comportarse como propietario de la cosa y, por ende, en su actitud, debe aparecer de manera inequívoca una tendencia pública a disponer del inmueble, sin que vaya en contravía de la ley o de un derecho ajeno - *artículo 669 del C. Civil*-. Para que se pueda configurar necesita el cumplimiento de ciertos requisitos que determinan su voluntad y actitud relativa a la disposición de la cosa frente a sí mismo y frente a los demás. Se requiere, entonces, que sea quieta, pacífica, ininterrumpida y sin clandestinidad, pues cualquier actividad contraria a estos presupuestos, vicia la condición que el usucapiente debe ostentar.

Resulta ineludible, entonces, que quien pretenda beneficiarse alegando la usucapición, debe acreditar los requisitos que componen a la posesión -*corpus* y *ánimus domini*- como única forma de obtener las ventajas jurídicas pretendidas, sin olvidar lo establecido por el artículo 981 del C. Civil, por lo que invariablemente se estima que ella deberá manifestarse por la realización de hechos positivos.

4. El artículo 375 del Código General del Proceso prevé en el numeral 3° que “*la declaración de pertenencia también podrá pedirla el comunero que, con exclusión de los otros condueños y por el término de la prescripción extraordinaria, hubiere*

*poseído materialmente el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo con los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad*”.

5. El artículo 2532 del Código Civil, previó como término para usucapir en forma extraordinaria, el total de veinte (20) años; lapso éste que fue reducido a diez (10) por la Ley 791 de 2002.

6. En el caso *sub examine* la declaración de pertenencia versa sobre el 50% del apartamento 401 y garaje 14, bienes que hacen parte del edificio Altos de Pubenza PH, ubicado en la carrera 83 No. 145 - 86 de la ciudad de Bogotá, identificados con los folios de matrícula inmobiliaria No. 50N-20149936 y 50N-20149876, porcentaje que corresponde al demandado, pues la parte actora es la propietaria de la porción restante.

7. De los hechos se deduce que las partes aquí contendientes tuvieron la posesión conjunta del bien hasta el año 2004 que el demandado dejó el bien, por lo que en esas circunstancias se requería invocar y acreditar como intervirtió el título de coposeedora a poseedora exclusiva y excluyente conforme lo ha precisado la jurisprudencia, al decir:

*“Además, cuando la persona que acude a dicha acción, acepta haber ejercido actos de tenencia sobre el bien objeto de la misma, una posesión compartida o la de heredero, y alega que transformó cualquiera de esas situaciones porque actualmente se considera único detentador con ánimo de señorío, también es menester que acredite la fecha de esa mutación, habida cuenta que la jurisprudencia ha establecido:*

*(...) puede ocurrir que el tenedor cambie su designio, transmutando dicha calidad en la de poseedor, mediante la interversión del título, caso en el cual, se ubica en la posibilidad jurídica de adquirir la cosa por el modo de la prescripción. Si ello ocurre, esa mutación debe manifestarse de manera pública, con verdaderos actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo del titular y acreditarse plenamente por quien se dice ‘poseedor’, tanto el momento en que operó esa transformación, como los actos categóricos e inequívocos que*

*contradigan el derecho del propietario, puesto que para efectos de la prescripción adquisitiva de dominio, no puede computarse el tiempo en que se detentó el objeto a título precario, dado que éste nunca conduce a la usucapión; sólo a partir de la posesión puede llegarse a ella, por supuesto, si durante el periodo establecido en la ley se reúnen los dos componentes a que se ha hecho referencia. (...) De conformidad con lo anterior, cuando para obtener la declaratoria judicial de pertenencia, se invoca la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, que fue la que en este caso el Tribunal interpretó como pedida, sin que ese entendimiento haya merecido reparo, el demandante debe acreditar, además de que la solicitud recae sobre un bien que no está excluido de ser ganado por ese modo de usucapir, que igualmente ha detentado la posesión pública, pacífica e ininterrumpida por el tiempo previsto por la ley; empero, si originalmente se arrogó la cosa como mero tenedor, debe aportar la prueba fehaciente de la interversión de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo el dominio de aquel, para contabilizar a partir de dicha fecha el tiempo exigido de 'posesión autónoma y continua' del prescribiente”.*

Analizada la demanda se advierte que no se hace referencia a la interversión del título, ni la razón o razones por las que se considera poseedora exclusiva y excluyente, así como desconoció la calidad del aquí demandado, aspecto que por si mismos hubieran sido suficiente para negar las pretensiones.

Pero adviértase que la parte demandante tampoco allegó elementos de convicción contundentes para acreditar la posesión invocada, ya que recuérdese:

*“quien pretende que se le declare propietaria del bien objeto del proceso por el modo de la prescripción adquisitiva extraordinaria, le correspondía probar de manera contundente, la posesión exclusiva del predio durante el tiempo exigido por la ley, por lo que la Corte entrará a analizar si esta labor fue debidamente cumplida por la actora, con fundamento en las pruebas aportadas.”.*

8. En el presente asunto, obra el siguiente acervo probatorio:

8.1. En el interrogatorio de parte que rindió el demandado en el curso de la audiencia inicial, reconoció de modo expreso que abandonó el apartamento en cuestión desde el año 2004 y que nunca más regresó, pero tales manifestaciones son insuficientes para probar la posesión de la demandante.

8.2 Con las documentales que allegó la parte actora con el libelo quedó acreditado que es ella quien ha pagado los gastos del apartamento y del garaje, como son impuestos, servicios y cuotas de administración, pero no son suficientes para acreditar la posesión, pues las facturas de servicios públicos y el pago de la administración son actos que también realizan los tenedores; y en cuanto al pago de impuestos era su obligación en su condición de copropietaria del bien.

8.3 De la prueba testimonial decretada a favor de la parte actora, solo fue posible recibir la declaración de la señora Bibiana Casadiego Castro, quien en la audiencia manifestó que desde hacía cuatro años se desempeñaba como administradora y representante legal del Conjunto residencial en el que se ubican los inmuebles en litigio, testimonio que no da cuenta de actos posesorios por el término exigido por la ley, dado que cualquier referencia que haya realizado respecto de hechos anteriores a dicha data la convierte en testigo de oídas.

Finalmente, en lo tocante al proceso divisorio si bien es cierto su presentación no tiene efectos interruptores respecto a la prescripción, no menos cierto es que allí la demandada tuvo la oportunidad de invocar y acreditar su calidad de poseedora, lo que no ocurrió al haber contestado de manera extemporánea la demanda.

9. En consecuencia, fuerza concluir que la parte actora no cumplió con su carga de acreditar los actos posesorios ejercidos por el término exigido por la ley, conforme lo indicó el recurrente en su sustentación, lo que conlleva que deba revocarse la sentencia censurada, para negarse las pretensiones de la demanda y se condenará en costas a la parte actora de las dos instancias.

-----

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL**  
**MP DRA. ADRIANA AYALA PULGARÍN**  
**RADICADO: [110013103 003 2015 00835 01](#)**

Tesis: Para el caso, nótese que en el hecho noveno de la demanda se refirió la afectación a los copropietarios y a los visitantes, pero no se invocó, ni mucho menos se acreditó, cuál fue la afectación que le genera a la copropiedad, el no poder utilizar los referidos estacionamientos.

Por otra parte, no tiene ningún fundamento legal lo afirmado por la recurrente, en el sentido de que el valor de los parqueaderos es un “*hecho notorio*”; en razón a que la notoriedad hace referencia a hechos públicos que son conocidos tanto por los extremos procesales, como por un grupo de personas de cierta cultura o que pertenecen a un determinado grupo social o gremial, lo que no sucede en el caso *sub júdice*, habida cuenta que, dicho *quantum*, no es conocido por la generalidad de las personas.

### ANTECEDENTES

1. El Edificio Oficinas Grupo 7 Torre 106 Propiedad Horizontal, demandó a la sociedad Construcciones 16 S.A.S., con fin de que se le declarara civilmente responsable por el indebido trámite de los planos arquitectónicos, así como el incorrecto diseño y construcción de la copropiedad, en especial, lo atiente a: (i) el parqueadero de visitantes; (ii) la iluminación de emergencia del hall de circulación; (iii) el número de salidas y la distancia para acceder a éstas; (iv) las escaleras de las zonas comunes; (v) las salidas de evacuación en caso de emergencia; (vi) la variación de la salida en general; (vii) la iluminación de los medios de evacuación; (viii) la ubicación de la señalización; (ix) los elementos vidriados en la fachada; (x) la construcción de la cubierta; (xi) los anclajes para la limpieza de las ventanas; (xii) la zona para la disposición de las basuras; (xiii) el sistema de tuberías y desagües de aguas lluvias; (xiv) los soportes de la tubería de gas; (xv) el soporte de las tuberías de suministro; (xvi) el tanque de almacenamiento de agua; (xvii) los tableros de control; (xviii) el ascensor de vehículos; (xix) los gabinetes de incendios; (xx) la marquesina interior; (xxi) la impermeabilización de muros; (xxii) los equipos de presión por locación insuficiente; (xxiii) los equipos contra incendios; (xxiv) la existencia de barreras arquitectónicas para personas con movilidad reducidas y, (xxv) las canaletas.

En consecuencia, de lo anterior, pidió condenarla a pagar \$325'000.000,00, por la imposibilidad de usar trece (13) parqueaderos de visitantes, así como ordenarle la realización de todos aquellos actos tendientes a la debida reparación y adecuación de cada uno de los elementos

que constituyen error en el diseño y construcción.

2. Como sustento fáctico de lo pretendido, refirió, en compendio, que a la sociedad Construcciones 16 S.A.S. se le otorgó la licencia urbana N° LC11-1-0461 del 5 de septiembre de 2011, expedida por la Curaduría N° 1 de Bogotá, modificada por su homóloga Tercera, el 1° de julio de 2012, bajo el rotulo N° 11-10461, en la que se autorizó la construcción de siete (7) pisos, siendo el primero de ellos para estacionamientos y equipamiento comunal privado; igualmente, la instalación de cincuenta y seis (56) unidades de servicios profesionales técnicos especializados de escala zonal y treinta y cuatro (34) unidades de servicios profesionales técnicos especializados de escala vecinal; diecisiete (17) estacionamientos privados y trece (13) para visitantes [uno para los discapacitados] quince (15) cupos de bicicletas y catorce (14) depósitos.

Que con el cambio de la licencia se varió la numeración de los estacionamientos y los depósitos ubicados en el primer piso de la edificación, sin que se tuviese acceso al trámite para la verificación de cómo en verdad quedó diseñado. Para julio del 2013 la totalidad de las unidades fueron entregadas a los propietarios, pero de los treinta (30) estacionamientos que se habían pactado, los trece (13) de visitantes no pudieron ser utilizados, dado que, a pesar de contar con la reglamentación pertinente, la maniobrabilidad es limitada, lo que impide darles la destinación para la cual fueron creados. El acceso al segundo sótano debe hacerse por medio de un ascensor eléctrico, y no por una rampa, situación a la que, además de los inconvenientes que supone, se le añadió el mal funcionamiento que presenta y la poca

capacitación del personal de vigilancia para su uso.

Finalmente, adujo que son constantes las falencias en las zonas comunes, en razón a las filtraciones; la ausencia de iluminación de emergencia; la inexistencia de pisos antideslizantes; la falta de sistemas de ingreso y egreso para personas con movilidad reducida; entre otras. Asimismo, sostuvo que, según informe técnico rendido por el ingeniero Leoviceldo Guerra, se logró determinar el incumplimiento de las normas urbanísticas de sismo resistencia NSR-10 y el Acuerdo 20 de 1995, lo que implica la responsabilidad de la constructora.

3. Admitida la acción se ordenó su notificación a la convocada, la que en tiempo, propuso las excepciones meritorias que denominó: 1. *“Indebida designación de la norma a aplicar en el caso en concreto por parte de la demandante”*; 2. *“Inexistencia de las obligaciones endilgadas a la parte demandada por inaplicabilidad del reglamento colombiano de construcción sismo-resistente NSR-10 en el caso en concreto”* y, 3. *“mala fe por parte de la demandante”*, de igual forma, presentó objeción al juramento estimatorio.

4. Agotado el trámite de rigor, la primera instancia culminó con sentencia de 11 de marzo de 2020, la que accedió parcialmente a las pretensiones.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. Se encuentran reunidos a cabalidad los presupuestos procesales, y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. Advierte la Sala que su competencia se limita, conforme lo prevé el artículo 328 del Código General del Proceso, a *“pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley”*, sólo esto es, a la discusión sobre la imposibilidad de utilizar los parqueaderos de visitantes y el supuesto perjuicio que dicha circunstancia le causó a la promotora de la acción.

3. Para el caso, prontamente se advierte que la parte actora no se acreditó en forma idónea que los parqueaderos de visitantes

objeto de sus pretensiones no pueden *“ser destinados para vehículos porque tienen columnas alrededor, que impiden parquear automotores de medidas estándares, situación que los hace inutilizables y que por ende genera diversos perjuicios a todos los copropietarios del edificio y sus visitantes”*

En efecto, la prueba documental que se allegó no permite deducir de manera contundente que tales parqueaderos no pueden ser usados en razón a que desde la comunicación de 1° de febrero de 2014 se advierte que el problema era por no existir *“control sobre la buena administración del espacio para parqueo”*, además, la única prueba técnica en donde se hizo referencia a los citados bienes, fue el dictamen que elaboró Rubén Darío Prada, pero están ausentes los requisitos de que trata el artículo 226 del estatuto procesal vigente, dado que no se acreditó ni la idoneidad ni la experiencia del experto, a pesar del requerimiento realizado en proveído de 27 de julio de 2018.

3.1 Sobre el particular, recuérdese que para poder valorar una experticia se requiere, no solo el cumplimiento de lo reglado en el aludido canon normativo, sino la solidez, claridad, exhaustividad y precisión de sus fundamentos, conforme lo prevé el artículo 232 *ibidem*. Al respecto, la jurisprudencia, ha precisado, que:

*“a fin de que el dictamen sea dotado de credibilidad, el artículo 226 ibídem ha contemplado, en torno a la idoneidad, los requisitos consagrados en los numerales 3, 4, 5 y 7 del mencionado canon; en punto a la fundamentación los 8, 9 y 10; y respecto de la imparcialidad el 6. Por su parte, las exigencias restantes, obedecen a la identidad del perito en pro de facilitar la eventual etapa de contradicción”*

*Con apoyo en lo anterior, el citado precepto más allá de disponer una mera lista de chequeo (inmanente de un sistema rígido de tarifa legal), concibió un listado metodológico que aspira a que en cada caso concreto se estudie el cumplimiento de tales presupuestos a fin de determinar el grado de fiabilidad que se debe asignar al dictamen”*.

3.2 Por lo tanto, fuerza concluir que no se acreditó el hecho dañoso, esto es, que los parqueaderos no se podían utilizar por la

existencia de las columnas. Amén de lo anterior, tampoco obra prueba del perjuicio que le genera a la copropiedad tal circunstancia.

**3.3** En torno al daño, memórese que solo es indemnizable el que reúne los siguientes requisitos: (i) ser cierto, esto es, que de no mediar su producción la condición de la víctima del evento dañoso sería mejor de la que tiene a consecuencia del mismo; (ii) personal, que el afectado con el daño es quien puede invocar su protección.

**3.4** Para el caso, nótese que en el hecho noveno de la demanda se refirió la afectación a los copropietarios y a los visitantes, pero no se invocó, ni mucho menos se acreditó, cuál fue la afectación que le genera a la copropiedad, el no poder utilizar los referidos estacionamientos.

**4.** Por otra parte, no tiene ningún fundamento legal lo afirmado por la recurrente, en el sentido de que el valor de los parqueaderos es un “*hecho notorio*”; en razón a que la notoriedad hace referencia a hechos públicos que son conocidos tanto por los extremos procesales, como por un grupo de personas de cierta cultura o que pertenecen a un determinado grupo social

o gremial, lo que no sucede en el caso *sub júdice*, habida cuenta que, dicho *quantum*, no es conocido por la generalidad de las personas.

**4.1.** Tampoco se allegó dentro de las oportunidades probatorias establecidas por el Legislador, prueba idónea que permitiera concluir cuál era el valor catastral de los parqueaderos privados, a pesar de que recaía en la actora la carga de la prueba, conforme lo prevé el artículo 167 del Código General del Proceso, a lo que se le suma que la destinación para cada espacio de estacionamiento, determina su valor y el beneficio esperado, sin que pueda ser equiparado el privado con el de visitantes, en tanto que, el primero de ellos, goza de autonomía e independencia, mientras, los segundos, hacen parte de un todo, del cual es titular la copropiedad que representa, dada la naturaleza actual de la locación, un aspecto de comodidad y atracción de terceros, pero, en modo alguno, reporta beneficio económico que haya sido probado.

**5.** Corolario de lo expuesto es que se confirmará la sentencia confutada y se condenará en costas a la apelante.

---

**ACCIÓN REDHIBITORIA - PRESCRIPCIÓN**  
**MP DRA. ADRIANA AYALA PULGARÍN**  
**RADICADO: [110013103 018 2018 00404 01](#)**

Tesis: Igualmente obra el certificado de tradición del vehículo de placas WL 054 (fl. 56) que da cuenta que los demandantes figuran como propietarios desde el 4 de noviembre de 2014, fecha desde la cual se presume se efectuó la entrega del bien, por lo que la acción redhibitoria prescribió el 4 de mayo de 2015, y la demanda sólo se presentó el 14 de agosto de 2018, cuando la acción en comento estaba prescrita, sin que obre prueba de que haya sido interrumpida o renunciada la prescripción.

**ANTECEDENTES**

**1.** Giovanni Alexander Méndez Fuentes y Teresa de Jesús Cifuentes de Méndez, demandaron a Pedro Nel Gálvez Montenegro, con el fin de que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

**1.1. Declarar** rescindido el contrato de compraventa celebrado entre las partes el 10 de septiembre de 2014, y cuyo objeto fue la compra y venta del “*vehículo automotor descrito en el numeral primero de los hechos*”, teniendo en cuenta los vicios redhibitorios “*con los que se presentó la venta en relación*

*específicamente al cupo de reposición con el que fue matriculado*”. Como consecuencia, **ordenarle** al demandado la restitución de \$262.400.000,00 -en tanto que los demandantes restituyan el vehículo- y **condenarlo** al pago de los daños y perjuicios ocasionados, a razón de: **a.** \$5'125.000,00 por concepto de “*lucro cesante*” y, **b.** \$3'748.900,00 equivalente a “*daño emergente*”; así como \$10'000.000,00 por cláusula penal y costas procesales.

**2.** Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señalaron, en síntesis, que en dicha calenda se formalizó el negocio



objeto de las pretensiones, sobre el vehículo de servicio público para transporte de pasajeros “SITP-SOACHA, MODELO: 2015, SERIE 9GCN1R754FBO16399, MOTOR 4HK1-244656 con carrocería BUSSCAR DE COLOMBIA”, en el que participaron, el señor Pedro Nel Gálvez Montenegro -en su calidad de vendedor- y, los señores Giovanni Méndez Cifuentes y Teresa de Jesús Cifuentes de Méndez -en su papel de compradores-; el precio pactado fue de \$245.000.000,00, distribuidos en 24 instalamentos, de los cuales dejaron de cancelar los últimos 6, dados los inconvenientes; equivalentes al chasis, la carrocería, el motor, el cupo para prestar el servicio público, la comisión del vendedor y los intereses de plazo por la financiación del saldo adeudado.

Añadieron que el vendedor se comprometió a entregar el vehículo matriculado en cuarenta y cinco (45) días, y brindó instrucciones a los compradores sobre este proceso; por ello, los remitió con la empresa Líneas Unitours Ltda., con el fin de recibir toda la documentación requerida por los organismos de tránsito. Una vez realizados los trámites de registro del auto bus, en noviembre de 2014, se autorizó su reposición, se concedió la matrícula y se realizó la entrega por parte del vendedor.

En febrero de 2017 fueron citados por la Secretaría de Tránsito y Transporte para informarles sobre una anomalía en la matrícula del carro, consistente en una doble matrícula realizada a un solo cupo de reposición. Consecuencia de estas irregularidades el vehículo fue inmovilizado en dos (2) oportunidades [en julio de 2017 y en mayo de 2018]. Elevaron peticiones a las autoridades correspondientes y como resultado encontraron que el cupo adjudicado ya había sido utilizado para matricular otro vehículo en el año 2006.

En la actualidad, el rodante no cuenta con las autorizaciones legales para prestar el servicio público de transporte y, por esta razón, no cumple con los fines para los cuales fue adquirido, impidiéndose el uso y goce del bien. En este orden de ideas, consideraron que el referido bien tiene un vicio redhibitorio, habida cuenta que la matrícula no reúne las funciones connaturales, en concreto, el transporte de

pasajeros.

3. La demanda fue admitida el 25 de septiembre de 2018 y con ello se inscribió sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1493131.

4. Notificado el demandado [8 de junio de 2019] señaló como cierta la celebración del contrato de compraventa del vehículo y el valor de este, sin embargo, aclaró que no todos los pagos fueron realizados por los compradores, y que existe una deuda equivalente a \$15.600.000,00. Afirmó como cierta su obligación de matricular el vehículo dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la compra, y que, conforme al convenio, se había excluido cualquier tipo de responsabilidad en relación con ese trámite.

Agregó, que la documentación se encontraba en regla al momento de la suscripción y ejecución del contrato, de suerte que el bien mueble adquirido fue efectivamente matriculado y entregado, dando cumplimiento a sus compromisos. Con relación a la citación en la Secretaría de Tránsito y Transporte, señaló que era un hecho cierto; precisó que en esta reunión se había hablado de una presunta doble matrícula del rodante, por lo que no es dable concluir que la cosa vendida tenía vicios redhibitorios. Respecto a las inmovilizaciones, indicó que no le constan y, por el contrario, que el vehículo ha estado en operación recibiendo un promedio mensual de \$8´000.000,00.

Así, se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de mérito que denominó: (i) “Prescripción”; (ii) “Caducidad”; (iii) “Hecho de un tercero como eximente de responsabilidad contractual”; (iv) “Inexistencia de la obligación” y, (v) “Inexistencia de vicios redhibitorios”.

Como fundamento de la prescripción de la acción, indicó el término de seis (6) meses, contenidos en los artículos 1923 y 1265 del Código Civil y, frente a la caducidad de la misma, presentó el término de treinta (30) días, contenidos en el artículo 932 del Código de Comercio; sobre estos; precisó como fecha límite de inicio del término, febrero de 2017, teniendo como base la citación en la cual se informó de la irregularidad en la matrícula.

De tal manera, apuntaló, se debían desestimar las pretensiones, pues de los hechos presentados no es posible deducir la participación del vendedor en las labores de la matrícula del vehículo, quien solo pudo verificar que los documentos expedidos por las autoridades de tránsito cumplieran con los requisitos legales. Con relación a la existencia de la obligación, señaló que en el contrato de compraventa este no se obligó a vender o ceder derechos de reposición; de igual forma, indicó la inexistencia de perjuicios, pues a la fecha el automotor cuenta con los permisos de tránsito y recibe en promedio \$8.000.000,00 de la empresa Líneas Unitours LTDA

Finalmente, reiteró la ausencia de vicios redhibitorios, teniendo en cuenta que la cosa vendida se ha usufructuado por parte de los demandantes, ha detentado sus tarjetas de operación y fue matriculado de forma legal. Concluyó, indicando que, a la fecha de la venta del vehículo, no conocía el uso irregular que se había dado a la autorización de reposición del vehículo entregado a los compradores.

5. Adelantadas todas las etapas procesales posteriores, el 24 de noviembre de 2020 se dictó fallo de primera instancia.

## ANÁLISIS DE LA SALA

1. No existe objeción en cuanto a los presupuestos procesales, ni se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado.

2. El problema jurídico a resolver es si la acción redhibitoria formulada por los demandantes se encuentra prescrita, conforme lo estimó la *a quo*.

3. Para efectos de lo que debe resolverse en el contrato de compraventa, el vendedor asume principalmente dos obligaciones a saber: la entrega de la cosa y la obligación de salir a su saneamiento.

En lo que toca con el saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, o lo que es lo mismo el saneamiento por evicción y respecto de los defectos ocultos de ésta, denominados redhibitorios.

4. En primer lugar la Sala estudiará si el contrato celebrado es civil o comercial, no sólo porque la institución en comento se regula por normas distintas, sino porque consagran términos prescriptivos diferentes, para tal efecto se advierte que fue celebrado por personas naturales respecto de un vehículo de servicio público de pasajeros, y al versar sobre dicho objeto le da el carácter mercantil en virtud de que dicha actividad es regulada por el Código de Comercio y por ende, quienes la ejercen tienen la calidad de comerciantes (art. 10 *ibidem*).

La acción redhibitoria se encuentra consagrada en el artículo 934 del Código de Comercio, que preceptúa:

*“Si la cosa vendida presenta, con posterioridad a su entrega vicios o defectos ocultos cuya causa sea anterior al contrato, ignorados sin culpa por el comprador, que hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato, el comprador tendrá derecho a pedir la resolución del mismo o la rebaja del precio a justa tasación. Si el comprador opta por la resolución, deberá restituir la cosa al vendedor.”*

*En uno u otro caso habrá lugar a indemnización de perjuicios por parte del vendedor, si éste conocía o debía conocer al tiempo del contrato el vicio o el defecto de la cosa vendida.”*

Ahora bien, ha previsto la ley, como forma de oponerse a la efectividad de las obligaciones la **prescripción** extintiva o liberatoria, cuyo fundamento, a voces del artículo 2512 del Código Civil, radica en *“no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo”*, a lo que agrega el artículo 2535 que esa figura *“exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible”*.

Para la ocurrencia de ese fenómeno sustantivo, que necesariamente debe ser alegado por el deudor interesado en prevalerse de él, basta simplemente el transcurso del tiempo y la inacción del acreedor, quien de alguna manera se ve castigado por su desinterés en realizar oportunas gestiones tendientes a obtener la

satisfacción de la prestación de la cual es titular.

En tratándose de la acción en comento el artículo 938 del Código de Comercio, preceptúa: *“La acción prevista en los artículos 934 y 937 prescribirá en seis meses, contados a partir de la entrega”*.

En el presente asunto, se encuentra acreditado que las partes contendientes celebraron un contrato de compraventa de vehículo de servicio público el 10 de septiembre de 2014, pactándose en la cláusula cuarta del mismo que el plazo de entrega del rodante sería de cuarenta y cinco días *“contados a partir de la llegada del chasis a la planta”* (fl. 4).

Igualmente obra el certificado de tradición del vehículo de placas WL 054 (fl. 56) que da cuenta que los demandantes figuran como propietarios desde el 4 de noviembre de 2014, fecha desde la cual se presume se efectuó la entrega del bien, por lo que la acción redhibitoria prescribió el 4 de mayo de 2015, y la demanda sólo se presentó el 14 de agosto de 2018, cuando la acción en comento estaba prescrita, sin que obre prueba de que haya sido interrumpida o renunciada la prescripción.

Aduce el apoderado actor que la prescripción debe contabilizarse desde la fecha en que los demandantes se enteraron de las irregularidades en la matrícula, pero dicho argumento no puede acogerse dado que los términos de prescripción son de orden público, es el legislador el que determina el lapso y la forma de contabilización, sin que pueda quedar al albedrío de las partes tales temáticas.

En segundo lugar, por la seguridad jurídica que deben tener los contratos, ya que *“es indispensable por exigencias del tráfico jurídico y en razón de la necesidad de certeza de las relaciones jurídicas”*.

**5.** Corolario de lo anterior es que se confirmará la sentencia censurada y se condenará en costas al extremo apelante.