

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós
(2022)

Radicación n.º **11001310302120130065901**

Se **admite**, en el efecto **suspensivo**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil del Circuito de esta ciudad.

Téngase en cuenta que el presente trámite se rige por el Decreto Legislativo 806 de 2020, por lo que, ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días, previsto en el artículo 14 de dicha normativa.

Por Secretaría contabilícese el término señalado en el numeral anterior y oportunamente ingrésense las diligencias al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**7c9067c699daff841460d268decb1bd8f0d512d392da006ae9ac665549872f
e1**

Documento generado en 25/02/2022 10:08:37 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente

URL: <https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ SALA CIVIL**

**Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero del dos mil
veintidós (2022).**

I. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrado Ponente:	BERNARDO LOPEZ
Radicación:	110013103-011-2018-00623-01
Procedencia:	Juzgado Once Civil del Circuito
Demandante:	SOCIEDAD JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S
Demandado:	PEDRO JORGE MARQUES SILVESTRE DA COSTA COELHO
Proceso:	VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
Recurso:	Apelación Sentencia.

Proyecto discutido en sala del diecisiete (17) de febrero y aprobado según acta de fecha veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós (2022).

II. FINALIDAD DE ESTA PROVIDENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021), emanada del Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C.

III. ANTECEDENTES

El sustento fáctico expuesto en la demanda se resume de la siguiente manera:

El señor Jorge Márques Silvestre da Costa Coelho laboró para la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S. desde el 1° de septiembre de 2016 hasta el 20 de septiembre de 2017, fecha en la que se dio por terminada la relación laboral por justa causa.

Mediante denuncias realizadas por contratistas externos de la compañía, les fue informado que el demandado estaba realizando ofertas a los contratistas, consistentes en que le pagaran la suma de \$10'000.000 a fin de poderles adjudicar locales para construir, de la empresa demandante, propietaria de los establecimientos ARA. Con base en lo anterior, la empresa formuló denuncia penal contra el demandado por las conductas punibles de corrupción privada en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con el punible de constreñimiento para delinquir, quien aceptó los cargos, siendo condenado el 10 de septiembre de 2018.

Dentro del proceso penal, el extremo pasivo no indemnizó a la sociedad por los perjuicios causados, motivo por el cual se impetró demanda civil. A pesar de que el señor Pedro Jorge realizó una consignación por valor de \$30'000.000 el 11 de agosto de 2018, dicho pago no fue el resultado de ningún acercamiento por concepto de indemnización o conciliación.

Las conductas delictivas del demandado causaron graves perjuicios a la sociedad actora, pues, a nivel nacional disminuyeron los ingresos económicos por concepto de las ventas del establecimiento y se retrasaron las obras de apertura de nuevas tiendas, entre otros.

Mediante dictamen pericial aportado con la demanda, se determinaron los perjuicios causados, esto es, (i) afectación en las utilidades por disminución en las ventas, debido al conocimiento público de la noticia, en la suma de \$3'734.047.784, (ii) atraso de la apertura de nuevas tiendas, lo que generó una rentabilidad dejada de percibir por la suma de \$360'486.576, (iii) terminación de contratos con tres contratistas, cuyo valor liquidado corresponde a \$778'241.548, (iv) gastos de traslado del personal administrativo de la compañía, por la suma de \$387'284.294, (v) gastos de alojamiento de los funcionarios, por valor de \$122'678.438, (vi) investigación privada que ascendió

a la cantidad de \$28'500.000, (vii) contratación de una compañía para manejar los medios de comunicación, cuyos gastos fueron de \$9'880.000, (viii) servicios de traducción de documentos requeridos para la investigación por la suma de \$2'182.600, (ix) estudios de mercadeo y medición de impacto calculados en \$25'750.000 y, (x) representación judicial de la sociedad por valor de \$48'000.000.

Con fundamento en los anteriores hechos, la sociedad demandante deprecó que se declare al demandado civilmente responsable por los perjuicios causados. Que como consecuencia de lo anterior, se le condene al pago de perjuicios materiales – daño emergente y lucro cesante -

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

En auto calendado del 13 de noviembre de 2018, el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C., admitió la demanda.

El demandado contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones, proponiendo las excepciones de mérito que denominó “*inexistencia de los perjuicios reclamados o hipotéticos*”, “*inexistencia de nexo causal entre la conducta del demandado y los perjuicios presentados por la demandante*”, “*pago de la indemnización debida a la demandante*” y “*compensación*”

V. LA SENTENCIA OBJETO DE APELACIÓN

Mediante sentencia calendada el treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021), el Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C., resolvió declarar civil y extracontractualmente responsable a **PEDRO JORGE MARQUES SILVESTRE DA COSTA COELHO**, por los perjuicios causados a la sociedad **JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S.** en virtud a los actos de corrupción en los que incurrió mientras desempeñaba el cargo de Director de Operaciones en la compañía. Como consecuencia, condenó a aquel, en favor

de la parte demandante, a la suma de \$154'288.665 por concepto de daño emergente.

Como argumentos para arribar a su decisión, sostuvo que (i) los perjuicios reclamados se originaron en la conducta antijurídica asumida por el demandado mientras se encontraba vinculado con la compañía demandante, confluyendo los presupuestos axiológicos de la responsabilidad civil. (ii) En cuanto a los perjuicios reclamados:

a) daño emergente: no existía prueba documental o testimonial que respaldara la razón de la decisión corporativa de dar por terminados los contratos, tratándose entonces de una decisión unilateral de la parte actora, avalada por los constructores. Pagándose hasta el momento lo ejecutado y las nuevas empresas contratadas se sirvieron de tales adelantos para continuar con las obras y percibir lo pertinente por el trabajo faltante. Por consiguiente, no se accedió a la condena por el alegado perjuicio, relativo a los contratos de transacción, esto es, a la suma de \$778'241.548.

En cuanto al rubro de viajes de los funcionarios, analizado el reporte histórico de Migración Colombia que discrimina los viajes realizados entre 2015 y 2019, se observa que sus desplazamientos eran muy frecuentes y, en consecuencia, no es dable concluir que ingresaron al país única y exclusivamente a atender las informaciones brindadas por los contratistas sobre actos de corrupción. Solo el señor Eduardo Días Da Costa reportaba ingresos y salidas inusuales del país, pues, entre 2015 y 2017 únicamente reportó cuatro movimientos migratorios, los cuales coincidían con la fecha en que la compañía emprendió acciones legales contra el demandado. En tal razón se otorgó tal perjuicio por la suma de \$65.726.065 por gastos de tiquetes aéreos y alojamiento.

Respecto de la investigación privada, se reconoció el rubro por encontrarse probado. Igual suerte corrieron los conceptos de manejo de medios de comunicación, servicios de traducción y costos de representación judicial.

b) Lucro cesante: manifestó que el estudio de mercado realizado mediante encuesta con interceptación en calle arrojó que la pérdida de clientes fue del 4,8%. Sin embargo, tal encuesta carecía de la idoneidad

probatoria suficiente para sustentar el dictamen en la cuantiosa suma que por tal concepto presentó. Por lo que no se accedió al pedimento. De igual forma se decidió respecto de los ingresos dejados de percibir por atraso de obras.

VI. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN:

6.1. El apoderado judicial de **Jerónimo Martins Colombia S.A.S.**, sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

i) En primer lugar, refirió que el juzgado había equivocado la interpretación en la valoración de los estados financieros de la compañía, el dictamen pericial y la encuesta realizada por **Feedback Provokers** respecto del lucro cesante solicitado, correspondiente a las utilidades dejadas de percibir por la disminución de ventas de la parte actora.

Sustentó su reparo, manifestando que de acuerdo con las Normas Internacionales de Información Financiera, por sus siglas NIIF, las cuales son de obligatorio cumplimiento por las sociedades colombianas, como lo es Jerónimo Martins Colombia S.A.S., que la ocurrencia de las actividades del señor Pedro Jorge Marques Silvestre da Costa Coelho y su declaratoria como actividades delictivas, no podía ser registrado dentro de los estados financieros de la sociedad, toda vez que dichas actividades son catalogados como un activo contingente.

Respecto del supuesto crecimiento de las ventas, aseveró que hasta septiembre de 2017 tuvo un ritmo de crecimiento en sus promedios de venta diarios del **8.3%** y luego del conocimiento público de las actuaciones de Pedro Coelho, durante el rango del mes de octubre de 2017 a enero de 2018, hubo una disminución drástica en el ritmo de crecimiento de dicho indicador quedando apenas en **1.6%**. Ya que si bien aumentaron las ventas, estas no crecieron proporcional al número de establecimientos de comercio que Jerónimo Martins Colombia S.A.S. abrió al público.

En cuanto a la idoneidad de la encuesta realizada, sostuvo que en esta se preguntó de forma clara y directa sobre si el hecho de las actuaciones de Pedro Coelho había cambiado sus preferencias de compra, a lo cual se había respondido que sí. Además, el resultado esperado era medir el impacto, respecto de cuánto influyó la noticia en el comportamiento del consumidor. Y no había una investigación más adecuada para medirlo que una investigación cuantitativa robusta y estadísticamente representativa, que fue la realizada.

La selección muestral era la adecuada y permitía proyectar los resultados de una investigación a la población bajo estudio. La muestra de 1.860 casos era suficiente para estudiar un comportamiento de compra o abandono para el universo poblacional bajo estudio. Por lo cual era estadísticamente proporcionado proyectar este comportamiento investigado al universo.

ii) Señaló que el juzgado había equivocado la interpretación en la valoración de la prueba pericial y la encuesta realizada por la firma **Feedback Provokers**, en la negativa a reconocer el daño emergente por la suma de \$25'750.000 correspondiente al costo del estudio de mercado.

Para sustentar su dicho, indicó que el costo generado por \$25'750.000 correspondiente al estudio de mercado que fue realizado por la firma **Feedback Provokers**, se encuentra probado en la documental adjunta al dictamen pericial y debidamente corroborado por los testigos que comparecieron a la audiencia de instrucción y juzgamiento para sustentar el mismo.

Por otro lado, el apoderado judicial de la parte demandante sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

La suma de \$30.000.000,00 cancelada por el señor Pedro Coelho a Jerónimo Martins Colombia S.A.S., debió ser descontada del monto de las condenas atendiendo lo establecido en el artículo 282 del Código General del Proceso.

La demandante debió ser condenada al pago de la multa por estimación exagerada de los perjuicios, según se solicitó en la

contestación de la demanda, al tenor de lo preceptuado en el artículo 206 del Código General del Proceso por estimación exagerada de los perjuicios reclamados.

Faltó que el juzgado se pronunciara sobre la conducta procesal de la demandante en lo que concierne a las pruebas relacionadas con los viajes de sus directivos a Colombia con ocasión de la investigación relacionada con las conductas de Pedro Coelho.

VII. CONSIDERACIONES

1ª) En los términos del artículo 328 del Código General del Proceso, corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos por las partes, determinando si le asiste razón: (i) a la parte demandante respecto del reclamo por el pago de varios rubros del daño patrimonial. (ii) a la parte demandada en cuanto a los reparos concernientes al descuento de la condena, petición de multa a la demandante por estimación exagerada de los perjuicios y pronunciamiento sobre su conducta procesal.

La responsabilidad civil se ha definido como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales o económicas de un hecho, conducta o acto que ocasiona daño a otro, bien sea en virtud de un acuerdo de voluntades o sin que medie vínculo entre los sujetos de la respectiva relación en disputa. De allí la clasificación de la responsabilidad en civil contractual y extracontractual; en tratándose de la primera, se parte de la existencia de un contrato, convención o acuerdo de voluntades en el que las partes o la ley, por lo general, imponen obligaciones recíprocas; la segunda, se presenta cuando no media ningún negocio jurídico o vínculo obligacional, pero emana la obligación de responder e indemnizar de una fuente de obligaciones.

Para determinarse si se configura la responsabilidad civil extracontractual es necesario que se estructuren y se demuestren los elementos propios de ésta, es decir, i) la presencia de un daño jurídicamente relevante; ii) que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación; y iii) que la conducta generadora del daño sea jurídicamente

reprochable (en los casos de responsabilidad común por los delitos y las culpas), ello, conforme la sentencia del 30 de septiembre de 2016 de la C. Suprema de Justicia o en su defecto, si los supuestos fácticos en que la demandada fundó sus excepciones, fueron debidamente acreditados dentro del proceso.

Respecto del primero presupuesto, esto es, la presencia de un daño jurídicamente relevante no es cualquier daño, es el que ocasionada la transgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga. En cuanto al régimen de la «responsabilidad común por los delitos y las culpas», cuyo sustento es el principio general concerniente a que todo daño ocasionado debe repararse, surge de incumplir el mandato legal y genérico de no causar daño a otro, lo cual significa que se produce sin que medie pacto alguno entre ofensor y victimario.

En cuanto al segundo de los presupuestos, o sea, que éste sea normativamente atribuible al agente a quien se demanda la reparación, debe ser atribuido al agente como obra suya, pero no como simple causalidad natural, sino como mecanismo de *imputación* de la acción (o inactividad) a un sujeto.

Relativo al componente subjetivo, que es el tercer elemento de configuración de la responsabilidad, es decir, que la conducta generadora del daño sea jurídicamente reprochable, no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*). También en materia de culpabilidad, el dolo y la culpa se imputan a partir de un marco de sentido jurídico que valora la conducta concreta del agente, pero no se “constatan” mediante pruebas directas.

La culpa de la responsabilidad extracontractual no es un objeto de la naturaleza ni una vivencia subjetiva que pueda ser percibida o sentida, sino que surge de una situación concreta que es valorada a partir de sus posibilidades de realización (como capacidad, potencia o previsibilidad): el

reproche civil no radica en haber actuado mal sino en no actuar conforme al estándar de prudencia exigible, habiendo tenido la *posibilidad* de hacerlo

El daño, de acuerdo con lo expresado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“ (...) constituye un elemento indispensable para el surgimiento de la responsabilidad civil, el cual está representado por la pérdida, disminución o menoscabo causado al patrimonio o a la persona misma y en todo caso, para que sea susceptible de reparación, debe ser cierto, en cuanto a que ha de ser real y efectivo, por lo que se descarta el daño hipotético o eventual. Sobre el señalado presupuesto de la responsabilidad civil, esta Corporación en sentencia CSJ SC10297-2014, rad. n.º 2003-00660-01, precisó: “En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio”.

Igualmente, en el fallo (...) CSJ SC, 16 mayo. 2011, sobre el aludido requisito del daño, en lo pertinente se dijo:

“Indiscutible es la importancia y trascendencia de la carga probatoria del daño y la relación de causalidad que el legislador asigna a la parte interesada (...). La premisa básica consiste en la reparación del daño causado, todo el daño y nada más que el daño, con tal que sea cierto en su existencia ontológica. En el ámbito normativo, ‘la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (damnum emergens), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (lucrum cessans), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro’ (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV).

En tratándose del daño, (...) la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible,

incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión. ‘La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética’ (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320)”» (CSJ SC2758-2018, 16 jul.).”¹

2ª) A su turno, los daños patrimoniales corresponden a una afectación de carácter económico que ha sufrido la víctima, por la ocurrencia del hecho dañoso y se ha dividido en daño emergente y lucro cesante. **El daño emergente** corresponde a las sumas que se han erogado para asumir el daño ocasionado y que deben ser sufragadas por quien lo causó, mientras que el **lucro cesante** son los dineros que como consecuencia del hecho dañoso han dejado de ingresar al patrimonio de la víctima o de los perjudicados, siendo pasado o consolidado el que se ha ocasionado desde la ocurrencia del hecho hasta el proferimiento de la sentencia y futuro el que se ocasione hacía adelante en el tiempo, calculado durante el lapso que éste puede subsistir, durante su vida probable.

Siendo del caso indicar aquí que se excluye el daño meramente *eventual o hipotético*, es decir, el remoto, **siendo si indemnizable aquel que se tiene como virtual**, esto es, aquel que en el curso normal de los acontecimientos muy seguramente se producirá.

3ª) En el Código General del Proceso se mantiene el sistema de libertad probatoria para los procesos orales o por audiencias civiles y de familia, que ya traía el anterior ordenamiento civil. Esa libertad se manifiesta, entre otros, en la posibilidad de acreditar los hechos por cualquiera de los medios de prueba enumerados en el artículo 165 como “*la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez. El juez practicará las pruebas no previstas en*

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3749.2021 M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

este Código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales”.

En este contexto el juez tiene varias opciones concurrentes: a) La libertad de medios significa que el juez puede admitir los que considere útiles, pero no prescindir de ellos. b) Libertad para apreciar las pruebas. La convicción del juez se forma libremente contemplando las pruebas para verificar los hechos de acuerdo con las reglas de la sana crítica, con las limitaciones propias de las solemnidades previstas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos (artículo 176). c) Libertad para decretar ciertas pruebas, dentro de los parámetros legales, por ejemplo, en el artículo 236, el juez podrá negar la práctica de la inspección judicial *“si la considera innecesaria en virtud de otras pruebas que existan en el proceso o que para la verificación de los hechos es suficiente el dictamen de peritos, caso en el cual otorgará a la parte interesada el término para presentarlo. Contra estas decisiones del juez no procede recurso”.*

Ahora, pese lo anterior, existen algunas excepciones, en las cuales la ley establece específicamente el valor de las pruebas y el juzgador simplemente aplica lo dispuesto en ella, en ejercicio de una función que puede considerarse mecánica, de suerte que aquel casi no necesita razonar para ese efecto porque el legislador ya lo ha hecho por él. Dicho régimen se denomina tarifa legal.

VIII. CASO CONCRETO

No hay cuestionamiento alguno sobre la materialidad del daño causado por el señor **PEDRO JORGE MARQUES SILVESTRE DA COSTA COELHO** a la sociedad **JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S.**, como consecuencia de las conductas punibles de corrupción privada en concurso homogéneo, sucesivo y heterogéneo con el punible de constreñimiento para delinquir, de las que aceptó cargos y fue condenado el 10

de septiembre de 2018 a la pena principal de cuarenta meses de prisión y multa equivalente a 127.5 SMLMV.

La actuación se encuentra enmarcada de acuerdo con lo establecido en el artículo 2341 del Código Civil. Es decir, el que regula el régimen de la «responsabilidad común por los delitos y las culpas», cuyo sustento es el principio general concerniente a que todo daño ocasionado debe repararse. El cual surge de incumplir el mandato legal y genérico de no causar daño a otro, lo cual significa que se produce sin que medie pacto alguno entre ofensor y victimario.

Aunado a lo anterior, respecto de la reparación del daño, ha dicho el doctor Juan Carlos Henao, citando al Consejo de Estado: “... *el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto², esto es, no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio*”³

En ese orden, la Sala se referirá solamente a los reparos presentados y sustentados, así:

1.1) La parte demandante, Sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S., expone los dos reparos, reseñados, el primero de ello, basilarmente consiste en enrostrar al *a-quo* la indebida valoración probatoria del dictamen pericial a través del cual pretende demostrar el *quantum* del lucro cesante solicitado, medio de prueba que estuvo apuntalado, en una encuesta como insumo basilar.

En este contexto, liminalmente, ha de determinarse ¿si la encuesta es la herramienta adecuada para fundamentar el dictamen en cuanto a los ingresos dejados de percibir por la presunta pérdida de compradores de la sociedad demandante?

² Consejo de estado col., Sección Tercera, 2 de junio de 1994, C.P.: Dr. Gómez Naranjo, ACE, año XXXI, 1949-1950, T. 58, N° 367-371, pp 365 a 376

³ Henao, Juan Carlos. El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad Extracontractual Del Estado en Derecho colombiano y francés. P. 129.

A efectos de resolver este punto axial, es importante precisar que una encuesta es *“el conjunto de preguntas tipificadas dirigidas a una muestra representativa de grupos sociales, para averiguar estados de opinión o conocer otras cuestiones que les afectan”*⁴, además de lo anterior, ha de precisarse que una encuesta es una suerte de foto de un instante y no captura una película. Entendiendo que la opinión pública es dinámica y, por tanto, no necesariamente refleja una realidad, de donde emana su inexactitud y poca exactitud científica.

Siendo esto así, como bien lo expresó la Juez de primera instancia, encuestas como la realizada, permiten tomar decisiones gerenciales, adoptar estrategias de mercadeo y generar cambios. Tales instrumentos son de habitual uso para decidir sobre actividades comerciales.

La encuesta que sirvió de base para el dictamen pericial que intentó tasar el lucro cesante debe tener el tratamiento de prueba documental, antecedente del dictamen pericial, pero integrado de tal forma que sin aquel, este no existiera, lo cual nos lleva a analizarlo y valorarlo bajo los cánones del Código General del Proceso, esto es al tamiz de las reglas de la sana crítica, a fin de determinar si éste medio de prueba tiene la capacidad de arribar a la verdad.

La valoración de las pruebas corresponde al juicio de aceptabilidad de los resultados derivados de los medios de prueba, de manera y suerte la contrastación de los enunciados fácticos planteados con respecto a lo aportado con los medios de prueba, ejercicio que nos conduce al reconocimiento de cierto peso en la convención sobre la veracidad de esos elementos suasorios.

Además para la valoración de los medios de prueba, debe quedar dilucidado, sin ambages, que ese elemento probatorio, reúne los requisitos de conducencia, utilidad y pertinencia.

⁴ Extractado de <https://dle.rae.es/encuesta>

Aunque parezca una obviedad, es del caso recordar que una prueba: **a)** es conducente cuando es la idónea para demostrar el hecho específico que se quiere establecer, para convencer al juez sobre el hecho a que se refiere; **b)** es pertinente cuando, de su evaluación, se muestra que el documento versa sobre alguno de los hechos relevantes o sobre otro, a partir del cual puede inferirse un hecho relevante;⁵ y **c)** se considera útil cuando presta algún servicio al proceso para la convicción del fallador, es decir la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto al objeto de la investigación, que manifieste hechos de trascendencia para llegar a la verdad.

En el juicio valorativo de la encuesta, (como documento declarativo, de representación indirecta), para la Sala, es pertinente, puesto que versa sobre un hecho que la parte demandante pretende demostrar, sin embargo no es conducente ni resultó útil, para llevar a esta colegiatura, al convencimiento de demostrar el daño emergente que incoa a su favor.

En efecto, la encuesta, resulta inconducente para determinar un grado de eficacia probatoria del daño emergente, y que de contera, inidónea para fundamentar la determinación del hecho cuya demostración se pretende, pues en ella, se presentan dos dificultades, por un lado, **las desventajas, ampliamente aceptadas, de la encuesta a través de la entrevista personal, pues si bien**, en este tipo de entrevista se recibe un alto grado de respuesta, lo cierto es que tiene algunas desventajas, entre otras, la influencia del entrevistador sobre el entrevistado,⁶ por otro lado, **el error de muestreo**, el cual se puede definir como la imprecisión que se comete al estimar una característica de la población de estudio (parámetro) mediante el valor obtenido a partir de una parte o muestra de esa población (estadístico). Este error depende de muchos factores, entre ellos, del procedimiento de extracción de la muestra, del número de unidades que se extraen, del método de estimación, de la naturaleza de la característica a estimar, etc.⁷

⁵ Rojas Gómez, Miguel Enrique. Lecciones de derecho procesal. Tomo III. Pruebas civiles. 2015. P. 449-450.

⁶ Extractado de <http://ddd.uab.cat/record/129382> p.15

⁷ Extractado de https://www.eustat.eus/document/datos/calculo_errores_serv_emp_c.pdf p.2

Entonces, ha de observarse que, a más que deben tenerse en cuenta las desventajas de la encuesta, el nivel de confiabilidad de la encuesta, respecto de los supuestos abandonadores ARA, es decir, aquellos compradores de supermercados ARA, antes de septiembre de 2017, pero que al momento de la encuesta no habían vuelto a comprar en esos establecimientos de comercio, si bien tiene un nivel de confiabilidad del 95%, debe denotarse también que el error muestral es del 6%. O sea, El 4,8% el impacto de la noticia en pérdida de clientes no es una cifra absoluta, ya que está afectada por la desviación antes enunciada. De donde se puede concluir, en cuanto a conducencia y utilidad de la prueba, así como a la certeza del daño, tales presupuestos no se cumplen.

Aunado, es evidente que la encuesta, no constituyen un método idóneo y suficiente para establecer, con un criterio razonable, una realidad, pues, como se indicó en incisos precedentes, una de las desventajas en este tipo de herramientas, es la posible la Influencia del entrevistador sobre el entrevistado y su margen de error, le resta credibilidad.

Además de lo anterior, como se dijo anteriormente, una encuesta es una suerte de foto de un instante y no captura una binza, entendiendo que la opinión pública es dinámica, por tanto, no podría aseverarse en grado de certeza, que la decisión de no comprar en tiendas ARA por una noticia de corrupción fuese permanente o trascendiera en el tiempo.

En este mismo sentido, la encuesta es utilizada como instrumento para medir, innumerables situaciones, ese sondeo, permite, entre otras, tomar decisiones, gerenciales, organizacionales, adoptar estrategias de mercadeo y generar cambios, pero no constituyen un método idóneo y suficiente para establecer, con un criterio razonable, una realidad, pues, como se indicó en incisos precedentes, una de las desventajas en este tipo de herramientas, es la posible Influencia del entrevistador sobre el entrevistado.

Si hipotéticamente la encuesta fuese un medio incontrovertible y eficaz para establecer una realidad, tendría que aceptarse como cierto, no sería necesaria sino una de ellas para saber, por ejemplo, sobre

la elección del futuro presidente de un país, lo cual ciertamente no es así. En cambio ocurre todo lo contrario. Unas veces va uno adelante y otras veces se encuentra otro. También ocurriría lo mismo para la toma de decisiones gerenciales en cuanto a la expansión de una sociedad comercial para la apertura de nuevos locales. Las empresas siempre tendrían éxito, pero la realidad es otra, *verbi gratia*, casos como actualmente el de Justo & Bueno y La 14.

En ese orden de ideas, considera este Cuerpo Colegiado, que la encuesta realizada y que fue la base para, junto con los estados financieros de la compañía, presentar el dictamen pericial en el que se cuantificó el lucro cesante, no era la herramienta idónea y conducente para probar la certeza del daño y, mucho menos, para realizar la operación que arrojó como resultado el monto del rubro de tal daño patrimonial pretendido.

Con relación a la certeza del daño, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil –, desde sus albores⁸, ha elaborado una amplia jurisprudencia al respecto, sosteniendo que el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado, que permitan inferir razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente. No debe ser meramente hipotético o eventual.

Respecto de las ganancias frustradas, se ha indicado:

“Por supuesto que en punto de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener, circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; y, otra muy distinta es la frustración del[...] chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino,

⁸ Entre otras, Sentencias de Casación Civil del: 29 de mayo de 1954, LXXVII, 712; diez (10) de septiembre de 1998; 24 de junio de 2008; 9 de marzo de 2012;

simplemente, la posibilidad de obtenerla. Trátase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia, y cuya reparación, de ser procedente, cuestión que no deviene objeto de examinarse, debió ser discutida en esos términos en el transcurso del proceso...Por último están todos aquellos ‘sueños de ganancia’, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables...”⁹

Como colofón del reparo presentado, debe indicarse que la herramienta utilizada – encuesta – no fue eficaz para la demostración de la certeza del daño y, de contera, para la comprobación y tasación del perjuicio de lucro cesante reclamado.

Consecuencia directa de que la encuesta, pilar basilar, del dictamen pericial, es desechada como medio idóneo para sustentarlo, el reparo referido, a la equivocada interpretación en la valoración de los estados financieros de la compañía y el dictamen pericial realizada por Feedback Provokers respecto del lucro cesante solicitado, este se arrastra por el sendero oscuro de la improsperidad, pues su cimiento, al desmoronarse, igualmente lleva al cadalso, el reproche y resulta ampuloso reiterar lo expuesto en precedencia

No obstante, ha de precisarse, que los estados financieros presentados dan cuenta de una disminución en las ventas por local. Sin embargo, (i) no se probó que un porcentaje de tal reducción se debiese a la noticia de corrupción emitida y que trató de ser probada mediante la encuesta pluricitada, a la que debe remitirse al numeral anterior. (ii) Si bien podría decirse, como lo sostuvo el recurrente, que a mayor cantidad de locales mayores ventas, esto no implica que la rentabilidad de los locales abiertos con anterioridad conserve sus réditos, por cuanto la economía como ciencia social, no es exacta ni lineal. Tiene muchas aristas, por ejemplo, la feroz competencia entre tiendas ARA, D1, Éxito punto vecino, Carulla, Cencosud y, en su momento, Tiendas Justo & Bueno. Tal competencia, sin duda alguna, debe afectar las utilidades

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del nueve (9) de marzo de dos mil doce (2012). M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

de los contendientes, ya que, a mayor número de tiendas, los compradores, teniendo en cuenta calidad y, sobre todo, precio, van cambiando sus hábitos de adquisición. Es decir, la fidelización en este tipo de establecimientos de comercio es difícil.

Además, los problemas económicos, la migración e infinidad de problemas sociales que afectan nuestro país, son contingencias que, sin duda alguna, alteran las ventas de los participantes en esta porción de mercado. Por lo tanto, no es posible determinar, que tal disminución de ventas se debió a la noticia del señor Pedro Coelho.

1.2. También se duele la parte demandante del argumento esgrimido por la señora juez a-quo, referente a que en *“los estados financieros de los años 2017 y 2018 no se relacionó como una contingencia la noticia generada por los actos de corrupción en los que estuvo vinculado el aquí demandado”*.

En este escenario de argumentos y contraargumentos, hace venero a la verdad que las Normas Internacionales de Información Financiera, por sus siglas NIIF, con concordancia, con la Ley 1314 de 2009 y sus decretos reglamentarios, así como el Marco Conceptual para la Preparación y Presentación de Estados Financieros, las sociedades en Colombia, **entidad no debe proceder a reconocer ningún activo contingente.**

Entendiendo que un activo contingente *“es un activo de naturaleza posible, surgido a raíz de sucesos pasados, cuya existencia ha de ser confirmada sólo por la ocurrencia, o en su caso por la no ocurrencia, de uno o más eventos inciertos en el futuro, que no están enteramente bajo el control de la entidad”*.(NIC 37).

Normalmente, los activos contingentes surgen por sucesos inesperados o no planificados, de los cuales nace la posibilidad de una entrada de beneficios económicos en la entidad. Un ejemplo puede ser la reclamación que la entidad está llevando a cabo a través de un proceso judicial, cuyo desenlace es incierto.

Los activos contingentes no son objeto de reconocimiento en los estados financieros, puesto que ello podría significar el reconocimiento de un ingreso que quizá no sea nunca objeto de realización. No obstante, cuando la realización del ingreso sea prácticamente cierta, el activo correspondiente no es de carácter contingente, y por tanto es apropiado proceder a reconocerlo, situación que no se presenta en este caso concreto, por la prosperidad de la pretensión de ese calado.

Así las cosas, aunque le asiste la razón al demandante que no era necesario, ni tenían la obligación de incluir en sus estados financieros, ese rubro contingente, también lo es que aun excluyéndolo, no se abre paso a variar la decisión de primera instancia, pues no tiene la entidad de tal, en la medida que el punto axial, para no acceder a la condena por daño emergente, descansa en las razones explicadas en el punto anterior.

1.2) El segundo reparo de la parte demandante, radica en que se negó el reconocimiento del daño emergente por la suma de \$25'750.000 correspondiente al costo del estudio de mercado, se considera que le asiste razón al apelante. Puesto que, independiente de las consideraciones de la *a quo*, y que esta Sala comparte, respecto de la falta de idoneidad de la encuesta para la tasación del lucro cesante. Lo cierto es que, en su momento, la sociedad demandante consideró que esta herramienta era efectiva para lograr su objetivo. Tanto así que se convirtió en el elemento suasorio principal para soportar su reclamación.

En tal razón, el estudio de mercado, del que se reprochó su ausencia en el reconocimiento de tal perjuicio patrimonial, debe incluirse. Por lo anterior, se adicionará tal suma a lo reconocido inicialmente por ese ítem, quedando en \$180'038.665. Y así se verá reflejado en la parte resolutive de la sentencia.

2.1. La parte demandada Pedro Jorge Márques Silvestre Da Costa Coelho, apostrofa la decisión de primera instancia, dirigiendo tres reparos, el primero de ellos, fundado en la ausencia de inclusión de los

\$30.000.000.oo cancelada por el señor Pedro Coelho a Jerónimo Martins Colombia S.A.S., del material probatorio obrante en el dossier, se puede comprobar que si bien es cierto, los \$30.000.000.oo consignados por el señor Pedro Jorge en favor de Jerónimo Martins Colombia S.A.S. el 11 de agosto de 2018 fueron admitidos en la presentación de la demanda, haciéndose la salvedad que no fue el resultado de ningún acercamiento por concepto de indemnización o conciliación.¹⁰ Lo cierto es, que tal como lo concluyó la juez a quo, esa cantidad de dinero, corresponde a la indemnización que debe pagárseles a los terceros (contratistas defraudados) y no hace parte del pago que debe hacer el demandado en este proceso.

Sumado a lo anterior, está demostrado, mediante copia de pantallazo en el que se advierte que el dinero consignado aparece haciendo parte del rubro de cuentas por pagar¹¹, se probó que tal suma, en estricto sentido, no ingresan a las arcas de la sociedad Jerónimo Martins Colombia S.A.S., sino que fueron depositas, con la finalidad de ser entregadas a aquellos que tiene la calidad de víctimas, es decir, para reparar los daños irrogados con conducta punible del demandado, en tal sentido *“era trasladada a la sociedad demandante como incremento en el presupuesto ofertado por los contratistas y, por tanto, dichos valores son el perjuicio cierto y directo causado, razón por la cual la obligación de indemnizar ha sido satisfecha”*¹². Además, y no es de poca monta sobre tal elemento suasorio no se pronunció de forma alguna la parte demandada. Por ende, la decisión tomada por la a-quo en este punto debe quedar incólume

¹⁰ Folios 54-55 carpeta 01CuadernoPrincipal, derivado 04CuadernoPrincipal.pdf; Folio 56 carpeta 02CuadenoUnoContinuacionPrincipal, derivado 01ContinuacionCuadernoPrincipal y DescorreTrasladoApelacionJeronmoMartins Folios 2-3

¹¹ Folio 5 Carpeta 02CuadenoUnoContinuacionPrincipal, derivado 01ContinuacionCuadernoPrincipal.

¹² Folio 45 sentencia primera instancia.

Visualizar documento: Vista de entrada

Impuestos Moneda de visualización Vista de libro de mayor

de entrada

Documento: 19000378 Sociedad: JASCO Ejercicio: 2018
 Fecha documento: 11.08.2018 Fecha contab.: 11.08.2018 Período: 18
 Empresa: P/FEDRO COELHO Núm.doc.gral.: Grupo ledgers:
 Moneda: COP Exten.textos: Grupo ledgers:

Pes.	CT	I	Cuenta	Denominación	Importe	Importe ML	Mon.	Libro mayor	D	Cta.alternativa	D	C	D	Texto
1	40		1003000400	Moneda Nal - BBVA	30.000.000	30.000.000	COP	1003000400	S	1110050001				PAGO PEDRO COH
2	50		1215750025	Otras Exp	30.000.000	30.000.000	COP	W 1215750025	H	2815050025				PAGO PEDRO COH

2.2. La acometida de la parte demandada, en contra del fallo, consiste en censurar que a la demandante debió ser condenada al pago de la multa por estimación exagerada de los perjuicios.

Sobre este punto, ha de rememorarse que el juramento estimatorio cumple con una función demostrativa, siendo un medio de prueba válido y autónomo para cuando se demanda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, eventos en los cuales por el interesado se estiman razonadamente en dinero.

Ahora, respecto de la sanción del juramento estimatorio el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso, establece que *“[t]ambién habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas”*.

La aplicación de la sanción prevista en el parágrafo transcrito solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte, condición que fue fijada por la Corte Constitucional mediante sentencias C-157 y C-332 de 2013 declarando la exequibilidad condicionada del transcrito parágrafo, bajo el entendido que tal sanción, por falta de demostración de los perjuicios que

conduce a la negación de las pretensiones, *“no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de su obrar diligente y esmerado”*. En esos términos se modificó posteriormente, a través de la Ley 1743 de 26 de diciembre de 2014 el inciso cuarto y parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso¹³.

En este sentido la sanción prevista en el citado artículo sólo debe ser impuesta cuando la irrisoria demostración de perjuicios jurados, o la ausencia de estos, sea como consecuencia del obrar descuidado, negligente y ligero de la parte que realizó la estimación razonada, pues resultaría desproporcionado que tal imposición pecuniaria sea impuesta frente al fracaso de cualquier pretensión indemnizatoria.

Lo anterior permite significar que el demandante está habilitado para buscar la indemnización de perjuicios sin que, en el evento que fracasen sus pretensiones, *per se*, constituya temeridad o negligencia.

En cuanto a la temeridad, la Corte Constitucional señaló que esta condición se da cuando *“es manifiesto que la demanda carece de fundamento legal, o cuando, a sabiendas, se alegan hechos contrarios a la realidad, o cuando se emplea el proceso para fines claramente ilegales o propósitos dolosos o fraudulentos”*¹⁴. La negligencia, por su parte, es la omisión, el descuido voluntario y, en general, la actuación sin el debido nivel de cuidado o responsabilidad.

Descendiendo los anteriores, prolegómenos al punto de disonancia, con la sentencia, se verifica que a folio 173 del expediente físico del expediente¹⁵ rotulado como “JURAMENTO ESTIMATORIO”, el actor cumplió con la carga procesal prevista en el artículo 206 del Código General del Proceso, cuantificando los perjuicios materiales en \$ 5.497.051.240,00.

¹³ El art- 13 de la ley 1743/14 dispone: Modificación al Juramento Estimatorio. En adelante el inciso cuarto y el parágrafo del artículo 206 del Código General del Proceso quedarán así: *“...La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”*.

¹⁴ Sentencia C-157 de 2013, emanada de la Corte Constitucional

¹⁵ Folio 311 derivado “04CuadernoPrincipal.pdf”

Tal estimación deviene de:

	CONCEPTO	VALOR
LUCRO CESANTE	Ingresos dejados de percibir por disminución en ventas	\$ 3.734.047.784
	Ingresos dejados de percibir por atraso de obras	\$ 360.486.576
	TOTAL	\$ 4.094.534.360
DAÑO EMERGENTE	Pago de Contratos de Transacción con Contratistas	\$ 778.241.548
	Gastos de Viajes Personal Directivo	\$ 387.284.294
	Gastos de Alojamiento Personal Directivo	\$ 122.678.438
	Investigación Privada	\$ 28.500.000
	Manejo de Medios De Comunicación	\$ 9.880.000
	Servicios de Traducción	\$ 2.182.600
	Estudio de Mercado - Medición De Impacto	\$ 25.750.000
	Costos de Representación Judicial	\$ 48.000.000
	TOTAL	\$ 1.402.516.880
TOTAL PERJUICIOS CASUADOS A JERONIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S		\$ 5.497.051.240

Para demostrar la tesis de su pretensión, el actor acudió a diversos medios demostrativos, indicados en la gráfica anterior.

El fracaso de las pretensiones de la demanda, respecto del lucro cesante, lo fue porque la juez consideró que no existía un daño que pudiera ser desarrollado bajo los postulados de la responsabilidad civil, posición que ciertamente avalada por la Sala.

No se observa entonces, un actuar negligente, tampoco a un comportamiento temerario de la parte actora, quien tan solo acudió en ejercicio de su derecho de acción legítimo, y en virtud de este fue derrotado. Téngase en cuenta que, de acuerdo con la sentencia C-157 de 2013, el propósito del juramento es hacer prevalecer la buena fe y la lealtad procesal, y no castigar injustificada e irracionalmente a los sujetos intervinientes por el simple hecho de actuar en el interior de un proceso; de ahí que a través de la Ley 1743 de 2014, el legislador haya condicionado la imposición de la sanción a comportamientos “*negligentes*” y “*temerarios*” de quien juró.

Amén de lo anterior, no puede concluirse que la parte demandante fue descuidada o negligente en la demostración del derecho que

creyó ser acreedora, y menos aún que no hizo un esfuerzo por probar su causa, y si bien sus súplicas no se acogieron, ello no refleja un actuar malicioso, temerario, indolente o de mala fe por parte del sujeto procesal.

No podría llegarse al extremo de racionalizar que tal sanción legal (parágrafo del artículo 206 del Código General Del Proceso), subyace de manera objetiva e inmotivada, porque tal no es su naturaleza frente al legítimo derecho de acción que puede ejercer cualquier ciudadano. Como quedó visto, el demandante acudió a la administración de justicia en reclamo de un perjuicio que -bajo su razonamiento- consideraba ser acreedor, siendo vencido válidamente en juicio por una sana confrontación de partes, circunstancia que bajo ninguna perspectiva puede ser invalidada o sancionada por este Tribunal.

2.3. El tercer embate en contra de la sentencia se refiere a que no examinó la conducta procesal de la demandante frente a la omisión de información relevante sobre los itinerarios de viaje de sus ejecutivos y la remisión con destino al expediente de pasajes de personas que jamás viajaron a Colombia e igualmente se echa de menos que la parte demandante, no haya aportado los números de pasaportes de unos ejecutivos que supuestamente debieron viajar a nuestro país, como consecuencia de las conductas del demandado.

Si bien es cierto que el Código General del Proceso, regula los deberes de las partes y sus apoderados, en el canon 78, razón por la cual al interior del proceso, deben 1) actuar con lealtad y buena fe en todos sus actos y 8) prestar al juez su colaboración para la práctica de pruebas y diligencia, también lo es que para que una o varias actuaciones, sea apreciadas en contravía de esos deberes, tal situación debe estar claramente establecida por conductas, que se deriva del actuar inadecuado de las partes que impiden o restringen la práctica de los medios de prueba, limitando el acceso a la fuente de prueba y con ello impidiendo que en el proceso se pruebe la ocurrencia o no de un determinado hecho.

El Código General del Proceso, establece en varios cánones, las consecuencias de actuar incumpliendo los deberes reseñados, así

por ejemplo el artículo 205, establece las conductas que dan lugar a la confesión ficta o presunta, o al indicio grave durante la práctica del interrogatorio de parte; el artículo 233, señala que si una de las partes impide la práctica de un dictamen pericial, ello hará presumir ciertos los hechos materia de este; el artículo 238, revela que si una de las partes impide la práctica de una inspección judicial hará presumir ciertos los hechos que la otra parte quería acreditar con esta, salvo que sea decretada de oficio, evento en el cual constituirá un indicio en contra; el artículo 241, consagra que el juez podrá deducir indicios de la conducta procesal de las partes; el artículo 267, relativo a la exhibición de documentos, dispone frente a la oposición a la exhibición, que ella dará lugar a la confesión ficta o presunta o al indicio en contra; y el artículo 372, que regula la audiencia inicial, establece que la inasistencia a esta audiencia hará presumir ciertos los hechos que sustentan la pretensión, si quien no asiste es el demandado, o los hechos que sustentan la excepción de mérito si quien no asiste es el demandante, siempre y cuando los hechos sean susceptibles de confesión.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia directa, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la renuencia de la parte demandante de aportar una información (los números de pasaporte)?

En este punto, también el estatuto procesal vigente, regula las consecuencias ante el no acatamiento del deber de colaboración por las partes, las cuales pueden ser desde la de forjar una presunción de ocurrencia del hecho o un indicio grave en contra de quien perjudica, en otras, palabras conlleva a considerar acreditados los hechos que se pretendía demostrar con los medios de prueba cuya práctica se vio frustrada o limitada por la conducta de la parte que no permitió llevar a buen término su práctica, bien sea porque permaneció inactiva sin realizar la conducta debida o bien, porque con su actividad la obstaculizó.

Dicho lo anterior, si bien en la sentencia de primera instancia no se vislumbra de manera expresa y explícita una derivación conductual, lo cierto es que no era necesario, pues para la judicatura, no se demostró que otras personas diferente al señor Eduardo Días da Costa, Jefe de Seguridad de la Jerónimo Martins, ingresó a nuestro país por asuntos

relacionados con el demandado y su conducta delictiva, razón por la cual, asumió la consecuencia procesal que el legislador establece, es decir, tener por no demostrado el hecho y de contera, no recibir una condena a su favor.

En síntesis para la Corporación, el reparo no tiene vocación de prosperidad, porque aún, en gracia de discusión si se realizara una calificación de la conducta procesal de la parte demandante, por no haber suministrado la información requerida, que finalmente fue adosada en el plenario, mediante otras pruebas, específicamente La respuesta remitida por Migración Colombia, la conclusión sería la misma, es decir, no habría lugar a la condena por esos conceptos, situación que es claramente desfavorable a quien fundó un petitum en tales hechos y medios suasorios.

En conclusión, la Sala modificará el numeral tercero e impartirá, en lo demás, confirmación a la Sentencia del catorce (14) de enero de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, atendiendo las consideraciones ampliamente expuestas en el marco de la presente providencia.

VIII. DECISIÓN

Por lo expuesto la Sala Cuarta Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021), el cual, conforme lo dicho en la parte motiva de la providencia, quedará así: “**CONDENAR** a Pedro Jorge Márquez Silvestre Da Costa Coelho a pagar a la parte demandante por concepto de daño emergente la suma de \$180’038.665.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021), emanada del Juzgado 11 Civil del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandada en ambas instancias.

CUARTO. En oportunidad devuélvase el expediente al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BERNARDO LÓPEZ
Magistrado

AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA
Magistrada

Firmado Por:

Bernardo Lopez
Magistrado
Sala 000 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Radicación: 110013103-011-2018-00623-01
PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL INSTAURADO POR LA
SOCIEDAD JERÓNIMO MARTINS COLOMBIA S.A.S. contra PEDRO JORGE MARQUES SILVESTRE
DA COSTA COELHO

Código de verificación:

23cbcd7466b481839032a4dfdeaae46b914943507314148d17a0cd65a3715b2a

Documento generado en 25/02/2022 09:43:13 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.



SALA CIVIL

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada

Bogotá, D. C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós

Radicado: 11001 3103 010 2017 00720 01

Demandante: EDGAR ALONSO VARGAS

Demandado: DELTA SERVICIOS INMOBILIARIOS LTDA

ADMITIR el recurso de apelación formulado por la apoderada del extremo pasivo contra la sentencia proferida por el Juez 10 Civil del Circuito de Bogotá, el día **20 de octubre de 2021¹**; abonado a este Despacho en la fecha, **de conformidad con las previsiones del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.**

Por lo anterior, **CORRER TRASLADO** por cinco (5) días al apelante para **SUSTENTAR** los reparos concretos que formuló ante el *a quo*; transcurrido dicho lapso, se correrá traslado a la contraparte por el mismo plazo, para sí a bien lo tienen, efectúen la réplica. **Advertir al recurrente que, en ese LAPSO Y EN ESTA INSTANCIA DEBERÁ SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN O MANIFESTAR SI SE TIENE COMO SUSTENTACIÓN EL ESCRITO QUE PRESENTO ANTE EL A QUO; PUES EN CASO DE GUARDAR SILENCIO, SE DECLARARA DESIERTA LA ALZADA, COMO DISPONE EL ARTÍCULO 14 CITADO.** Para todos los efectos, el **ÚNICO** correo institucional habilitado para recibir el escrito de sustentación es secstribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Finalmente, **PRORROGAR** en seis (6) meses el término para decidir la apelación, dado el alto número de recursos asignados al Despacho.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

MARTHA ISABEL GARCIA SERRANO

Magistrada

¹ Asignada por reparto al despacho el 24 de febrero anterior.

Firmado Por:

Martha Isabel Garcia Serrano
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 009 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
256fdfcbf592eb0ffaa2c4cb550beca05689d6ac3b275db5d1da0222841db78

7

Documento generado en 25/02/2022 09:31:54 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
SALA CIVIL**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós

RAD. 110013199 002 2020 00282 01

Sería del caso resolver sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada el dieciséis de diciembre de 2021 por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades; pero, al hacer la revisión del expediente se encuentra que en esa entidad la radicación asignada fue **2021-800-102**, de manera que la dada en esta instancia, no coincide con esos datos. En cualquier caso, nótese que no hay identidad de demandantes, actuaciones, y fecha de sentencia, así como del extremo procesal apelante, con el proceso al que en esta Corporación se le asignó el radicado 11001319900220200028202, por tanto, al tratarse de actuaciones independientes y diferentes, es necesario, que por la Secretaría se adopten las medidas correctivas idóneas, asignando en cada caso la radicación correspondiente.

Hecho lo anterior, ingrédese el expediente al Despacho para lo pertinente.

CÚMPLASE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

1ae76727779f2f4134a65460c10e03d1ed1d186e524fb6c20cdf88ab2a7efa2c

Documento generado en 25/02/2022 08:55:26 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
SALA CIVIL**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil veintidós

RAD. 110013199 002 2020 00282 02

Sería del caso resolver sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia dictada el veintinueve de noviembre de 2021 por la Delegatura de Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades; pero, al hacer la revisión del expediente se encuentra que no hubo ninguna actuación previa cumplida ante este Tribunal, por lo que la radicación del proceso con el consecutivo “02” no corresponde con la realidad.

Por Secretaría realícese nuevamente la radicación correspondiente, atendiendo lo anotado. Hecho lo anterior, ingrésese el expediente al Despacho para lo pertinente.

CÚMPLASE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c04cafefa5b3e470f441cc4ef9b79bdf2e44773db395c4710ae2bb580e39f856

Documento generado en 25/02/2022 08:44:45 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **110012203000202200376 00**
DEMANDANTE : **BANCOLOMBIA S.A.**
DEMANDADO : **FRANCISCO JAVIER RUEDA**
ASUNTO : **CONFLICTO DE COMPETENCIA**

Decide el Tribunal lo correspondiente al “*conflicto de competencia*” suscitado entre los Juzgados 34 Civil Municipal y 40 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, ambos de Bogotá, para conocer del asunto del epígrafe.

ANTECEDENTES:

1. En providencia del 17 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro Civil Municipal de Bogotá rechazó la demanda ejecutiva que presentó Bancolombia S.A., y ordenó remitir la misma a los Juzgados de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de esta localidad, por tratarse de un asunto de mínima cuantía.

2. La actuación fue enviada al Juzgado Cuarenta de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá, autoridad que en decisión del 12 de noviembre de la anualidad pasada, resolvió no avocar conocimiento, porque de la revisión de “*la demanda, los documentos allegados como base de la acción y efectuada la liquidación de las obligaciones cobradas a la fecha, se concluye en forma clara que la cuantía supera el límite establecido para el conocimiento de los asuntos por los juzgados de pequeñas causas y competencia múltiple, no siendo este despacho el competente por razón de la cuantía, para conocer de la acción iniciada*”; por lo tanto, dispuso: “**RECHAZA** la presente demanda, por falta de competencia en razón de la cuantía y se ordena su remisión

al señor Juez Civil Municipal de esta ciudad”.

CONSIDERACIONES

1. Desde el pórtico de la discusión, advierte este Tribunal que carece de competencia para dirimir el conflicto suscitado entre los Juzgados Treinta y Cuatro Civil Municipal y Cuarenta de Pequeñas Causas y de Competencia Múltiple, toda vez que el Superior Funcional de las sedes judiciales antes citadas, es el Juez Civil del Circuito.

En efecto, no puede perderse de vista que conforme al artículo 139 del Código General del Proceso establece que “[s]iempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo a que estime pertinente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación. Estas decisiones no admiten recurso”.

2. Entonces, queda claro, sin lugar a dudas, que corresponde a los Juzgados Civiles del Circuito conocer del conflicto de competencia de marras, autoridad a la cual se le remitirá la actuación, para lo de su cargo.

En consecuencia, se dispone:

PRIMERO: REMITIR, de manera inmediata, el expediente digital a la Oficina de Reparto de la ciudad de Bogotá, para ser repartido entre los juzgados civiles del circuito de esta localidad.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE lo aquí resuelto a los interesados, por el medio más expedito, y, líbrese las demás comunicaciones pertinentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado

(00 2022 00376 00)

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9fded80b3f57394316ffbef5c6c23dcb1b6076d7defe24a57e5af85e8c0ff36a

Documento generado en 25/02/2022 08:20:24 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veinticuatro de febrero de dos mil veintidós.

Radicado: 11001 31 03 028 2019 **00248** 01

Se admite, en el efecto **DEVOLUTIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá en audiencia celebrada el 13 de octubre de 2021, dentro del proceso reivindicatorio de Marcela Garnica Ospina contra Mauro de Jesús Restrepo Montoya.

Cabe advertir que, de conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, los apelantes cuentan con el término de cinco (5) días, a partir de la ejecutoria del admisorio, para sustentar los precisos reparos en los que fundamentaron sus recursos de apelación, y que si se presentan tales sustentaciones, la parte no apelante tiene cinco (5) días para la réplica.

NOTIFÍQUESE
El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 028 2019 00248 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena
Magistrado
Sala 019 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **d6c9a1f02062ec4c770164f063f16d31009c39e83b74e1592f7682a37944d4bf**
Documento generado en 24/02/2022 05:06:40 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada Ponente

Bogotá D.C, febrero veinticinco (25) de dos mil veintidós (2022)
(Discutido y aprobado en sesión de 23 de febrero de 2022)

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia de agosto 22 de 2018, proferida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor, en el proceso verbal de Ethos Soluciones de Software S.A. contra la Cooperativa para el Bienestar Social -Coopebis Limitada-.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda y los hechos

1.1.-La demandante pidió declarar que la convocada vulneró sus derechos de autor por el uso indebido del programa de software protegido

Verbal (derechos de autor) No. 05-2017-37135-01
Ethos Soluciones de Software S.A. contra Coopebis Ltda.

CYGNUS de dominio y distribución de Ethos Soluciones de Software S.A.; en consecuencia, se condene al pago de \$2.000.000.00 por lucro cesante desde el 8 de julio de 2016, los cuales corresponden al dinero con el que se ha enriquecido la Cooperativa demandada por el uso ilegal del mismo.

1.2. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó, en síntesis, los siguientes:

Ethos Soluciones de Software S.A. tiene la propiedad intelectual de los programas de software registrados ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor “Sircoa+, Simco Plus, Cygnus Solidario”. El software en esencia permite la operación de entidades solidarias.

Entre julio 31 de 2008 y julio 8 de 2016 celebró con la demandada varios contratos de licenciamiento de los productos Sircoa+, Simco Plus, Cygnus Solidario y la prestación de servicios de “implantación, personalización, capacitación estabilización del software”. La implantación del sistema fue realizada por personal de la actora. Ninguno de los contratos incluyó el derecho a modificar el código fuente del sistema.

Pese a ello, tras realizar una auditoría a la convocada, el estudio reveló que aquella vulneró los derechos de autor, al contratar personal no autorizado para el mantenimiento y consulta del programa, emplear una aplicación externa a Cygnus con la que se conectó a la base de datos,

usó, modificó librerías, rutinas e interfaces propios del software, sin autorización ni licencia de la fabricante del aplicativo.

Refiere la sociedad actora que, el lucro cesante deriva del “uso ilegal y usurpación del software” por la modificación del código fuente a partir del 8 de julio 2016, fecha de terminación del contrato de prestación de servicios (folios 1 a 10 del cuaderno 1).

2. La defensa

En su oportuna contestación a la demanda, la Cooperativa accionada se opuso a las pretensiones, por cuanto afirma que no vulneró los derechos de autor del convocante. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó “ausencia de vulneración a los derechos morales o patrimoniales de autor del demandante”, “uso debido del software licenciado de acuerdo con los objetivos”, “vigencia de la relación contractual entre las partes”, “inexistencia de la obligación de indemnizar”, “carencia de derecho” y genérica (folios 161 a 181, cuaderno 1).

Sostuvo que el contrato de prestación de servicios de soporte y mantenimiento suscrito entre las partes está vigente a la fecha de contestación del libelo y la demandante aún factura por el servicio.

Rechazó la tasación de los perjuicios considerándola “absurda, desmedida y desproporcionada” frente a la vigencia y pago de los servicios contratados y la tasación anticipada establecida en las cláusulas penales. Aseveró que no existe lucro cesante, porque la actora continuó recibiendo pagos del contrato que aduce terminado.

Tampoco se enriqueció ni usurpó el software por el simple uso de acuerdo con lo pactado y no modificó el código fuente. Explicó que, pese al presunto registro formal del software del demandante, aquel no es de su absoluta autoría porque parte de un software libre (Centura).

Alegó que, por el pésimo servicio de implantación de algunos módulos, como el de tarjeta débito, en marzo 6 de 2017 el ingeniero Wilson Castro fue a la cooperativa para validar su funcionamiento, lo que la llevó a valorar la contratación de un software de otro proveedor. Señaló que el documento que presentó la demandante como prueba de una auditoría pedida por la cooperativa fue adulterado, ya que es diferente al que la actora le entregó como resultado de dicha auditoría.

Insistió en que no contrató personal externo, no usó ninguna aplicación externa y el uso del software se ha limitado a lo pactado, sin perjuicio de las capacitaciones dadas por la demandante a su personal “para que usara, manipulara y tratara al sistema con el fin cumplir los objetivos y funcionalidades para el que fuera contratado”. Arguyó que la aplicación instalada tenía como propósito hacer funcional el software de acuerdo con lo contratado, no comercializarlo o explotarlo.

Verbal (derechos de autor) No. 05-2017-37135-01
Ethos Soluciones de Software S.A. contra Coopebis Ltda.

3. La sentencia apelada

Agotada la tramitación propia de la instancia, el funcionario de conocimiento accedió a las pretensiones, tras encontrar demostrado que la parte demandada infringió el derecho de transformación de la demandante, estableció la condena al pago de \$117.000.000 por indemnización de perjuicios a título de lucro cesante.

Declaró fundada la excepción de mérito de abierta desproporción de la indemnización e infundadas las demás. Condenó a la demandante al pago de \$188.300.000 a favor del Consejo Superior de la Judicatura - Dirección Ejecutiva de Administración Judicial por la sanción del artículo 206 inciso 4 del CGP y en costas a la demandada.

El *a quo* estructuró el problema jurídico en determinar **i)** la existencia de la obra supuestamente vulnerada, **ii)** la legitimación por activa **iii)** si existió la infracción, y **iv)** si se cumplen los presupuestos de la responsabilidad civil para ordenar el pago de una indemnización y su cuantía.

Encontró probada la existencia de la obra protegida. Recordó las normas que regulan los derechos de autor, aludió a la definición de obra y de programas de computadora contenidas en la Decisión Andina 351 de 1993. Adujo que la existencia de la obra se colige de los contratos de

licencia y prestación de servicios, el reconocimiento de las partes, el certificado de registro del software Cygnus Solidario y la presunción contenida en la referida decisión andina.

Comprobó la legitimación por activa de la demandante. Preciso que la sociedad Ethos persigue la protección de derechos patrimoniales, en concreto, el de autorizar o prohibir cualquier transformación o modificación del software protegido. De ahí que, esté legitimada por activa, en calidad de titular derivado de la obra -Cygnus Solidario, como da cuenta el certificado de inscripción del software.

En cuanto la infracción frente al software protegido asentó que el derecho de autor origina dos derechos, morales y patrimoniales, que facultan al titular de la obra a prohibir cualquier uso o explotación. Infirió de los hechos de la demanda, que lo pretendido es la protección del derecho de transformación, adaptación o modificación de software.

Al respecto, aludió a la definición de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual, de derecho de transformación, como cualquier modificación de una obra existente que puede o no dar lugar a una obra derivada. Recalcó que conforme la Decisión Andina y la Ley 23 de 1982, el autor puede autorizar la creación de obras derivadas, mediante modificación, pero cualquier alteración se supedita a la autorización del titular. Preciso que el propietario de un ejemplar de software puede realizar una copia o adaptación si es indispensable para su uso, es decir,

no se considera transformación la modificación del programa para el empleo propio.

Explicó que, en su criterio, los informes de auditoría aportados por las partes coinciden en que hubo desarrollos no autorizados del software, en contravía de la garantía y de lo pactado. En cuanto a las diferencias entre los informes de auditoría presentados, concluyó que el arrimado por la demandante parece una complementación del entregado a la convocada.

Sostuvo que en el interrogatorio de parte el representante legal de la actora -uno de los desarrolladores del software y autor de la auditoría- explicó el hallazgo de funcionalidades externas realizadas al parecer por el anterior jefe de sistemas de la demandada, sobre el punto se presentaron las siguientes observaciones: software adicional pero en uso de CYGNUS, archivos que no son de la empresa actora, incluso el técnico de la convocada mostró los programas que no son de CYGNUS, instalados en el servidor de COOPEBIS además, explicó que el software se divide en 90 módulos, la actora compró 40, funcionan 30, cada uno con un menú diferente o *funcionalidades*, construidas como un tejido de red, que hubo modificación en la estructura de la base de datos, por ejemplo, del aplicativo de tarjetas de crédito y débitos.

Asentó que la representante legal de la demandada fue superficial en sus explicaciones, con carácter de confesión respecto de la modificación de Cygnus Solidario hecha al parecer por los técnicos de la cooperativa.

Consideró con base en lo anterior, que las modificaciones al software protegido no fueron cuestionadas y corresponden a la realidad.

Concluyó que se realizaron modificaciones consistentes en funcionalidades externas al programa en relación con varios procesos, entre ellos, el de tarjeta débito, mediante archivos ejecutables que invocan librerías rutinas y bases de datos de Cygnus. Precisó que la demandada buscó un beneficio económico, tras privar a la actora de autorizar o prohibir la modificación de su obra por una contraprestación económica, y modificar el software con sus propios desarrolladores para obtener un precio favorable.

Bajo estos razonamientos, halló demostrados con certeza los presupuestos de la responsabilidad civil subjetiva (conducta, culpa, daño o perjuicio y nexo causal) para ordenar la indemnización de los perjuicios. Aseveró que se demostró la afectación al derecho patrimonial de transformación en cabeza de la demandante.

Consideró frente al elemento subjetivo que existió una omisión consiente del deber de cuidado, ya que en materia de derechos de autor quien desea utilizar una obra protegida tiene el deber de solicitar la respectiva autorización, y esto no se hizo. Refirió que hubo daño, de carácter material, que impidió al titular de la obra ejercer la facultad exclusiva de autorizar o prohibir su utilización y obtener una contraprestación. En cuanto al nexo causal sostuvo que las modificaciones a las

funcionalidades del software son causa adecuada de la vulneración a los derechos patrimoniales de la actora.

Frente a la indemnización, expuso que la Decisión Andina no dice como establecerla; sin embargo, como en el presente caso, la actora pidió \$2.000.000.00 por lucro cesante –precio del software en el mercado– causado durante los nueve (9) meses que la demandada lo utilizó y, ésta última, no realizó una objeción razonada del juramento estimatorio, ni especificó la inexactitud de la estimación, no era posible acceder a lo pretendido.

Empero, afirmó que, de la valoración conjunta de las pruebas legal y oportunamente aportadas por las partes, era factible colegir que la demandante no estimó de forma razonada la indemnización, sin necesidad de decretar una prueba de oficio. Lo anterior, por cuanto el representante legal de la demandante confesó que rara vez la empresa vende el código fuente y cuando lo hace lo cobró a cuatro o cinco veces el valor del proyecto.

La estimación en la demanda se hizo con base en lo que cuesta en el mercado de software uno con las características señaladas, que se hubiera obtenido sin la violación, de julio 8 de 2016 a la presentación de la demanda. El juramento sólo tuvo en cuenta el precio del mercado, que, de conformidad a lo dicho por el representante legal de la parte demandante, corresponde a cinco veces el proyecto.

El valor del contrato 29 es de \$16.200.000, más la fase de implementación y desarrollo \$7.200.000, ambos suman un valor total de \$23.400.000. Con esa última suma más la afirmación de la actora de que el código fuente cuesta cinco veces el valor del proyecto, infirió que una tasación razonable de los perjuicios equivaldría a \$117.000.000. Y, como el demandante excedió en más de un 50% la cantidad estimada, la condenó a pagar a favor del Consejo Superior de la Judicatura la suma de \$188.300.000.

4. El recurso de apelación

Ambas partes se mostraron inconformes con lo así resuelto, por lo que interpusieron el recurso de apelación que se desata, con soporte en los argumentos que a continuación se describen.

4.1. Demandante

Señaló que la indemnización de perjuicios se calculó en forma incorrecta, pues se tomó en cuenta el dicho de su representante legal -Daniel Fernando Cortés-, pero él manifestó no tener elementos de juicio para respaldar el cálculo, quien en repetidas ocasiones señaló no saber cómo se tasó, por escapar tal tópico de su formación académica.

Además, se tomó como base de la estimación el valor de las horas de trabajo para un proyecto en específico, asumiéndose, que el número de horas cotizadas eran 60, sin tener en cuenta la complejidad del negocio.

Aseguró que la demandada no se opuso en forma válida al juramento estimatorio, por lo que constituye la prueba del perjuicio, “máxime si el análisis del Juez no se sustentó en pruebas idóneas que respaldaran que la cuantificación fuera notoriamente injusta, ilegal o que se sospechara de fraude, colusión o cualquier situación similar”.

Acusó de ligero el cálculo en tanto en la demanda “se reclamó tanto el lucro cesante pasado, como el futuro”, no incluyó la indexación ni IVA, mencionó la interpretación del Tribunal Andino, y jurisprudencia, para sostener la necesidad de replantear los criterios utilizados por el a-quo para tasar los perjuicios. Anotó que el funcionario debió decretar en forma oficiosa las pruebas necesarias para calcular el valor de la indemnización objeto del litigio.

Insistió que no se justificaba la sanción, porque en el expediente no obran pruebas que desvirtúen el cálculo del juramento estimatorio, y los criterios de la decisión no se ajustaron a la magnitud del proyecto, ni a la cantidad de horas invertidas.

4.2. Demandada

Finca su inconformidad en que ninguna prueba da cuenta de las presuntas modificaciones al software y como quiera que éste no era funcional, se pidió la auditoría de buena fe, pese a ello, se instaura la demanda sin existir ningún daño probado.

Recalcó que, si en gracia de discusión, se aceptaran tales modificaciones al software, estas se circunscribían a que este fuera funcional y cumpliera con los objetivos contratados, en tanto no funcionó adecuadamente, pese a pagarse los servicios de mantenimiento y soporte.

Refirió que el informe de auditoría fue alterado por la demandante, y el presentado no tiene sustento fáctico, técnico u objetivo; además, el representante legal de la demandante aceptó que la Cooperativa no realizó copias, reproducciones o comercializaciones al software, ni obtuvo beneficios por su uso.

Insistió en la inexistencia de perjuicios. Asentó que, conforme los artículos 24 y 27 de la Decisión Andina y la interpretación judicial allegada, cualquier ajuste que se haya tenido que hacer al software, de aceptarse, sólo pretendió cumplir los objetivos pactados, sin beneficio económico porque no hubo comercialización ni reprodujo o se atribuyó ningún tipo de autoría del programa.

II. CONSIDERACIONES

5. Presupuestos procesales

No existe defecto formal o material del proceso que impida una sentencia de mérito. La Sala es competente para conocer del asunto y puede resolver sin limitaciones, en razón a que ambos extremos procesales apelaron la sentencia.

6. Los problemas jurídicos a resolver

En esencia los motivos de inconformidad invocados por los recurrentes son los siguientes: i) La existencia de la infracción de acuerdo con lo pretendido y lo excepcionado en el litigio; de ser el caso ii) establecer la cuantía del perjuicio y la iii) razonabilidad de la sanción impuesta al demandante con fundamento en el artículo 206 del CGP.

6.1. La protección del software y la propiedad intelectual en Colombia.

Las creaciones del intelecto como bienes inmateriales se ubican en los denominados derechos de propiedad intelectual, entre los cuales se incluyen los derechos de autor, que pretenden proteger la obra como un fin en sí mismo, al margen de su utilidad o aplicación práctica. Así

concebidos comprenden dos privilegios sobre la obra: los derechos morales y los derechos patrimoniales.

Los primeros *“hacen referencia particularmente a las prerrogativas que le son propias a una persona por efectos de una actividad de creación”*, los segundos a la *“facultad exclusiva del autor o sus herederos o causahabientes, de efectuar cualquier explotación económica que de la obra pueda hacerse”*¹.

En ese contexto, el artículo 61 de la Constitución Política impone como deber del Estado proteger la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades previstas en la legislación. A su vez, la Ley 23 de 1982 y la Ley 44 de 1993, y la Decisión 351 de 1993 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, componen el marco normativo que regula lo concerniente a los derechos de autor y derechos conexos. De conformidad con lo anterior, el objeto de protección del derecho de autor es la obra, que comprende todas las creaciones del espíritu *“cualquiera que sea el modo o forma de expresión y cualquiera que sea su destinación”* (art. 3).

Ahora bien, los avances en las tecnologías de la información han permitido el progreso en diferentes áreas del conocimiento, pues muchas

¹ Fernando Charria García. Derechos de autor en Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2001. Pag.43 y siguientes.

de las actividades que hacemos día a día involucran un computador o algún otro aparato programable que junto a un software nos permiten realizarlas de una forma mucho más fácil. El software de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española se define como “un conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora”, por ejemplo: excel, word, los navegadores de internet, etc”.

En Colombia el artículo 1 del Decreto 1360 de 1989 señala que el soporte lógico o software, es parte de la propiedad intelectual y su protección se justifica, porque después de que es inventado, es sencillo reproducirlo sin requerir de grandes inversiones, dejando a sus creadores en imposibilidad de recobrar el dinero, el tiempo utilizado, y mucho menos obtener beneficios económicos.

En el ámbito comunitario, al tenor de la Decisión 351 de 1993 (Acuerdo de Cartagena) los programas de ordenador “*se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto*” (art. 23).

Así, es indudable que los programas de ordenador o software son objeto de protección del derecho de autor, al igual que cualquier obra literaria o creación del intelecto humano².

Respecto la indemnización de daños y perjuicios en asuntos de esta naturaleza, el artículo 75 de la Decisión 351 refiere que *“La autoridad nacional competente, podrá asimismo ordenar lo siguiente: a) El pago al titular del derecho infringido de una reparación o indemnización adecuada en compensación por los daños y perjuicios sufridos con motivo de la violación de su derecho”*, de lo que se infiere que dicha indemnización no es obligatoria, en tanto debe probarse el daño y la relación de causalidad entre la infracción al derecho de autor y el perjuicio cuya reparación se solicita, pues *“la existencia del perjuicio es de tal trascendencia que su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad”*³.

De suerte, que la demandante tiene la carga procesal de probar que sufrió un daño personal y cierto, que guarde relación causal directa con la conducta infractora endilgada, pues al margen de tratarse de infracción

² Así, al tenor de artículo 23 la Decisión 351 de 1993 los programas de ordenador *“se protegen en los mismos términos que las obras literarias. Dicha protección se extiende tanto a los programas operativos como a los programas aplicativos, ya sea en forma de código fuente o código objeto”*; de igual modo, el artículo 1 del decreto 1360 de 1989 señala que el soporte lógico o software se considera como una creación propia del dominio literario.

³ El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés. Juan Carlos Henao. Universidad Externado de Colombia. Página 38.

de derechos de autor, o del sistema de responsabilidad civil que se aplique, el daño es presupuesto básico de toda reclamación de indemnización de perjuicios.

6.2. Análisis del caso concreto

Con base en el anterior marco normativo, por secuencia lógica, se analizará primero la inconformidad de la parte demandada, en tanto, se ataca la existencia misma de la infracción y del perjuicio en que se fundó la actora.

La recurrente demandada señaló que no hay ninguna prueba de la modificación del software objeto de registro, y en todo caso, cualquier adaptación que se hizo, tuvo como propósito hacerlo útil. Así, la controversia gira en torno a determinar si la Cooperativa modificó el software objeto del litigio sin autorización, o simplemente lo adaptó para solucionar una necesidad propia.

En ese orden, comiencese por memorar que conforme el artículo 23 de la Decisión Andina 351, “los autores o titulares de los programas de ordenador podrán autorizar las modificaciones necesarias para la correcta utilización de los programas”, lo que reafirma la regla general de la potestad del autor de oponerse a cualquier modificación de su obra, sin perjuicio de la facultad de autorizar a cualquier persona la realización de adaptaciones necesarias para el correcto funcionamiento de éste.

Bajo este criterio, no hay duda de que, en principio, los medios de prueba permiten establecer que, Coopebis intervino el software creado por Ethos. Dicha conclusión se apoya en el documento “informe de auditoría a la plataforma tecnológica”, ratificado por el señor Daniel Fernando Cortés González –interrogatorio de parte-, que arroja los resultados en la visita técnica solicitada por la convocada, en el que se hallaron funcionalidades distintas al software protegido, las que modificaron la estructura de la base de datos de Cygnus. Dicho declarante explicó que en los procesos operativos en tarjetas débito, encontró modificaciones a la estructura de la base de datos que forma parte del sistema, al cual le habían agregado objetos o tablas adicionales. De igual forma relató que *“la otra prueba fue que vi los archivos fuentes, él (el jefe de sistemas de Coopebis) me mostró los programas que están utilizando que no son del sistema instalados en el servidor de ustedes o sea el servidor de COOPEBIS, con una herramienta de desarrollo que no tiene licencia, porque también me la mostró que ahí estaba, y pues yo ayude a la construcción del software, pues como dije al principio, llevó 26 años, yo sé cuáles son los sistemas cuáles son el software, qué tiene y cuál no, como los estándares, y esos no eran nuestros”*. De lo anterior, como anotó el *a quo*, se puede inferir que la demandada desplegó una conducta para intervenir el software, por lo menos para el módulo de tarjeta débito.

Ahora bien, conforme la Decisión Andina 351 el software puede modificarse para su correcta utilización si se tiene la autorización del autor, o en todo caso, puede adaptarse sólo para el uso del adquirente o

persona autorizada. La convocada insistió en que, de haberse hecho cualquier adaptación fue para hacer funcional el programa dadas sus múltiples fallas, en ese contexto, es de especial atención para el presente asunto el elemento “*daño*” o perjuicio, pues, para el *A-quo* se logró probar, mientras que, para la demandada, no hay suficiente evidencia en torno a su configuración.

En este punto es necesario precisar que, al margen del sistema de responsabilidad civil que se aplique al caso concreto, no hay responsabilidad sin daño, al respecto ha precisado la Corte Suprema de Justicia en jurisprudencia de vieja data:

“el perjuicio es uno de los elementos esenciales constitutivos de la responsabilidad civil, sin cuya existencia y demostración no cabe decretar indemnización alguna, porque en el campo extracontractual la ley no lo presume. Sin daño fehacientemente comprobado no nace a la vida jurídica la obligación de indemnizarlo. Y conforme las reglas generales de derecho procesal, **es al demandante en la acción indemnizatoria a quien corresponde demostrar en forma plena y completa la existencia del daño para que así sea posible imponer al demandado, cuyo hecho delictuoso o culposo lo ocasionó, el deber consecuencial de repararlo**” (Casación, abril 26 de 1947, LXII,136).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 4 de abril de 2001, asentó:

“resulta imperativo para la prosperidad de las pretensiones esgrimidas por la parte actora, que los elementos que la estructuran se encuentren debidamente comprobados, entre ellos, por supuesto, **el daño, requisito que, *mutatis mutandis*, se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, a fuer de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual, habida cuenta que ‘Si no hay perjuicio’, como lo puntualiza la doctrina especializada, ‘...no hay responsabilidad civil’⁴**, en la inteligencia de que converjan los restantes elementos configurativos de la misma, ellos sí, materia de aguda polémica en el Derecho comparado, toda vez que su señera materialización, por protagónico que sea el ‘rol’ a él asignado, es impotente para desencadenar, *per se*, responsabilidad jurídica.

⁴ PHILIPPE LE TOURNEAU, La Responsabilité Civile, Dalloz, 1.982, París, p. 156. En sentido muy similar, el doctrinante español Jaime Santos Briz, recuerda que, “..no puede hablarse de responsabilidad contractual ni extracontractual si no se ha causado un daño a alguien”. La Responsabilidad Civil, Montecorvo, Madrid, 1.981, p. 123.

En este sentido ha sido explícita la jurisprudencia de la Sala, señalando que, “dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, **es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se de responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél**, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria”⁵ (negrilla del Tribunal)

Desde esa perspectiva, para la Sala no luce correcta la decisión del *A-quo*, pues en el *sub judice* si bien se evidenció el despliegue de un comportamiento, en sí mismo –modificación del software-, éste no alcanza a tener el carácter de daño indemnizable.

En efecto, el fallador de primer grado fundamentó su decisión en tres medios de probanza, el informe de auditoría aportado con la demanda, lo dicho por el representante legal de la demandante respecto de las modificaciones al programa Cygnus Solidario, y la presunta confesión de

⁵ Sentencia referida en la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil. Proceso ordinario de Víctor Manuel Melgarejo contra Carlos Homero Torres Espejo y otros. M.P. Marco Antonio Álvarez Gómez.

la representante legal de la convocada en lo que respecta a dicha alteración. Sin embargo, no puede pasarse por alto que, a criterio de la Sala, las consideraciones del *A-quo* en torno a que las explicaciones de la representante legal de la demandada eran superficiales y sin respaldo, no son de recibo; por el contrario, lo que precisa la versión es que la absolvente fue clara, responsiva y enfática al negar cualquier alteración al software Cygnus Solidario con fines de aprovechamiento por parte de la cooperativa, al señalar que el programa objeto de licencia fue usado exclusivamente por la convocada, por ende, contrario a lo manifestado en el fallo, tal dicho aclara que lo que se hizo fue una adaptación para el uso y funcionalidad, en su condición de autorizada de acuerdo con los contratos suscritos.

De esta forma, no resulta admisible para determinar la existencia del daño, la sola afirmación del representante legal de la demandante, pues *“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”*⁶; esto es, se estaría fabricando su propia prueba, lo que no es aceptado en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto una decisión judicial no puede *“fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones”*, porque sería *“desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo, sea muy acrisolada la solvencia moral que*

⁶ CSJ, Cas. Civil, sentencia de julio 27 de 1999, Exp. 5195. M.P. Nicolás Bechara Simancas

*se tenga*⁷. Nótese que la versión del representante de la parte demandante no reconoce los problemas de funcionalidad que tenía el software y el deficiente mantenimiento de su parte.

En ese orden de ideas, si bien la auditoría dio un diagnóstico de modificación, no se demostró y, por ello, no se puede dar por sentado que la demandada alteró el código fuente del software Cygnus Solidario de la demandante para aprovecharse económicamente de tal circunstancia, pues tal conclusión, insístase, sólo se apoyó en la propia manifestación del extremo activo soportada en la auditoría que realizó el representante legal, sin otros elementos de juicio que la respalden.

Por tal razón, esta Sala se aparta de la conclusión a que arribó el *A-quo*, al afirmar que la demandada persiguió un provecho económico, tras privar a la actora de su derecho de autorizar o prohibir, la modificación de la obra por una contraprestación económica, y adaptar el software con sus propios desarrolladores para obtener un precio más favorable, porque las pruebas no acreditan ninguno de esos hechos. Máxime, cuando una prueba pericial que hubiese sido idónea para acreditar la alegada modificación con fines distintos a su utilización, dadas las

⁷ Corte Suprema de Justicia. Casación civil de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pág. 405. Cita tomada de: Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Rad. 1100131990012015-21940-02 M.P. Iván Darío Zuluaga Cardona.

cuestiones técnicas e informáticas de que trata el libelo, brilla por su ausencia.

En todo caso, no obra ningún elemento de juicio del que se infiera que la convocada dio al software Cygnus Solidario un empleo distinto al exclusivo para adaptarlo y hacerlo funcional. Justamente, la demandada insistió en que, de haberse alterado el programa de software, se hizo en virtud de la licencia que adquirió para su uso exclusivo o propio, ello al tenor de lo dispuesto en el artículo 27 de la Decisión 351 de 1993⁸, sin que se haya desvirtuado tal versión.

Es decir, en el *sub judice* no se encuentra una base probatoria sólida respecto al daño causado con la modificación del software, toda vez que no se puede confundir el concepto de conducta o la alteración del mundo de los hechos, con el de daño que tiene la entidad de llegar a ser indemnizable para la responsabilidad civil, pues se necesita de un factor de imputación que sirva para explicarlo y tornarlo en ilícito, y es claro que conducta y daño, son elementos diferenciables con independencia conceptual.

Pero, además, aún de aceptarse que el documento de auditoría y los interrogatorios dan cuenta de alguna modificación de software Cygnus

⁸ Artículo 27.- “**No constituye transformación, a los efectos previstos en la presente Decisión, la adaptación de un programa realizada por el usuario para su exclusiva utilización**” -negrilla del despacho-.

Solidario, de igual forma no se podría acceder a la reparación pretendida, pues en el trámite no fue posible cuantificar o precisar el **perjuicio**.

Sobre este punto, en realidad no podría emplearse el monto estimado bajo juramento (\$2.000.000), pues no obra elemento de juicio que respalde la suma pretendida, más allá del alegato de la parte actora quien insistió simple y llanamente en esa cifra, con el argumento de que la contraparte no la objetó, olvidando que, como ha asentado la jurisprudencia civil, **“aunque en la demanda se hizo el juramento estimatorio, tal acto no relevaba a los actores de acreditar la existencia del perjuicio”**⁹, para efectos de la estimación de las

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. SC876-2018. Radicación n.º11001-31-03-017-2012-00624-01. M.P. Ariel Salazar Ramírez. En el mismo sentido, la Corte ha explicado que: **“por regla general cuyas excepciones son contadas, incumbe al demandante demostrar la existencia y cuantía del daño cuya reparación reclama, de modo que no le es dado a éste conformarse con probar simplemente el incumplimiento, por parte del demandado, de la obligación genérica o específica de que se trate, puesto que la infracción de esta no lleva ineludiblemente consigo la producción de perjuicios. Por consiguiente, “... ‘Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o 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 constituyen y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración’** (G.J. 2016, pág. 113). ... Que debe comprobarse ante todo la existencia real de los perjuicios se explica porque, con las únicas excepciones del cobro de intereses o de obligaciones con cláusula penal, en los cuales se estima que existe un reconocimiento y avalúo anticipados de ellos, **la regla general es la de que los perjuicios no se presumen y si la ley establece la obligación de indemnizarlos cada vez que se causen, no por ello se exonera del deber de comprobarlos a quien tal cosa solicita”**. (G. J. LXXXII, Pág. 695) -negrilla propia. Corte

pretensiones. Siendo que, además, al absolver interrogatorio el representante legal de la demandante dijo con vehemencia desconocer la forma en que la dependencia financiera de la empresa demandante calculó dicha suma.

Puestas en ese modo las cosas, se revocará la sentencia apelada, descartándose la necesidad de analizar los demás reparos, sin que, a juicio de la Sala, haya lugar a imponer alguna sanción con ocasión a la falta de demostración de estos (art. 206 del CGP).

Lo anterior, porque la imposición de la multa fijada en el precepto no es automática, requiere de un análisis juicioso de las razones por las cuales se negaron las pretensiones por no demostrarse los perjuicios, y, sólo en el evento de hallar que esto obedeció a mala fe o extrema negligencia del demandante la misma se abriría paso, lo que no ocurrió en el presente proceso.

Sobre esto, la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013 mediante la cual se declaró exequible en forma condicionada el artículo 206, asentó que *“si bien el legislador goza de una amplia libertad para configurar los procedimientos, no puede prever sanciones para una persona, a partir de un resultado, como el de que se nieguen las*

Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de julio veintisiete (27) de dos mil uno (2001). Magistrado Ponente: Jorge Antonio Castillo Rugeles.

Verbal (derechos de autor) No. 05-2017-37135-01
Ethos Soluciones de Software S.A. contra Coopebis Ltda.

pretensiones por no haber demostrado los perjuicios, cuya causa sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado”. Aplicando el precedente jurisprudencial mencionado, en este caso, no se advierte que la falta de prueba de los perjuicios obedeciera a la negligencia o mala fe de la parte actora.

7.- Conclusión

Puestas de ese modo las cosas, se revocará la sentencia por las razones que se acaban de anotar. Sin condena en costas en esta instancia.

III. DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha y origen prenotados, en su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda conforme se explicó en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas para las partes.

NOTIFÍQUESE

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Verbal (derechos de autor) No. 05-2017-37135-01
Ethos Soluciones de Software S.A. contra Coopebis Ltda.

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

fdd2aeca303d518b7302023a277dcbc9ff0c846808bad6bf4d592947
3844b6b8

Documento generado en 25/02/2022 03:09:43 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Verbal (derechos de autor) No. 05-2017-37135-01
Ethos Soluciones de Software S.A. contra Coopebis Ltda.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada Ponente

Bogotá D.C, febrero veinticinco (25) de dos mil veintidós (2022)
(Discutido y aprobado en sesión del 23 de febrero de 2022)

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia de septiembre 19 de 2019 proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso verbal de Krono Time S.A.S. contra Leonardo Bernal Morales y Miguel Antonio Alonso García.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

1.1. Krono Time SAS demandó a Leonardo Bernal Morales y Miguel Ángel Alonso García para que, previo el trámite del proceso verbal, se

decrete un nuevo canon mensual de arrendamiento del inmueble local comercial 134 del Centro Comercial Andino, ubicado en la Carrera 11 número 82-71 de esta ciudad.

También solicitó tener como valor de la renta mensual la suma de \$17.887.122 más IVA, a partir de enero 1° de 2018, reintegrar lo pagado de más desde esa fecha y condenar en costas a su contraparte.

1.2. Las pretensiones tienen como soporte los hechos que a continuación se resumen:

En diciembre 4 de 2012 la parte actora y Gavel Ltda. ajustaron un contrato de arrendamiento sobre el local comercial referido, destinado para la comercialización de joyería, bisutería y relojería.

Se pactó un término de cinco años desde enero 2 de 2013 con un canon de \$25.000.000 más IVA pagadero dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes.

En el contrato se acordó un incremento anual del canon del IPC más 2 puntos. En febrero 11 de 2014 Gavel Ltda. cedió su posición contractual en favor de los demandados.

Previo a la renovación del convenio -enero 1 de 2018- los demandantes convocaron a los demandados a un Centro de Conciliación, con el fin de

obtener la reducción del canon ante la difícil situación económica del comercio, pero no se llegó a ningún acuerdo.

La renta para la época de presentación de la demanda (\$32.843.654 más \$6.240.294 de IVA) resulta excesiva y onerosa, dada la reducción en las ventas del comercio minorista, el desinterés de los compradores, los problemas de movilidad del centro comercial, entre otros factores.

De acuerdo con el dictamen pericial que acompañó con el libelo, el canon mensual debe regularse en la suma de \$17.887.122, y reajustarse a partir de enero 1° de 2018 (folios 63 a 68 del cuaderno principal).

2. La defensa

Los demandados en forma oportuna se opusieron a las pretensiones y formularon los siguientes medios exceptivos: *“improcedencia de la aplicación del art. 519 del Código de Comercio, norma alegada por la parte demandante para incoar la presente acción”* y *“ausencia probatoria que acredite los fundamentos fácticos alegados por la parte atora como soporte de su acción”*.

Adujeron, en resumen, que los demandantes son contratantes incumplidos porque cancelaron el canon de arrendamiento por fuera de los cinco días pactados. Por ello, en septiembre 22 de 2017 interpusieron

demanda de restitución de inmueble arrendado que cursó en el Juzgado 33 Civil del Circuito y se encuentra para sentencia.

Afirmaron que no hubo conciliación previa sobre la negociación del canon porque la demandante no expuso con claridad los motivos de la citación, por ende, la conciliación se declaró fracasada.

Resaltaron que en diciembre 20 de 2012 las partes suscribieron un otrosí al contrato, según el cual, este no admitiría renovación ni prórroga, salvo que acordaran suscribir un nuevo convenio (cláusula décima), lo que no ocurrió.

Añadieron que el dictamen aportado con la contestación demuestra la realidad de la oferta comercial del mercado inmobiliario del sector (folios 175 a 192 del cuaderno principal).

3. La sentencia apelada

El a-quo en audiencia de septiembre 19 de 2019 profirió sentencia de mérito en la que declaró probada la primera excepción de fondo, negó las pretensiones y condenó en costas a la demandante.

Como sustento de la decisión, adujo en lo esencial, que:

Se demostró la legitimación de las partes, no hubo discusión acerca de la existencia del contrato y su otrosí, ni se cuestionó la cesión o la posición contractual de alguno de los intervinientes.

La cláusula décima del otrosí del contrato de arrendamiento es ineficaz, porque prohibir la prórroga o renovación contractual contraría normas imperativas de orden público (art. 518, 519, 520 del Código de Comercio). En esa medida, en principio es posible estudiar si hubo o no renovación del contrato.

La demandante acreditó haber pedido la reducción del canon de arrendamiento antes de la renovación -enero 1 de 2018-. Ante el conciliador se manifestó a los arrendadores la complicada situación del mercado. Las actas de la conciliación obrantes en el expediente y los testimonios recaudados dan cuenta de ese hecho.

Sin embargo, la parte actora incumplió el contrato porque no pagó en forma oportuna los cánones de arrendamiento, lo que se prueba con actuaciones del proceso de restitución de inmueble.

Por tal motivo, por la infracción del contrato, conforme el numeral 1° del artículo 518 del Código de Comercio se torna improcedente la renovación contractual. Esto conlleva la inviabilidad de estudiar las condiciones particulares del contrato de arrendamiento objeto del juicio (como el precio o el término), y el consecuente fracaso de las pretensiones.

4. El recurso de apelación

La parte demandante atacó la decisión y sustentó su inconformidad ante esta Corporación en la oportunidad de que trata el Decreto 806 de 2020, así:

4.1. La sentencia no reparó en que los demandados pese a radicar la demanda de restitución manifestando una presunta mora en el pago de la renta, siguieron recibiendo los cánones de arrendamiento sin rehusarse.

4.2. No hubo incumplimiento o mora que le sea imputable. Los cánones causados previos a la demanda de restitución del local arrendado se pagaron mediante transferencia electrónica a una cuenta del Banco BBVA informada por los arrendadores, los posteriores fueron consignados de manera oportuna en la cuenta del Banco Agrario a órdenes del juzgado del circuito.

II. CONSIDERACIONES

5. Presupuestos procesales

No existe defecto formal o material del proceso que impida una sentencia de mérito.

6. Análisis de los reparos

El estudio de la Sala en atención a la regla prevista en el artículo 328 del CGP, se encamina a determinar si procede o no la intervención judicial, para el reajuste en el canon de arrendamiento conforme se solicitó en el escrito de demanda.

Luego de analizadas las pruebas en contraste con los argumentos del recurrente, no puede llegarse a otra conclusión diferente a la arribada por el Juez A-quo en la sentencia cuestionada, como pasará a explicarse:

6.1. Dispone el artículo 1973 del Código Civil que el arrendamiento es un contrato en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el uso y goce de la cosa y la otra a pagar un precio como contraprestación.

A su vez, el artículo 1602 *ibídem* determina el efecto de las obligaciones entre las partes al disponer que: *“Todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, lo que nos indica que las convenciones acordadas libremente, permiten establecer el criterio de las obligaciones y derechos plasmados en el pacto cuyas cláusulas son contentivas de los compromisos concertados los que son ley para las mismas partes, salvo que pugnen con disposiciones de orden público o con prohibiciones legales.

6.2. En la ocurrencia de autos, la pretensión se dirige a obtener la regulación del canon de arrendamiento de un contrato mercantil, que tuvo como término inicial el período transcurrido entre febrero 2 de 2013 y enero 1 de 2018, el cual se reclama renovado por la parte demandante a partir de esta última fecha.

En lo referente a la renovación del contrato, el artículo 519 del Código de Comercio dispone: *“las diferencias que ocurran entre las partes en el momento de la renovación del contrato de arrendamiento se decidirán por el procedimiento verbal, con intervención de peritos”*. Es decir, si las partes no se ponen de acuerdo en las condiciones de la renovación, tienen la oportunidad de discutir las en proceso judicial, principalmente respecto del plazo y el valor del canon, siempre y cuando el contrato se encuentre vigente.

Bajo la anterior premisa, encuentra la Sala que, el contrato de arrendamiento que suscita la controversia no reúne el presupuesto de actualidad que exige la disposición acotada. En efecto, obra en el expediente la sentencia que profirió el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en agosto 27 de 2021 en la causa con radicación 33-2017-00611-00, correspondiente al proceso de restitución de inmueble arrendado impulsado por los arrendadores –aquí accionados- providencia que decretó la terminación del contrato de arrendamiento que origina este litigio, con fundamento en *el incumplimiento de los allí demandados*, disponiéndose la entrega del local en los veinte días siguientes a la

ejecutoria, decisión que adquirió firmeza cuando la jueza de conocimiento rechazó de plano la apelación interpuesta.

En ese pleito en forma sucinta, se alegó que Krono Time SAS infringió su obligación contractual de pagar de manera oportuna los cánones de arrendamiento, en específico los de junio, julio y agosto de 2017, encontrándose en mora respecto a la renta de septiembre de ese año a la fecha de radicación de la demanda (folio 28, cuaderno proceso restitución).

La aludida sentencia tuvo como soporte, en lo medular, el hecho de que la sociedad arrendataria aceptó en las cláusulas cinco y quince del contrato de arrendamiento renunciar a la constitución en mora *“y por tal circunstancia el hecho de no cumplir con su obligación, ósea de pagar el precio, dentro del término convenido por causa imputable única y exclusivamente al arrendatario de forma inmediata lo pone en mora y no en retardo, con base en el artículo 1608 del Código Civil”*¹. De ahí, que, para la funcionaria judicial, el pago a destiempo recibido por el acreedor no desdibuja el incumplimiento *“ni tiene la virtualidad para borrar la huella de la mora”*.

6.3. De esta forma, como finalizó el contrato de arrendamiento por la causal prevista en el numeral 2º del artículo 518 del Código de Comercio, el pacto que soporta este pleito no se pudo renovar. Por tanto, al tenor

¹ Audiencia de instrucción y juzgamiento, minuto 21:51 a 22:36.

del artículo 519 ibídem, resulta inviable adentrarse en la discusión del reajuste aquí suplicado.

Lo expuesto conlleva a que se confirme la decisión de primer grado, en tanto, en el caso concreto no se configuran los presupuestos para pedir la regulación, máxime cuando los reparos de la apelante se encaminan a discutir el hecho de la mora y la falta de incumplimiento de la sociedad arrendataria, asuntos que, insístase, fueron objeto de pronunciamiento en el juicio de restitución del local comercial.

Finalmente, por mandato del numeral 4º del artículo 365 del CGP, se condenará en costas de esta instancia a la parte vencida.

III. DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

IV. RESUELVE

PRIMERO. Confirmar la sentencia de fecha y origen prenotados.

SEGUNDO. Condenar en las costas del recurso a la parte recurrente. Por concepto de agencias en derecho se fija la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Adriana Saavedra Lozada

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingenieria
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

ef7bf6c6b2494fe7d2ef33db9fb993b59e62728be6b3be744e8e9e5d9f
c3c17b

Documento generado en 25/02/2022 03:09:15 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós

Proceso: Verbal
Demandante: Promotora Vivir S.A.S.
Demandada: Pedro Gómez y Cía. S.A.
Radicación: 110013103033201900458 01
Procedencia: Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de auto.

Revisado el expediente puesto a disposición, si bien hay dos autos que fueron objeto de recursos ordinarios, sólo respecto de uno aparece resuelto el principal. Por lo demás, no aparece oficio remisorio por parte del Secretario del Juzgado en que se indique cuales las providencias objeto de apelación y su ubicación en el plenario que remiten.

Por lo tanto se dispondrá la devolución de la actuación al juzgado de origen, conminando a la Juez de primera instancia para que en uso de sus poderes de ordenamiento e instrucción, ejerza control de legalidad de la actuación y resuelva los recursos interpuestos.

Adicionalmente, ha de instruir al personal de la Secretaría del Juzgado a su cargo para que atienda cabalmente los protocolos establecidos para la digitalización del expediente, el cual ha de ser debidamente organizado, con los archivos en formatos legibles y descargables, cumpliendo las disposiciones señaladas en la circular PCSJC20- 27 del Consejo Superior de la Judicatura, en la que se consideró claramente que se debe mantener la integridad, unicidad, fiabilidad y disponibilidad del expediente.

Por la Secretaría de la Sala procédase de conformidad.

Cúmplase,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

**Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **0c2905ba7f4a96960fc7efdb99952c2473409053429e866af60a1cf8109929b6**

Documento generado en 25/02/2022 02:22:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós

Proceso: Verbal
Demandante: Promotora Vivir S.A.S.
Demandada: Pedro Gómez y Cía. S.A.
Radicación: 110013103033201900458 02
Procedencia: Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación de auto.

Revisado el expediente puesto a disposición, si bien hay dos autos que fueron objeto de recursos ordinarios, sólo respecto de uno aparece resuelto el principal. Por lo demás, no aparece oficio remisorio por parte del Secretario del Juzgado en que se indique cuales las providencias objeto de apelación y su ubicación en el plenario que remiten.

Por lo tanto se dispondrá la devolución de la actuación al juzgado de origen, conminando a la Juez de primera instancia para que en uso de sus poderes de ordenamiento e instrucción, ejerza control de legalidad de la actuación y resuelva los recursos interpuestos.

Adicionalmente, ha de instruir al personal de la Secretaría del Juzgado a su cargo para que atienda cabalmente los protocolos establecidos para la digitalización del expediente, el cual ha de ser debidamente organizado, con los archivos en formatos legibles y descargables, cumpliendo las disposiciones señaladas en la circular PCSJC20- 27 del Consejo Superior de la Judicatura, en la que se consideró claramente que se debe mantener la integridad, unicidad, fiabilidad y disponibilidad del expediente.

Por la Secretaría de la Sala procédase de conformidad.

Cúmplase,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

**Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ef9dbb1766a4022245909ef68fde46899b2ed75b791278103c6f3403e90f3d13**

Documento generado en 25/02/2022 02:22:50 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión según acta de 16 de febrero de 2022.

Proceso: Verbal.
Demandante: Iris Violeta Escobar León
Demandada: Celina Martínez Tamayo
Radicación: 11013103028201800098 01
Procedencia: Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.
SC-006/22

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandada contra la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021 por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. La señora Iris Violeta Escobar León, a través de apoderado judicial, instauró demanda en contra de la señora Celina Martínez Tamayo en la que planteó como pretensiones principales¹:

1.1. Declarar la nulidad del contrato de promesa de compraventa celebrado entre Iris Violeta Escobar, en calidad de prometediente vendedora y Celina Martínez Tamayo como prometediente compradora, respecto del inmueble identificado con folio de matrícula #50S-727316, ubicado en la diagonal 44 B sur No. 19-10 de la ciudad, por no haberse fijado fecha para elevar escritura pública.

1.2. Como consecuencia, se ordene a la señora Celina Martínez Tamayo restituya el inmueble y, la señora Iris Violeta Escobar devuelva los dineros recibidos como parte de pago.

2. La *causa petendi* expuesta, admite la siguiente síntesis:

¹ Folio 54 archivo pdf, archivo "01.DemandaAnexos"

2.1. El 19 de julio de 2014 se celebró un contrato de promesa de compraventa entre Iris Violeta Escobar en calidad de prometediente vendedora y, Celina Martínez Tamayo como prometediente compradora. Aclaró que el inmueble está debidamente alindado; no obstante, se escribió mal el folio de matrícula inmobiliario siendo el correcto 50S-00727316.

2.2. Recibió \$60.000.000 de parte de la señora Martínez Tamayo; la entrega del bien se había producido desde el 3 de mayo de 2013, puesto que la señora Celina Martínez había tomado en arriendo el inmueble desde esta fecha razón por la cual ya se encontraba en posesión y usufructo de este.

2.3. En el contrato se estipuló que el saldo de \$190.000.000 se pagaría en dos cuotas, con el desembolso de un préstamo.

2.4. El 3 de mayo de 2013 suscribieron un contrato de arrendamiento entre Iris Violeta Escobar León en calidad de arrendadora y, Celina Martínez Tamayo en calidad de arrendataria, sobre el inmueble ubicado en la diagonal 44 B sur No. 19-10 el cual se encuentra vigente e incumplido respecto del pago del canon de arrendamiento.

2.5. La promesa es nula puesto que no se determinó hora, fecha ni lugar en la que se firmaría la escritura de compraventa.

2.6. En la actualidad el titular del dominio es Pedro Escobar Sierra, quien falleció el 30 de mayo de 2005, padre de la señora Iris Violeta Escobar León.

3. Mediante auto de 17 de abril de 2018² el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá admitió la demanda y confirió traslado.

3.1. Una vez notificada, la demandada compareció y contestó la demanda planteando las excepciones de *"Validez de la promesa de compraventa por tratarse de venta de cosa ajena; falta de legitimación en la causa por activa; solicitud de reembolso de dineros invertidos en el inmueble."*

4. Evacuada la etapa probatoria y agotadas las etapas pertinentes, se dictó sentencia que resolvió: declarar la nulidad del contrato de promesa de compraventa, ordenó a la demandante la restitución a la demandada del dinero recibido como parte de pago, así como lo que esta canceló por impuestos entre 2013 y 2019, denegó las restantes pretensiones y condenó en costas a la demandada.

² Archivo 05admite demanda

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez *a quo*, dijo que los problemas jurídicos a resolver eran determinar la validez de la promesa de compraventa y las restituciones mutuas como consecuencia de la invalidez *"teniendo en cuenta las vicisitudes de un contrato de arrendamiento previamente ajustado por las partes"*.

Emprendió el análisis del contrato aportado: celebrado el 19 de julio de 2014 por la demandante como prometiente vendedora y, la demandada como prometiente compradora, en el que se prometió en venta el inmueble ubicado en la diagonal 44 sur No. 19-14, 19-12 y 19-10, con folio de matrícula 50S-7273156, por \$250.000.000, de los cuales \$60'000.000 se entregaron a la celebración de la promesa de compraventa y, \$190'000.000 a pagarse *"en dos cuotas de acuerdo con el desembolso del préstamo solicitado por la prometiente compradora a la entidad bancaria"*; resaltando que la cláusula cuarta se pactó *"el correspondiente traspaso por escritura pública se hará en cualquier notaría de Bogotá, o antes si así lo acuerdan las partes"*.

Destacó que no se pactó el plazo o condición que fijara fecha de celebración del negocio, falencia que conduce a declarar la nulidad absoluta del contrato; sin embargo, no hay lugar a aplicar las reglas de las restituciones mutuas, toda vez que mantienen otra relación negocial.

Advirtió, que con antelación a la celebración de la promesa nulitada, las partes habían ajustado contrato de arrendamiento el 3 de mayo de 2013, en la que la primera figura como arrendadora y la segunda como arrendataria respecto del mismo predio que luego fue prometido en venta, fijando un canon mensual de \$2.500.000, con vigencia de 6 meses, contabilizados a partir del 1° de junio de 2013, el que se prorrogaría por un periodo igual, acordando que *"si antes de la fecha de su vencimiento no se llegará(sic) a concretar la compra del inmueble por alguna causa mayor de fuerza mayor, la arrendataria acepta continuar con el arriendo del inmueble"* y, radicaron en cabeza del arrendador la carga de *"notificarle a la arrendataria el correspondiente preaviso para la entrega del inmueble con treinta días de anticipación a la fecha de vencimiento del contrato, en forma escrita mediante el envío de la comunicación o correo certificado y/o de manera personal a través de llamada telefónica o correo electrónico"*.

Concluyó que no procedía disponer la restitución del inmueble, habida cuenta que la permanencia de la demandada es consecuencia del contrato de arrendamiento, no de la promesa invalidada; conclusión que también emerge de las declaraciones de la demandante en la demanda y en el interrogatorio de parte, en las que anunció que el arrendamiento permanece vigente.

Además, la restitución de frutos es inviable, por cuanto radica en cabeza del arrendador la carga de procurarle al arrendatario el uso y

goce de la cosa arrendada a cambio de una contraprestación consistente en el pago de una renta mensual.

Tampoco debe reconocerse valor alguno por concepto de expensas necesarias, útiles o voluptuarias, pues la estadía de la demandada en el inmueble no responde a la promesa invalidada, sino al referido contrato de arrendamiento, en el cual se determinó que el arrendador no reconocería compensación de ninguna índole a título de mejoras, y que tanto la decisión de realizarlas como el costo que esta implica están radicadas en el arrendatario.

No obstante, la suma entregada debía devolverse indexada, ascendiendo a \$78.243.000. Igualmente, debía retornarse a la demandada \$13.700.000 correspondiente a impuestos prediales de los años 2013 y 2019, suma que no se compensará con los cánones, pues la entrega de la fracción del precio fue determinada por la promesa invalida y no por el contrato de arrendamiento.

LA APELACIÓN

El apoderado de la demandada apeló la decisión, alegando que la actora no es la propietaria del predio objeto de promesa de compraventa, por lo que de ninguna manera podía estipularse plazo para su cumplimiento, dado que para tal condición la actora debió tramitar la sucesión del progenitor, Pedro Escobar Sierra y, luego adquirir la propiedad respecto de los demás herederos y, posteriormente, adquirir la propiedad de Indalecio Pirachica. En suma, se trata de falta de legitimación en la causa por activa, habida cuenta que la vendedora no es la propietaria del inmueble, por lo que no está legitimada para impetrar la nulidad, ni solicitar la restitución del inmueble.

Reiteró la petición del reconocimiento de mejoras estimadas en \$52.279.529, invertidos en ampliación, conservación y restauración del inmueble, pagos de impuestos los cuales están soportados en la demanda.

Agregó que, por motivos de tiempo no pudo anexar todas las pruebas necesarias para soportar las mejoras, solicitó que se condene en abstracto para posteriormente formular el trámite incidental respectivo.

Finalmente, manifestó que considera excesivas "las costas" fijadas con cargo a la demandada.

Ante esta sede sustentó el recurso, pidió se revoque la sentencia y se denieguen las pretensiones. Sustentación sobre la que se pronunció la contraparte deprecando se confirme la sentencia atacada.

CONSIDERACIONES

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

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

3. El recurso de alzada se fundó, en que la actora no podía solicitar la nulidad de la promesa de compraventa por cuanto, no era la titular real de dominio y por ello, no tiene legitimación en la causa para deprecar la nulidad de la promesa de compraventa.

3.1. Acerca de la legitimación en la causa ha sostenido la Corte Suprema de Justicia que:

“La prosperidad de la pretensión depende, entre otros requisitos, según la jurisprudencia de esta Sala, de que «se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado (...). Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor» (CSJ SC, 14 Ago. 1995, Rad. 4628, reiterado en CSJ SC, 26 Jul. 2013, Rad. 2004-00263-01).

(...)

En cuanto a la legitimación en la causa, es distinta la posición que ha adoptado la Corte de aquella planteada en una de las obras citadas de la doctrina nacional.

En efecto, esta Sala sobre el particular ha sostenido que aquella corresponde a «la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)» (G.J. CCXXXVII, v1, n.º 2476, pág. 486. En igual sentido: G.J. LXXXI, n.º 2157-2158, pág. 48), aclarando que «el acceso a la administración de justicia como garantía de orden superior (artículo 229 de la Constitución Política), para su plena realización, requiere que quien reclama la protección de un derecho sea su titular, ya sea que se pida a título personal o por sus representantes, pues, no se trata de una facultad ilimitada. Ese condicionamiento, precisamente, es el que legitima para accionar y, de faltar, el resultado solo puede ser adverso, sin siquiera analizar a profundidad los puntos en discusión» (CSJ SC14658, 23 Oct. 2015,

Rad. 2010-00490-01; en ese mismo sentido: CSJ SC, 1º Jul. 2008, Rad. 2001-06291-01).

Y añadió: «la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo» (CSJ SC, 14 Mar. 2002, Rad. 6139).³

En ese mismo sentido, ya había dicho esa Corporación:

“si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es llamado a responder, debe negarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva”⁴.

En efecto, la legitimación en la causa es una figura propia del derecho sustancial y no del procesal, que atañe a la acción, entendida como pretensión y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular del proceso; y cuando alguna de las partes, o ambas, carece de ella la consecuencia ineluctable es una sentencia adversa a las pretensiones.

3.2. Siguiendo los postulados precedentes, se advierte que frente a las pretensiones de la demanda de índole contractual surgidos con ocasión de la promesa de compraventa, los legitimados en la causa tanto por activa como por pasiva solo podrán ser las personas que intervinieron en dicho negocio jurídico.

4. La normativa patria y la jurisprudencia ha sido reiterativa en enseñar que el contrato de promesa se distingue por ser transitorio y solemne, como quiera que su objetivo se dirige a la celebración de una convención ulterior, esa sí definitiva; y las obligaciones que de este tipo de negocios surgen, son solamente de hacer:

“...es contrato con efectos obligatorios, cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real (...) esa tipología de negocio preparatorio tan solo origina una obligación de celebrar –in futurum- el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede –por definición- ser traslativo o constitutivo de derechos’ (cas. Civil, mayo 8/2002, exp. 6763; A.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC16279-2016 de 11 de noviembre de 2016. MP. Ariel Salazar Ramírez. SC16279-2016

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de julio de 2005, reiterada en sentencia del 13 de octubre de 2011, Ref.: 110013103032200200083 01. M.P. William Namén Vargas.

CHIANALE, *Contratto preliminare*, in *Digesto Discipline privatistiche*, Sez. Civile, 276; P. FORCHIELLI, *Contratto preliminare*, Nov. Dig., Torino, 1959, IV, 683). Tampoco, por sí, genera prestación diferente a la de estipular el contrato futuro definitivo. Con todo, las partes, *accidentaliter negotia*, pueden acordar otras prestaciones compatibles y, de ordinario, pactan ‘otras obligaciones propias del negocio jurídico prometido (prestaciones anteladas), mediante las cuales persiguen la consecución de algunos de los efectos concernientes a éste. Son, pues, prestaciones que se advienen más con la naturaleza del contrato prometido, en el cual encuentran vengero y no tanto con la de la promesa que, como ya se dijese, agota su eficacia final en el cumplimiento de una mera obligación de hacer’ (cas. Marzo 12/2004, S-021-2004, exp. 6759). Por esa vía, se llega a dar alcance a obligaciones diferentes, las cuales, desde luego, generan efecto vinculante y deben cumplirse en un todo conforme a lo estipulado. El problema, sin embargo, vuelve a plantear la autonomía de ambos tipos negociales según la mayor o menor amplitud del contenido accidental, pues, en el esquema del contrato preliminar, las partes están obligadas a estipular el definitivo cuyas prestaciones están subordinadas a su celebración y son inherentes a su naturaleza, estructura y función, por lo cual, no deben antelarse *in integrum*. Nada obsta, empero, estipular el cumplimiento anticipado de algunas prestaciones del contrato posterior. En fin, la promesa de compraventa genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de *dare rem* y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio” (cas. sentencia de 7 de febrero de 2008 [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01)

Más recientemente la Honorable Corporación puntualizó⁵:

“Aún cuando carece de definición legal (el Código Civil se limita a la relación de los requisitos para su validez, siguiendo los términos consagrados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 -que subrogó el canon 1611 de aquella normativa²-), en nuestro medio la promesa de contratar se ha caracterizado como un ‘precontrato’ o contrato de naturaleza preparatoria, «en virtud del cual las partes se obligan recíprocamente a la celebración de un negocio futuro que se indica en su integridad, y que deberá perfeccionarse dentro de un plazo o al cumplimiento de una condición prefijados»³. De ahí que la doctrina y jurisprudencia patrias reconozcan, al unísono, que la promesa genera una única prestación de hacer: celebrar el contrato prometido, una vez acaezca el plazo o la condición establecido para ello. En ese sentido, el precontrato tiene como función principal afianzar la celebración de un acuerdo definitivo posterior, que, por motivos de distinta índole, no puede consolidarse en forma inmediata.”

En esa misma providencia se hizo remembranza de otro pronunciamiento:

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC2221-2020 de 13 de julio de 2020. MP. Luis Alonso Rico Puerta. Rad. 76001-31-03-011-2016-00192-01

“En proveído CSJ SC, 7 feb. 2008, rad. 2001- 06915-01 la Sala explicó lo siguiente:

« (...) [E]l preliminar es contrato con efectos obligatorios, cuya única prestación esencial es la de celebrar el contrato futuro o posterior definitivo y carece de eficacia real, esto es, no envuelve hipótesis de adquisición originaria o derivativa, traslaticia o constitutiva del derecho real de dominio y, por tanto, “no es título traslativo (...) acto de generación que genere obligaciones de dar” (cas. marzo 22/1979 reiterada en cas marzo 22/1988 y cas. mayo 8/2002, exp 6763...), porque la obligación de hacer “no va destinada a la mutación del derecho real” (CLIX, pág. 88) y “...por sus mismas connotaciones funcionales, en particular por limitarse a comprometer la conducta futura de los contratantes ... no resulta eficaz para traducirse en fuente o detonante del dominio, ya que se repite, esa tipología de negocio preparatorio tan sólo origina una obligación de celebrar -in futurum- el contrato convenido (de hacer) y, en consecuencia, no puede -por definición- ser traslativo constitutivo de derechos” (cas. civil, mayo 8/2002, exp. 6763). Tampoco, por sí, genera prestación diferente a la de estipular el contrato futuro definitivo.

(...)

En fin, la promesa de compra venta genera esencial y exclusivamente la prestación de hacer consistente en la celebración futura, posterior y definitiva de la compraventa, sin perjuicio de acordarse en forma clara, expresa e inequívoca por pacto agregado a propósito, el cumplimiento anticipado del precio o la entrega de la tenencia o posesión del bien, en tanto, la venta constituye la prestación de dare rem y, por consiguiente, transferir el derecho real de dominio. Por ende, el contrato preliminar y el definitivo, tienen estructura y función heterogénea, sus requisitos esenciales y forma y efectos son distintos y, también, los derechos y prestaciones inherentes a cada tipo contractual»”

5. Lo anterior explica el que al proceso judicial en el que se debatan temas inherentes al contrato preparatorio, únicamente deban concurrir quienes fueron parte en él, los contratantes, y sólo ellos tienen la legitimación -por activa y por pasiva- para deprecar decisión judicial sobre tal negocio jurídico.

En la discusión no se involucra en manera alguna el derecho real de dominio respecto del inmueble respecto del cual se prometió la venta; ergo, indiferente es si el prometiende vendedor es el dueño del bien, máxime cuando su compromiso es perfeccionar la venta en la fecha convenida.

No puede confundir el litigante el contrato de promesa, con el contrato prometido que para el caso era la venta; y en todo caso, si la venta de cosa ajena es válida como lo prevé el artículo 1871 del Código Civil “sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida”, nada impide celebrar contrato de promesa de venta de un bien sobre el cual el prometiende vendedor no es propietario, obviamente la validez de éste depende del cumplimiento de las exigencias que el legislador estableció para éste.

Las formalidades previstas en el artículo 1611 del Código Civil son de las denominadas *ad substantiam actus*, por lo que la validez del contrato pende de su concurrencia. Luego, el contrato de promesa es un contrato solemne, que para que ocasione efectos debe contener tales formalidades, según lo ordena el artículo 1500 del Código Civil. Estas solemnidades no pueden ser derogadas por las partes ni por el juez.

La omisión de uno o más de tales exigencias es la nulidad absoluta del acto, pues así lo dispone el artículo 1741 del estatuto sustancial civil, que en su inciso primero establece: *«la nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas...»*.

3.2. Los requisitos que deben concurrir para que el contrato de promesa produzca efectos, son, según la disposición citada son los siguientes: 1) que conste por escrito; 2) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil; 3) que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y 4) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Respecto al tercer presupuesto, ordena que la promesa: *«...contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato»*, es decir, que las partes deben pactar con precisión la época en la que ha de perfeccionarse el acuerdo de voluntades prometido, lo que tiene que hacerse mediante la fijación de un plazo o una condición que no deje en incertidumbre aquel momento futuro, ni a las partes ligadas de manera indefinida.

En el contrato de promesa, deben los contratantes especificar sin excepción la época explícita en que se celebrará el vínculo prometido, mediante el pacto de una condición o plazo que así lo dispongan. Si no establecen una época para tal efecto y, por el contrario, dejan indeterminado tal momento futuro, es decir, no delimitan el período o lapso preciso en que debe perfeccionarse el contrato prometido, desatienden el requisito del numeral 3.º del artículo 1611, al que se ha hecho mención.

3.3. Por lo tanto, acorde con el artículo 1741 y 1742 del Código Civil, tal nulidad absoluta «puede y debe» ser declarada de oficio por el juzgador «aún sin petición de parte», siempre y cuando concurren los requisitos señalados por la ley. Estos, como se ha señalado de forma invariable, se compendian así:

“... el poder excepcional que al juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto

o ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª que al pleito concurren, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron.”⁶.

4. En este caso, se aportó el documento titulado “*PROMESA DE COMPRAVENTA*”⁷ en el que aparece la señora Iris Violeta Escobar León como prometiente vendedora y, la señora Celina Martínez Tamayo actuó en calidad de prometiente compradora cuya existencia y contenido fueron temas pacíficos del proceso.

En tal virtud, la actora se encuentra facultada legalmente para formular la demanda dirigida a la anulación de ese contrato que suscribió como prometiente vendedora.

Ahora, en relación con el momento que debía celebrarse el contrato prometido, las contratantes estipularon en la cláusula cuarta: “*TRASPASO. -que el correspondiente traspaso por escritura publica se hará en cualquier notaría de Bogotá o antes si así lo acuerdan las partes*”⁸

Evidente es la incertidumbre en que dejaron el lugar y fecha en la que otorgarían el instrumento público con el que se perfeccionaría el contrato prometido. Lo anterior contraviene la expresa disposición del numeral 3.º del artículo 1611 del Código Civil, que ordena que la promesa debe contener, «*un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato*». Por tal motivo, la promesa que acá fue objeto de discusión no podía producir obligación alguna.

Se sigue de ello que: (i) la señora Iris Escobar como contratante ostenta legitimación para deprecar la nulidad de la promesa de compraventa ajustada con la señora Celina Martínez; (ii) el dicho contrato esta viciado de nulidad absoluta al no satisfacer las exigencias que la ley exige por no haberse fijado fecha o condición en que se celebraría el contrato prometido; y (iii) siendo protuberante la preterición del antedicho requisito legal, aún de oficio podía ser declarada la invalidez del contrato.

Al carecer la promesa de uno de los requisitos mencionados, entonces, no produjo «*obligación alguna*», según lo establece el legislador.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, abril 5 de 1946, Gaceta Judicial LX-357 reiterada en sentencia del 4 de julio de 2014, expediente rad. 2001-31-03-003-2006-0076-01, MP. Jesús Vall de Rutén Ruiz.

⁷ Folios 5-6 (foliación manuscrita) en archivo pdf “01.DemandaAnexos”

⁸ Folio 7 archivo pdf denominado “01. Demanda Anexos”

Lo anterior fue advertido por el a quo asertivamente.

Es claro para la Sala que la prometedora vendedora no era la titular real de dominio, tal como consta en el folio de matrícula inmobiliaria; no obstante, ello resulta irrelevante pues no es sobre el dominio que se generó la controversia.

Por último, aduce el apelante que la señora Escobar carece de legitimación para reclamar la restitución del bien por no ser la propietaria del mismo; soslayando el recurrente que en la sentencia no se ordenó ésta.

En tal virtud, este reparo no tiene vocación de prosperidad.

4. En lo referente a la petición de mejoras, de ellas simplemente se dijo que fueron plantadas para "*ampliación, conservación y restauración del inmueble*" sin mayor detalle al respecto. Pero omite el apelante la razón fundamental que expuso el juzgador de primer grado para no reconocerlas, esto es, que con antelación al nulo contrato de promesa de compraventa, suscrito el 19 de julio de 2014, las partes habían ajustado, el 3 de mayo de 2013, un contrato de arrendamiento respecto del predio, y fue por virtud de éste que la demandada entró a ocuparlo, convenio este último cuya validez y obligaciones no son tema de controversia en este proceso, ergo, el principio de congruencia impiden pronunciamiento al respecto.

Abrogada la promesa de compraventa, subsiste el contrato de arrendamiento, ello impide ordenarle a la demandada Martínez restituya el bien a la arrendadora como efecto de la invalidez de aquella; por la misma razón, inviable es disponer sobre el reconocimiento de mejoras, cuyo tratamiento debe ser examinado a la luz de las estipulaciones contractuales del arrendamiento.

Como tal razonamiento no fue cuestionado, se derrumba cualquier reclamo para que se imponga una condena en abstracto por mejoras.

5. Por último, la censura concerniente a lo excesivo de las costas, específicamente de las agencias en derecho fijadas en primera instancia resulta controversia prematura, pues conforme al numeral 5 del artículo 366 de la ley 1564 de 2012 ellas "*sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas*".

6. No obstante lo anterior, a voces del numeral 2º del artículo 283 de la Ley 1564 de 2012, "*el juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado*", lo que significa que es menester actualizar las sumas reconocidas en primera instancia, pues no hay motivo para que los pagos realizados por la demandada por concepto de impuestos sean devueltos en su

valor nominal. A propósito de la actualización monetaria la Corte Suprema de Justicia ha dicho que tiene su fundamento en:

“la plenitud del pago o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales”⁹, la indemnización del perjuicio no quedaría cabalmente cumplida cuando se hace en dinero histórico. De ahí que su reconocimiento no implica introducir de oficio una pretensión al demandante, sino que se encuentra insita o implícita en la súplica resarcitoria, en sí misma considerada, debido a que se le fulmina actualizada y evita con ello que el pago nominal enriquezca injustamente a una de las partes de la relación sustancial en perjuicio de la otra.

La indexación, por lo tanto, se impone inclusive de oficio, porque como tiene sentado la Corte, esa “(...) condena en términos reales, en principio no significa acceder inconsultamente a una pretensión ajena a los lindes de la demanda, sino que (...) representa juzgar un factor inherente a la pretensión”¹⁰, de ahí que así el demandante no la hubiere pedido, el “juez está facultado para decretarla aún de oficio, pues lo contrario supondría la aceptación de una situación inequitativa en contra del acreedor”¹¹

En ese orden de ideas, se observa que la suma de \$60.000.000 le fue entregada a la actora el 19 de julio de 2014, tal como reza en el contrato de promesa nulitado y, al actualizar dicho monto a enero de 2022¹² equivale a \$83.146.947 (\$60.000.000 x 113.26/ 81.73).

En cuanto a los montos pagados por la demandada por concepto de impuestos, se observa que el total de los recibos allegados al expediente asciende a \$12.324.000¹³ y no \$13.700.000 como lo concluyó el *a quo*; es más, la demandada aseguró al contestar la demanda que aquellos sumaban \$11.398.000¹⁴.

En todo caso, el valor comprobado como pagado también será actualizado monetariamente:

Valor	Fecha de pago	IPC Actual	IPC Inicial	Valor actualizado
\$1.754.000	18/6/13	113.26	79.39	\$2.502.305
\$1.374.000	16/4/13	113.26	78.99	\$2.189.492
\$1.489.000	7/4/14	113.26	81.14	\$2.078.434
\$1.525.000	10/4/15	113.26	84.90	\$2.034.411
\$3.092.000	17/9/18	113.26	99.47	\$3.520.658
\$ 500.000	29/1/19	113.26	100.60	\$ 562.922

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 033 de 14 de febrero de 2005, exp. 7095, entre otras.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 209 de 12 de agosto de 2005, exp. 09714.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC5366-2014, 5 de mayo de 2014, MP Luís Armando Tolosa Villabona.

¹² Consultar página web <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc>.

¹³ Folios físicos del 98 al 104, del archivo pdf denominado “14.ContestacionDescorretaslado”

¹⁴ Folio físico 111, del archivo pdf denominado “14.ContestacionDescorretaslado”

\$2.437.000	1/4/19	113.26	102.12	\$2.702.485
\$12.324.000				\$15.591.070

Así las cosas, el valor actualizado por concepto de impuestos que debe devolver la actora a la demandada es de \$15.591.070.

7. De todo lo expuesto se tiene que se modificará la sentencia examinada en el punto evaluado en precedencia, se confirmarán las restantes determinaciones y se impondrá condena en costas al recurrente vencido.

DECISIÓN

En consideración a lo en precedencia explicado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

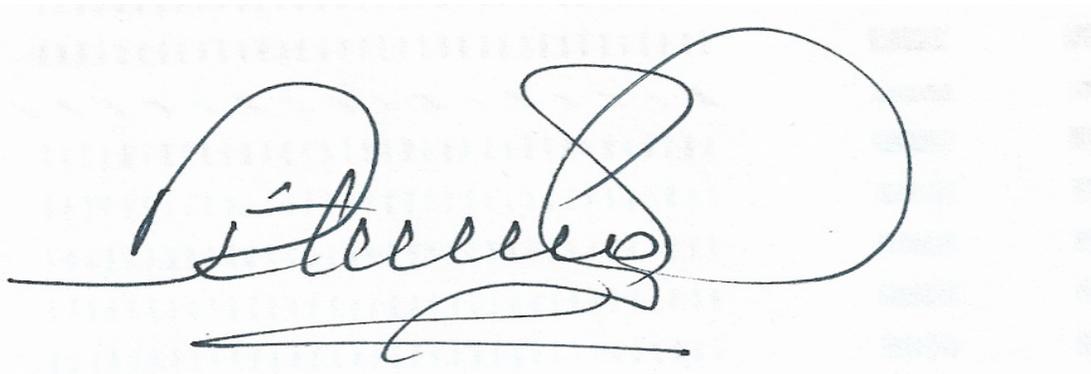
PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la parte resolutive de la sentencia proferida 12 de marzo de 2021 por el Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá, que quedará así: *“Condenar a Iris Violeta Escobar León a pagarle a la demandada Celina Martínez Tamayo, dentro de los 10 días siguientes a la notificación de esta decisión, las siguientes cantidades de dinero, a título de restituciones mutuas:*

- A) \$83.146.947 correspondiente al precio pagado el cual se encuentra indexado.
- B) \$15.591.070 por concepto de los impuestos pagados por la demandada, debidamente indexados.”

En lo demás, la providencia queda incólume.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada.

NOTIFÍQUESE,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013103028201800098 01



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

110013103028201800098 01



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

110013103028201800098 01

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **9d731daac5c8defa39a542d44485841313883a18176fc90aaff08f9b2d4a782d**

Documento generado en 25/02/2022 03:28:16 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós

Proceso: Verbal.
Demandante: Iris Violeta Escobar León
Demandada: Celina Martínez Tamayo
Radicación: 11013103028201800098 01
Procedencia: Juzgado 28 Civil del Circuito de Bogotá.

Se fijan la suma de \$1'000.000,00 como agencias en derecho de esta segunda instancia. Inclúyase en la liquidación concentrada de costas.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

-2-

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Código de verificación: **9cbcecb5aa028feadb52553d20205a1d493d60c5af10a9f0f6855a5839251a80**

Documento generado en 25/02/2022 02:18:04 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proceso	Verbal
Demandante	Ecoopsos ESS
Demandado	Ecoopsos EPS S.A.S. y Sociedad Asesora de Fondos y Negocios S.A.S.
Radicado	110013199 002 2021 00050 01
Instancia	Segunda
Decisión	Revoca auto

ASUNTO

Se decide el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra el auto proferido por la Dirección de Jurisdicción Societaria III de la Superintendencia de Sociedades el 23 de marzo de 2021 en el asunto en referencia, por medio de la cual se negó la solicitud de medidas cautelares tendientes a suspender los efectos jurídicos de las decisiones que constan en las actas No. 6, 7, 8 y 9 de la sociedad Ecoopsos EPS S.A.S. y a ordenar al administrador de la compañía a que se abstenga de cumplir o ejecutar las órdenes que constan en las mencionadas actas y fijó caución por la suma de \$2.000.000.000 para el decreto de la inscripción de demanda en el registro mercantil de la sociedad Ecoopsos EPS S.A.S.

ANTECEDENTES

1. Con la demanda, la parte demandante solicitó se decretaran las siguientes medidas cautelares:

- 1.1. *Suspender cautelarmente los efectos de las decisiones tomadas en la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Empresa*

Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., que constan en el Acta No. 06 del 8 de noviembre de 2018.

- 1.1.1. *Suspender cautelarmente los efectos de las decisiones tomadas en la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., que constan en los numerales 5 y 6 del Acta No. 06 del 8 de noviembre de 2018.*
- 1.2. *Suspender cautelarmente los efectos de las decisiones tomadas en la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., que constan en el Acta No. 07 del 24 de enero de 2019.*
- 1.3. *Suspender cautelarmente los efectos de las decisiones tomadas en la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., que constan en el Acta No. 08 del 14 de marzo de 2019.*
 - 1.3.1. *Suspender cautelarmente los efectos de las decisiones tomadas en la reunión ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., que constan en el numeral 9 del Acta No. 08 del 14 de marzo de 2019.*
- 1.4. *Suspender cautelarmente los efectos de las decisiones tomadas en la reunión extraordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., que constan en el Acta No. 09 del 21 de marzo de 2019.*
- 1.5. *En consecuencia, ordenar a los administradores de la Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S. que se abstengan de cumplir o ejecutar las decisiones tomadas en las reuniones extraordinarias y ordinaria de la Asamblea General de Accionistas de Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., celebradas los días 8 de noviembre de 2018 contenida en el Acta No. 6; 24 de enero de 2019 contenida en el Acta No. 7; 14 de marzo de 2019 contenida en el Acta No. 8, y 21 de marzo de 2019 contenida en el Acta No. 9.*
- 1.6. *Ordenar la inscripción de la presente demanda en el registro mercantil de la Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS, S.A.S. y de la Sociedad Asesora de Fondos y Negocios, S.A.S.*

1.7. *Cualquier otra medida que ese Despacho estime razonable para asegurar los fines a que alude el artículo 590 del Código General del Proceso.*

Fundamenta su solicitud en que Ecoopsos EPS S.A.S. ha realizado actos jurídicos que deben contar con la previa aprobación de la Superintendencia Nacional de Salud para que se reputen existentes y produzcan efectos jurídicos pues corresponden a reformas estatutarias por cambios de la composición de la propiedad accionaria, modifican lo relacionado al *quorum* deliberatorio y decisorio de la Asamblea General de Accionistas o el funcionamiento y elección de la Junta Directiva, lo que contraviene con sus obligaciones adquiridas en la Resolución 6200 del 28 de diciembre de 2017 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, expresa que las demandadas alegan que tales decisiones se encuentran vigentes por haber sido emitidas por el máximo órgano de la sociedad y están debidamente registradas, por lo que falta de acuerdo de las partes sobre la ocurrencia de las causales de ineficacia de las decisiones de la Asamblea General de Accionistas, hace indispensable la intervención del Juez.

Adicionalmente, para fundamentar la apariencia de buen derecho de su solicitud, refiere la Resolución 000070 del 18 de enero de 2021 de la Superintendencia Nacional de Salud en la cual ya había negado autorización para reformar los estatutos y cuyos argumentos son aplicables a las decisiones contenidas en las actas No. 7, 8 y 9 de la Asamblea General de Accionistas, siendo entonces grave que con tal precedente la demandada no haya allegado todas las decisiones de reforma para el estudio de la Superintendencia alegando presunción de legalidad.

2. Mediante auto de 23 de marzo de 2021, la *a quo* negó las medidas cautelares solicitadas y, frente a la inscripción de la presente demanda en el registro mercantil de la Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS, S.A.S., ordenó prestar caución por la suma de \$2.000.000.000, lo que cimentó en lo siguiente:

Frente a la apariencia de buen derecho, consideró que las decisiones demandadas no parecen ser ineficaces pues fueron adoptadas en reuniones universales al estar presentes los dos accionistas de la compañía, de conformidad con el artículo 426 del Código de Comercio y advierte que, independientemente

que no se haya obtenido la autorización para ser accionista por parte de la Sociedad Asesora de Fondos y Negocios S.A.S., se llegaría a la misma conclusión, pues la demandante sería único accionista y asistió a todas las reuniones, habiendo también una reunión universal, “... por lo cual, en esta temprana etapa procesal parece que las decisiones demandadas y contenidas en el acta en mención se tomaron en el marco de lo dispuesto por el citado artículo 426 del Código de Comercio”.

En cuanto al monto de la caución para decretar la inscripción de demanda, adujo que “... en el presente caso se adoptará el valor del 20% del capital suscrito de Ecoopsos EPS S.A.S., el cual, asciende a la suma de diez mil millones de pesos (\$ 10.000.000.000), en ese sentido, para el presente asunto, la caución corresponde a dos mil millones de pesos (\$ 2.000.000.000)”, lo que a su juicio garantiza los perjuicios que se puedan ocasionar con la medida.

4. Frente a lo anterior, el apoderado demandante interpuso recurso de apelación, con fundamento en los siguientes puntos:

i) El Despacho desconoció el peligro de la demora del proceso y favorece a la contraparte con la negativa de la petición pues ésta continuará aplicando decisiones ineficaces al interior de la sociedad argumentando “la presunción de legalidad” de los actos mientras se obtiene una sentencia, pues la negación de las medidas rompe el *status quo* de las partes, pues la demandante vería afectada su situación como accionista, mientras se tramita el proceso, siendo sometida a decisiones viciadas de ineficacia de Ecoopsos EPS y la Sociedad Asesora, de quien dice se ha posicionado como accionista para apoderarse de la administración de la entidad y tomar el control de la junta directiva.

ii) El Despacho no reparó en la necesidad y urgencia de la petición frente a la vulneración de los derechos que Ecoopsos Cooperativa ostenta como accionista en la entidad Ecoopsos EPS S.A.S., ya que es actualmente un accionista mayoritario sin control, pues su intervención se ha visto opacada por la reforma ilegal del quórum deliberatorio del 80% de las acciones suscritas y para decidir de un número singular o plural de accionistas que representen al menos el 80% de las acciones presente, contrario a lo que anteriormente se exigía, sumado a que el accionista minoritario asumió el control de la junta directiva al establecer que se

debía deliberar y decidir con cuatro de los miembros principales o suplentes y no con tres que era lo que establecían antes los estatutos.

iii) El Despacho desconoció la apariencia de buen derecho de las pretensiones de la demanda sin considerar, siquiera de forma tangencial, la decisión de la superintendencia nacional de salud respecto a la ineficacia de las decisiones contenidas en las actas objeto de demanda por haberse omitido requisitos y formalidades que las leyes prescriben para el valor de los actos jurídicos, en la medida en que no se analizó ello en la motivación de la providencia.

iv) La Superintendencia Nacional de Salud reitera que son ineficaces las decisiones demandadas por haberse omitido los requisitos y formalidades que las leyes del sistema general de seguridad social en salud imponen a sus vigilados para el valor de ciertos actos societarios, lo que sustenta en la Resolución 002327 de 16 de marzo de 2021 que resolvió el recurso de reposición interpuesto por la EPS al negar una solicitud de autorización previa de una reforma estatutaria, por lo que expone que existen altas probabilidades de que las decisiones impugnadas sean declaradas ineficaces.

v) Por último, reprochó que el monto de la caución es ilegal, pues en ninguna de las pretensiones de la demanda se encuentran peticiones de condena o similares por monto determinado.

CONSIDERACIONES

1. Corresponde a este Tribunal determinar si se ajusta a derecho la decisión del *A quo* de negar la suspensión provisional de los actos impugnados, así como establecer si el monto de la caución ordenada por el mismo tiene o no asidero jurídico.

2. El apoderado de la parte recurrente funda la alzada, en síntesis, en que las decisiones cuya suspensión se pretende vulneran sus derechos como accionista y que se tiene satisfecho el requisito de apariencia de buen derecho. En cuanto a la caución, expone que las pretensiones no son de naturaleza dineraria para que sea decretado tal monto.

3. De manera general, las medidas cautelares encuentran su fin en el ordenamiento jurídico como aquella solución de la Ley Procesal para garantizar los efectos de la sentencia, de manera provisional, mientras se debate en el transcurso del proceso el derecho controvertido, “... *dada la apariencia de buen derecho que tiene el actor, así como el peligro que representa la tardanza del juicio para el derecho perseguido con la pretensión (Fumus Boni Iuris - Periculum In Mora)*”¹, postulados estos aplicables a toda medida cautelar. Así, sin tales cautelas, podríamos encontrar muchos fallos ilusorios dada la demora que toma un proceso judicial lo que imposibilita una justicia inmediata.

Frente a la medida cautelar planteada, el artículo 382 del C.G.P. en su inciso segundo dispone la posibilidad de solicitar con la demanda la suspensión provisional de los efectos de los actos impugnados “... *cuando tal violación surja del análisis del acto demandado, su confrontación con las normas, el reglamento o los estatutos respectivos invocados como violados, o del estudio de las pruebas allegadas con la solicitud*”.

Debe entonces el Juez determinar, para su decreto, si la solicitud cumple con el presupuesto de la norma, esto es, que con la confrontación de los actos demandados con las normas que rigen la materia sea evidente o diáfana la violación alegada, sin que ello implique un prejuzgamiento en la medida en que, en ese punto, solo se cuentan con las pruebas allegadas por el demandante y otro será el análisis cuando se integre el contradictorio y se profiera decisión de fondo.

Por tanto, tal violación debe ser flagrante y no aparente y debe saltar de relieve del análisis preliminar de la normativa que rige el asunto y las pruebas aportadas con la demanda.

4. Frente al marco normativo que regula la materia, encontramos que el artículo 75 de la Ley 1955 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, exige que los actos jurídicos de adquisición directa o indirecta del diez por ciento (10%) o más de las acciones de una Entidad Promotora de Salud-EPS, “... *requerirá, so pena de ineficacia de pleno derecho, la aprobación del Superintendente Nacional de Salud, quien examinará la idoneidad, responsabilidad y carácter de las personas interesadas en adquirirlas*”.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC15244 de 8 de noviembre de 2019, M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

A raíz de ello, se allegó Resolución 6200 del 28 de diciembre de 2017 emitida por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual aprueba el Plan de Reorganización Institucional-Escisión de la demandante consistente en la escisión del programa de EPS a favor de la sociedad Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S. y en su numeral 13 advierte tanto a la demandante como a la EPS “... *que para el ingreso de nuevos capitales, la sociedad beneficiaria deberá realizar el trámite de aprobación ante la Superintendencia Nacional de Salud, pues constituyen dos actos diferentes, uno el del trámite del Plan de Reorganización por escisión, y otro, el de la creación de nuevos estatutos, a partir de la entrada de nuevos socios, con sus respectivos capitales, que puedan llegar a modificar el porcentaje de participación de la sociedad comercial y la situación de control dentro de la misma*”.

También se aportó por el extremo actor Resolución No. 00070 de 10 de enero de 2021 expedida por la Superintendencia Nacional de Salud, mediante la cual se negó la solicitud de autorización previa de una reforma estatutaria presente por Ecoopsos EPS S.A.S. que consta en el Acta de Asamblea Extraordinaria de Accionistas No. 06 del 8 de noviembre de 2018, con fundamento en que i) dichas reformas de las actas No. 06 y 07 fueron inscritas en la Cámara de Comercio con anterioridad a la solicitud y ii) el contrato de compraventa de acciones celebrado entre la demandante y la demandada Sociedad Asesora de Fondos y Negocios S.A.S. fue celebrado con anterioridad (20 de septiembre de 2018) a la sesión extraordinaria que consta en el Acta No. 06 de 8 de noviembre de 2018 en la que se eliminó la restricción de negociación de acciones.

5. Por tanto, se puede concluir que la parte demandante demostró la apariencia de buen derecho de sus pretensiones, pues, de forma preliminar, acreditó la violación de los actos impugnados frente a la norma antedicha así como de las obligaciones contraídas con la autoridad de vigilancia en la resolución también mencionada, en lo concerniente a la autorización previa por parte de la Superintendencia Nacional de Salud exigida.

Adviértase que, en efecto, el *A quo* funda la negativa de las cautelas en lo dispuesto en el artículo 426 del Código de Comercio, el cual dispone para las reuniones extraordinarias el requisito de la presencia de la totalidad de las acciones

suscritas y argumenta que, más allá del debate si era o no socia la demandada Sociedad Asesora, había asistido el 100% de las acciones suscritas, pues en esa última hipótesis, el demandante sería el propietario de tal totalidad; no obstante, pierde de vista que el fundamento de las pretensiones de la demanda precisamente tiene como génesis la violación de la norma que prevé la exigencia de la autorización previa de la reforma estatutaria, pues se echa de menos la misma y, a la luz del artículo 75 arriba citado, conlleva a la sanción de ineficacia de pleno derecho.

Así mismo, se tiene también por acreditado el *Periculum In Mora* por el demandante, en tanto a que las decisiones objeto del proceso inciden de manera directa en las futuras decisiones de la Junta Directiva de la EPS así como de la Asamblea General de Accionistas.

6. Por otro lado, en cuanto al monto de la caución, dispone también el artículo 382 del C.G.P. en su inciso segundo que para su decreto “*El demandante prestará caución en la cuantía que el juez señale*”.

A su vez, el artículo 590 del C.G.P. en su numeral segundo ordena que “... *el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica*”.

Nótese entonces que la norma exige que tal porcentaje sea conforme al valor de las pretensiones estimadas en la demanda; por tanto, como quiera que al momento de su presentación, el extremo actor expresó que, por ser de índole declarativa, no tenían cuantía, lo que conlleva a que no se haya estimado el valor de las pretensiones.

Sin embargo, el *A quo* se apartó de la norma al calcular el *quantum* de la caución a partir del capital suscrito por la demandada Ecoopsos EPS S.A.S., situación que no regula la norma, por lo cual, previo a disponer sobre ello, debió requerir al demandante para que estimara el valor de sus pretensiones.

5. En consecuencia, se revocará la decisión que negó la suspensión provisional de los actos societarios objeto de demanda así como la que fijó el monto de la caución a partir del capital suscrito de la EPS demandada.

Por lo expuesto, el suscrito Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá,

RESUELVE

Primero. Revocar la decisión proferida por la Dirección de Jurisdicción Societaria III de la Superintendencia de Sociedades en providencia del 23 de marzo de 2021 en el asunto en referencia. En su lugar, se dispone:

Decretar la suspensión provisional de las decisiones tomadas en la reunión ordinaria y las reuniones extraordinarias de la Asamblea General de Accionistas de Empresa Promotora de Salud Ecoopsos EPS S.A.S., que constan en los numerales 5 y 6 del Acta No. 06 del 8 de noviembre de 2018, el Acta No. 6 del 8 de noviembre de 2018, el Acta No. 7 del 24 de enero de 2019, el numeral 9 del Acta No. 8 de 14 de marzo de 2019 y el Acta No. 9 de 21 de marzo de 2019.

Para efectos de hacer efectiva la cautela decretada, devuélvase el expediente al Juzgado de origen para que efectúe las comunicaciones a que haya lugar.

Frente a la medida de inscripción de la demanda, deberá ordenarse previamente al demandante para que estime el valor de sus pretensiones a efectos de fijar la correspondiente caución, atendiendo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Segundo. Sin costas.

NOTIFÍQUESE

Firma electrónica

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0ffa454de4b9ce0d133e58dc59055fb64ecd35c22843de74075784a3688f6a76

Documento generado en 25/02/2022 01:58:47 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C. SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C. veinticinco de febrero de dos mil veintidós.

Proceso: Verbal
Demandante: Cenaida Ordoñez de Ospina
Demandado: Banco GNB Sudameris
Radicación: 110013199003202004197 01
Procedencia: Superintendencia Financiera de Colombia
Asunto: Apelación Sentencia

Consideraciones:

1. Efectuado el examen preliminar de la actuación se observa que: (i) la cuantía determinada en las pretensiones fue de \$58.009.062 monto inferior a la mayor cuantía vigente para la época en que se ejerció la acción (2020), que era de \$131.670.450¹ equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes. (ii) Dicho aspecto quedó corroborado por la Superintendencia Financiera de Colombia desde el principio, pues el auto admisorio de la demanda determinó que se trataba de un proceso verbal de menor cuantía².

2. Establece el artículo 24 parágrafo 3º inciso 3º de la ley 1564 de 2012 *“Las apelaciones de providencias proferidas por las autoridades administrativas en primera instancia en ejercicio de funciones jurisdiccionales se resolverán por la autoridad judicial superior funcional del juez que hubiese sido competente en caso de haberse tramitado la primera instancia ante un juez y la providencia fuere apelable”*.

En el mismo sentido el numeral 2 del artículo 31 *ejusdem* asigna a los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, en Sala Civil, el conocimiento *“2. De la segunda instancia de los procesos que conocen en primera instancia las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil del circuito.”*, a su turno el artículo 33 numeral 2 ídem asignó al juez civil de circuito en segunda instancia conocer *“2. De los procesos atribuidos en primera a las autoridades administrativas en ejercicio de funciones jurisdiccionales, cuando el juez desplazado en su competencia sea el juez civil municipal.”*

¹ Carpeta única, archivo pdf denominado “001 Demanda integrada”

² Carpeta única, archivo pdf denominado “006 Auto admisorio verbal”

Adicionalmente la ley 1480 de 2011 al otorgar funciones jurisdiccionales a las Superintendencias, al amparo del artículo 116 de la Carta Política, a la Financiera le atribuyó en el artículo 57 el conocimiento “*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*”; enseguida el artículo 58 advirtió que “*La Superintendencia de Industria y Comercio tiene competencia en todo el territorio nacional y reemplaza al juez de primera o única instancia competente por razón de la cuantía y el territorio.*”, y en el párrafo destacó: “**PARÁGRAFO.** *Para efectos de lo previsto en el presente artículo, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá competencia exclusiva respecto de los asuntos a los que se refiere el artículo 57 de esta ley.*”

3. Una sistemática interpretación permite concluir que la competencia en segunda instancia depende del juez desplazado por la autoridad administrativa. En tanto, la competencia en primera instancia se fijará tomando en cuenta el factor objetivo económico, es decir la cuantía del asunto, lo que permitirá determinar si es de mínima cuantía: en cuyo caso será de única instancia; menor o mayor cuantía, y optándose por acudir a la autoridad administrativa ese factor nos indicará cual el juez desplazado: el civil municipal o el del circuito.

La decisión del Consejo de Estado, con la cual revivió la versión original del numeral 9º del artículo 20 de la ley 1564 de 2012 que indica que el juez del circuito conoce en primera instancia de los procesos “*relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor*”, no afecta la conclusión antedicha, como quiera que este último precepto no puede aplicarse de manera insular, sino que debe hacerse un engranaje sistemático y armónico con las normas en precedencia evaluadas, hermenéutica de la que se colige que en esta clase de acciones para la determinación de la competencia debe considerarse el factor objetivo económico.

Bien, y como en este caso ya se indicó el asunto es de menor cuantía, el juez desplazado por la Superintendencia lo fue el juez civil municipal, por lo que la segunda instancia debe ser asumido y decidida por el Juez Civil del Circuito y no por éste Tribunal.

Decisión:

Atendiendo lo en precedencia advertido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Civil de Decisión **RESUELVE:**

1. Declarar inadmisibles los recursos de apelación, habida cuenta que, por razón de la cuantía del asunto, esta Colegiatura carece de competencia para su solución.

2. Disponer el envío del expediente a la Oficina Judicial de Apoyo para que sea repartido entre los Jueces Civiles del Circuito.

3. Infórmese de esta determinación a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia.

Notifíquese,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **bedb2d22403e0d7433691b7181db145393820281cfe4b6cc7569e518ca450a7e**

Documento generado en 25/02/2022 03:32:01 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proceso N.º 110013103001201800506 **02**
Clase: VERBAL – RCE
Demandantes: JOSÉ LUCIANO RUIZ PATIÑO,
YANITH ECHAVARRIA, JOHN FREDY
RUIZ ECHAVARRÍA y CRISTIAN
STEVEN RUIZ ECHAVARRÍA
Demandados: AUTO TAXI EJECUTIVO S.A.S. y
SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2º y 3º del numeral tercero), 323 (numeral segundo) y 327 (último inciso) del Código General del Proceso, se ADMITEN, en el efecto devolutivo, los recursos de apelación interpuestos por Auto Taxi Ejecutivo S.A.S y Seguros del Estado S.A. contra la sentencia escrita que el 1º de octubre de 2021 profirió el Juzgado 1º Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual las condenó a pagar a su contraparte las sumas de dinero allí consignadas.

En oportunidad, secretaría controlará los traslados que por cinco (5) días regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de las alzadas admitidas versará, únicamente, sobre los reparos concretos que se presentaron contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP y la jurisprudencia (CSJ. SC3148-2021). Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

c577901ca1a72d04689ea2380ab8e04307356b71e2a969d1b84969b2bc80d054

Documento generado en 25/02/2022 03:34:21 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE	:	FLOR MARINA CRUZ PIRANEQUE
DEMANDADO	:	ARMANDO BUITRAGO MORA.
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL – REIVINDICATORIO
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

En virtud de las facultades oficiosas en materia de pruebas (arts. 169 y 170) del C.G.P. y para mejor proveer en el presente asunto se dispone lo siguiente:

Ordenar a la parte actora que en el término de cinco días presente al despacho y en medios digitales copia auténtica de la escritura pública 2366 del 31 de agosto de 1989 de la Notaría 19 de Bogotá, relativa a la compra que hizo el señor Héctor Santos Cruz Piraneque del inmueble objeto de este proceso.

NOTIFIQUESE,

RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEXTA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá, D. C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós

110013103031 2020 00356 02

Ref. proceso ejecutivo de Magda Cristina Cepeda Gil frente a Carlos Arturo Rojas Castillo

Como quiera que la ejecutante no sustentó su apelación en la oportunidad que consagra el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 (que se computó a partir de la ejecutoria del auto de 11 de febrero de 2022, mediante el cual se admitió el recurso vertical), el suscrito Magistrado DECLARA DESIERTA la alzada que interpuso dicha parte contra la sentencia que, en primera instancia, se profirió en el proceso de la referencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta las previsiones del inciso final del artículo 322 del C.G.P., por cuya virtud, **“el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”**.

Esta decisión guarda armonía con lo que en reciente oportunidad dispuso la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, cuando recogió la doctrina que había sostenido en torno al mismo tema.

En efecto, al dirimir un asunto de tutela frente a la declaración de deserción de un recurso de apelación **interpuesto en el mes de julio de 2020**, vale decir, ya en vigencia del Decreto Legislativo 808 de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que, “en el caso particular que se revisa, debe indicarse que esta Sala al realizar un nuevo estudio del artículo 322 del Código General del Proceso, considera que en efecto **la consecuencia de la no sustentación del recurso de apelación en segunda instancia, al margen de que los reparos concretos se hubieren presentado en la audiencia y la sustentación se haya hecho por escrito ante el juez singular, es la declaratoria de desierto de la alzada**” (sentencia STL2791-2021 de 10 de marzo de 2021, R. 92191, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán).

Devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

9846f3e43ed7722829976f4ef703910a70716bd731f70af59d60c6cb2f167637

Documento generado en 25/02/2022 04:40:06 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós.

Radicado: 11001 31 03 010 2019 00658 01 - Procedencia: Juzgado 10° Civil del Circuito.
Ejecutivo: Zandra Rocío Benavidez Reyes y Otro Vs. Jorge Luis García Pulido.
Asunto: **Apelación de auto que declaró terminación por desistimiento tácito.**

Se resuelve la apelación subsidiaria interpuesta por la parte demandante contra el auto 29 de noviembre de 2021,alzada concedida el 3 de febrero de 2022.

ANTECEDENTES

1. Mediante la providencia materia de impugnación, el *a quo* decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito, apoyado en que se presentó una inactividad superior a un año, pues la única actuación surtida fue la admisión de la demanda el 7 de noviembre de 2019 y luego la emisión de oficios dirigidos a diversas entidades para ponerles en conocimiento la existencia del trámite.
2. En los recursos, la apoderada de la parte demandante manifestó que el 6 de octubre de 2021 radicó poder que se le confirió, certificación de vigencia de abogada, y ‘solicitud de conocer el proceso’ y de entrega de oficios para radicarlos en las entidades; que se pasó por alto el literal c del artículo 317 Cgp; y que dicho memorial es idóneo y eficaz para continuar con el objeto perseguido en el proceso.
3. Para mantener su decisión, el Juzgado de primera instancia señaló que la última actuación se realizó el 25 de noviembre de 2019 (emisión de oficios); que al momento de ingresarse el expediente al despacho (9 de noviembre de 2021) no se había realizado actuación alguna ni retirado tales documentos; que el memorial al que hace referencia la apoderada se radicó el 10 de noviembre de 2021, data en la que ya había sido ingresado el proceso al despacho para resolver sobre la terminación, “razón por la cual en ningún momento interrumpió términos”; y que el año de inactividad se cumplió el 1° de abril de 2021, “esto son aproximadamente 7 meses antes de que el juzgado de oficio ingresara el proceso para resolver sobre su terminación por inactividad, sin que en todo este tiempo se realizara

ninguna actuación ni se le informara al despacho sobre el cambio de apoderado judicial”.

CONSIDERACIONES

1. Fundamentada en la necesidad de preservar la regular culminación de los objetivos previstos para el respectivo trámite, el desistimiento tácito constituye una forma anormal de terminación del proceso que se sigue como consecuencia de la prolongada inactividad procesal.

2. El numeral 2° del artículo 317 del Código General del Proceso establece que el desistimiento tácito opera:

“2. Cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes (...)

b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años;

c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo (...).”

3. De entrada se observa que la decisión apelada habrá de revocarse, habida cuenta que, al analizar en su integridad el expediente, se constata que al momento de declararse la terminación del proceso por desistimiento tácito, no se encontraban reunidos los requisitos indispensables para ello.

En efecto, nótese que la actuación inmediatamente anterior al proveído atacado data de 10 de noviembre de 2021, fecha en que la nueva apoderada de los demandantes radicó, vía correo electrónico, memorial en el que manifestó adjuntar el poder conferido y la certificación de vigencia de abogada, y en el que solicitó conocer el proceso (de manera digital si era posible) y que le fueran entregados los oficios expedidos para tramitarlos ante las entidades, por lo que desde ese momento exacto es que debe contarse en el *sub lite* el término para aplicar el desistimiento tácito. En

ese sentido, el año de que trata la norma atrás citada a lo sumo podría tener ocurrencia desde el 10 de noviembre de 2022.

En este punto es imperioso destacar que la citada figura no opera por el simple paso del tiempo y de forma automática; su configuración y aplicación pende, natural y perentoriamente, de su declaración por parte del juez de conocimiento, por lo que hasta tanto no concurra dicha actuación, que corresponde al funcionario judicial, *“cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo”*, de conformidad con el literal c del numeral 2 del art. 317 C.G.P., como efectivamente acaeció en este caso, con la radicación del memorial y documentos a que se ha hecho mención.

En línea con lo anterior, en manera alguna podría ser admisible alguna lo dicho por el *a quo* en el auto en el que resolvió la reposición, esto es, que desde el 1° de abril de 2021 se encontraba cumplido el tiempo para aplicar el artículo 317 y que el escrito atrás referido no podría interrumpir término alguno pues se radicó con posterioridad a que entrara el expediente al despacho para resolver sobre la inactividad, comoquiera que, aunque en efecto el proceso estuvo inactivo por largo tiempo, lo cierto es que a la fecha en que la nueva apoderada de la parte demandante allegó el memorial de marras, no se había proferido el auto correspondiente que diera lugar a la configuración de la figura, de modo tal, que dicha actuación **sí** interrumpió el mencionado lapso. *In nuce*, mientras no se haya decretado el desistimiento tácito, el expediente siempre estará a merced de las partes para impulsar los trámites orientados a su impulso y normal culminación del respectivo asunto.

3. Sobre el punto, este Tribunal en oportunidad anterior señaló que *“... el desistimiento tácito no opera por el solo ministerio de la ley (ipso iure non solum operandi), puesto que la norma no contempla esa solución en modo alguno..., vale decir que [esa figura] opera por el decreto del juez y no por el simple transcurso del tiempo. De esa manera, mientras no haya decisión en ese sentido, no hay desistimiento... ”*, y si bien surge el deber del juez de decretar la terminación una vez cumplido el término, lo cierto es que *“no puede impedirse a la parte interesada que actúe, porque en buenas cuentas, cumplido el término propicio para el desistimiento, es irrefutable que el proceso sigue vigente, o mejor, desde el punto de vista jurídico está*

pendiente, no terminado, y en ese estado, ninguna norma impide que pueda ser impulsado por las partes”¹.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto proferido el 29 de noviembre de 2021 por el Juzgado 10° Civil Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE
El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 010 2019 00658 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena
Magistrado
Sala 019 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **a9c54124aaa037a768aa0106f3f639c53dce8bdda3eb1ab7988c31d29c6c079b**
Documento generado en 25/02/2022 04:31:19 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

¹ Auto de 12 de febrero de 2016, exp. 110013103024-1997-26740-01. Mag. José Alfonso Isaza.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ, D.C.
SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós.

Proceso: Ejecutivo.
Demandante: Luisa Fernanda Trujillo Posada
Demandada: Néstor Raúl Traslaviña Santamaría
Radicación: 110013103033202100136 01
Procedencia: Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación auto
AI-025/22

Decide el Tribunal el recurso de apelación promovido contra el auto del 18 de junio de 2021 en el asunto de la referencia, a través del cual se negó el mandamiento de pago solicitado.

1

Antecedentes

1. Luisa Fernanda Trujillo Posada mediante apoderado judicial, presentó demanda ejecutiva contra Néstor Raúl Traslaviña Santamaría.
2. En proveído de 18 de junio de 2021 el juzgador de primer grado denegó la orden de apremio al considerar que *"...el pagaré allegado como base de la acción no se indica la fecha de vencimiento de la obligación, pues si bien es cierto que se indicó que la suma de dinero debida se pagaría: "Al terminar el proyecto ULB GOLD ubicado en la Transversal 3 No. 84-73...", no lo es menos que no es posible determinar el vencimiento de la obligación, pues no se allegó el contrato de realización del mencionado proyecto que determine el tiempo de duración y la fecha de terminación del mismo (título complejo) para que se pueda predicar que la obligación se encuentra vencida y es actualmente exigible"*
3. Contra esa determinación el apoderado de la accionante presentó recursos de reposición y apelación. Como motivos de inconformidad indicó: *"Toda vez que se señala que no es posible determinar la fecha de vencimiento de la obligación, es necesario señalar que en las pruebas solicitadas de oficio se señaló que se pedía al juzgado que mediante oficio le preguntase al demandado la fecha de terminación del proyecto, toda vez que ni a mi prohijada ni al suscrito quiso proporcionar dicha información, aunque es importante señalar que a la fecha de presentación del escrito de*

demanda ya estaba terminado el proyecto y habitado casi en su totalidad, pero no fue posible que se nos fuera informada la fecha de terminación del proyecto. Así las cosas y en atención a que se hace necesario establecer la fecha cierta de la condición ya cumplida se solicita el concurso del despacho en aras de poder establecer de manera objetiva y cierta la fecha establecida en la forma de vencimiento”.

Indicó que el pagaré objeto de la demanda ejecutiva fue diligenciado por parte del demandado de forma irregular, además se estaría pidiendo la aplicación de la carga dinámica de la prueba y se obligue al demandado a proporcionar la fecha cierta que permita determinar la condición ya cumplida, toda vez que es imposible en este caso establecer por parte de la parte actora la fecha cierta del proyecto urbanístico ULB Gold, ya que es el demandado quien puede tener certeza en ese sentido.

4. El Juez *a quo* mantuvo la decisión y reiteró que con la información consignada en el pagaré no era posible determinar el vencimiento de la obligación, pues tampoco se allegó el contrato de realización del mencionado proyecto que determine el tiempo de duración y la fecha de terminación del mismo para que se pueda decir que se configura un título complejo, y así predicar que la obligación se encuentra vencida y es actualmente exigible.

2

Consideraciones

1. Para desatar la alzada que en esta oportunidad se resuelve, ha de memorarse que presupuesto *sine qua non* para el trámite de un proceso de ejecución es la existencia de un título coactivo, esto es, de un documento contentivo de una obligación clara, expresa y exigible, proveniente del deudor y que tenga pleno valor probatorio en su contra; de tal suerte que demostrada la existencia de una obligación con estas características a la que sólo le falta el cumplimiento, el cual se aspira con la orden que al efecto expida la autoridad judicial, se logra la realización del derecho legalmente cierto.

No puede soslayarse que el proceso ejecutivo se caracteriza porque comienza con una providencia de fondo que, aunque se califica como auto, tiene la característica de ser un pronunciamiento acerca del derecho sustancial reclamado y no simplemente una decisión formal, por lo que el juez, al examinar el título que el demandante aduce, si concluye que éste reúne las exigencias legales, le ordena al demandado que satisfaga la obligación que compulsivamente se le cobra, en franco e inmediato reconocimiento del derecho recogido en las pretensiones; aspecto que en los demás procesos sólo se efectiviza en la sentencia, en tanto que el auto admisorio de la demanda que allí se profiere, es de estirpe puramente formal.

2. Es así, que el juez debe ejercer un primer control más estricto en torno a la calidad del título ejecutivo que se le presenta que respalde la providencia a emitir, por lo que, al proceder el funcionario a pronunciarse respecto del rogado mandamiento de pago, ha de resolver sobre los derechos sustanciales invocados por el demandante, a constatar la concurrencia de las precisas exigencias que se predicen del título ejecutivo previstas en el artículo 422 de la ley 1564 de 2012 (antes 488 del Código de Procedimiento Civil), que establece que el demandante debe exhibir una unidad documental oponible al demandado, con valor de plena prueba contra él y que sea contentiva, se itera, de *una obligación expresa, clara y exigible*, de manera que demostrada la existencia de una obligación con estas características a la que solo le falta el cumplimiento el cual se pretende con la orden judicial, el juez previo examen de los requisitos propios de la demanda debe proceder a librar la orden de pago.

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

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

Como ha dicho la Corte "**la exigibilidad de una obligación es la calidad que la coloca en situación de pago solución inmediata por no estar sometida a plazo, condición o modo, esto es, por tratarse de una obligación pura y simple y ya declarada**"¹.

De 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*"².

3. Una de las especies de títulos ejecutivos son los títulos valores, los que a voces del artículo 619 del Estatuto Mercantil, *son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora*; enseguida el artículo 620

¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 31 de agosto de 1942

² Sent., S. de N. G., 31 agosto 1942, LIV, 383, en Código Civil, Jorge Ortega Torres, Editorial Temis, 1982.

advierte: **“Los documentos y los actos a que se refiere este título sólo producirán los efectos en él previstos cuando contengan las menciones y llenen los requisitos que la ley señale, salvo que ella los presuma.”** (Subrayado fuera de texto). A continuación, el artículo 621 señala como requisitos de todo título valor la mención del derecho que en él se incorpora y la firma de quien lo crea, además, para el pagaré en forma particular el artículo 709 impone:

“El pagaré debe contener, además de los requisitos que establece el artículo 621, los siguientes:

- 1. La promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero;*
- 2. El nombre de la persona a quien deba hacerse el pago;*
- 3. La indicación de ser pagadero a la orden o al portador, y*
- 4. **La forma de vencimiento.**”*

Y conforme al artículo 673 del mismo compendio, aplicable al pagaré por remisión que se hace en el artículo 711:

“ARTÍCULO 673. <POSIBILIDADES DE VENCIMIENTOS EN LAS LETRAS DE CAMBIO>. La letra de cambio puede ser girada:

- 1) A la vista;*
- 2) A un día cierto, sea determinado o no;*
- 3) Con vencimientos ciertos sucesivos, y*
- 4) A un día cierto después de la fecha o de la vista.”*

4

4. Aplicadas dichas nociones al asunto del epígrafe, se observa que se aportaron como título ejecutivo dos pagarés -de idéntico tenor-suscritos por el demandado Néstor Raúl Traslaviña Santamaría en los que manifiesta: *“PRIMERO: Que debo y pagaré, incondicional y solidariamente a la orden de LUISA FERNANDA TRUJILLO POSADA (...) o a la persona natural o jurídica a quien el mencionado acreedor ceda o endose sus derechos sobre este pagaré la suma cierta de DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS MCTE (\$250.000.000,00), pesos moneda legal colombiana (...). SEGUNDO: Al terminar el proyecto ULB GOLD ubicado en la Transversal 3 No. 84-73 se reintegrará dicha suma con la rentabilidad que este produzca”.*

En verdad no existe en los documentos esgrimidos como base del recaudo fecha cierta para honrar la obligación incorporada en ellos.

Y si bien es cierto, lo indicado en el numeral 2º puede enmarcarse en la forma de vencimiento prevista en la segunda hipótesis del numeral 2 del artículo 673, esto es, a un día cierto no determinado, pues el vencimiento está condicionado a un suceso que debe ocurrir primero, y supone cierta incertidumbre; no lo es menos que debe acreditarse que tal hecho ya se verificó.

Empero, el demandante no arrimó ningún elemento de prueba del cual se determine que la condición de haberse terminado el proyecto ULB GOLD ya tuvo ocurrencia; y el proceso ejecutivo que encausó no es el mecanismo para completar el título, que debió arrimar con la

demanda, si es que aspiraba a que se librara la orden de pago (artículo 430 de la ley 1564 de 2012).

Ha de recordar el censor que las normas procesales son de orden público y de obligatorio cumplimiento, por tanto no pueden ser derogadas, modificadas o sustituidas por los funcionarios ni los particulares (artículo 13 ídem), de allí que es inviable la solicitud encaminada a que “con el concurso del despacho” se establezca la fecha de vencimiento de las deudas cuyo cobro requiere, y se libre oficio al demandado para que indique cuando ocurrió la condición, trámite extraño a los procedimientos legalmente establecidos.

Si como aduce el censor, no ha podido tener acceso a tal información directamente del demandado; el profesional del derecho que asesora a la demandada debe saber que el ordenamiento jurídico contempla otros mecanismos para lograr tal propósito, pero uno de ellos no es la demanda ejecutiva con solicitud de oficiar.

5. Corolario de lo así explicado, ante la ausencia de exigibilidad de los títulos, emerge coruscante la carencia de título ejecutivo y como a esa conclusión se llegó en el proveído apelado, esa decisión debe ser confirmada.

Decisión

En consideración a lo consignado en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. Sala Civil, **RESUELVE:**

1. **CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá el 18 de junio de 2021.
2. Sin condena en costas en esta instancia por no aparecer causadas.

Notifíquese y cúmplase,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

**Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **b45ee4d52298518f8770bb1a7679c33d9ae0785dd23830c78415134ce8bbf471**

Documento generado en 25/02/2022 04:33:31 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

Expropiación

Demandante: Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá E.S.P. Demandados:
Constructora J Ortiz G \$ Cía SCA.

Exp. 017-2019-00439-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá D. C., veinticinco de febrero de dos mil veintidós

En atención al memorial enviado por el señor Francisco Antonino Colorado y recibido en el día de hoy veinticinco de febrero de dos mil veintidós, se le informa que de acuerdo con el artículo 233 del Código General del Proceso las partes “[...] tienen el deber de colaborar con el perito, de facilitarle los datos, la cosas y el acceso a los lugares necesarios para el desempeño de su cargo [...]”, de donde fluye que el auxiliar de la justicia no requiere de autorización del despacho. En caso de ser necesario debe acudir a las partes para que, en aplicación del principio de colaboración, faciliten la práctica de la experticia.

Notifíquese,

OSCAR HUMBERTO RAMÍREZ CARDONA¹

Presidente Sala Civil

¹ El suscrito Presidente de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá firma el presente proveído, debido a que el Magistrado a cargo del proceso se encuentra en permiso que le fuera legalmente concedido.

Firmado Por:

**Oscar Humberto Ramirez Cardona
Magistrado
Sala 002 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6efc202e44e4c215d2edb5fbb6f020fd098fc248267a4ca9f34f001d11a1d57f**

Documento generado en 25/02/2022 04:46:17 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proceso N.º 110013103038201900361 01
Clase: VERBAL RCC
Demandante: PARCHEGGIO S.A.S
Demandada: BRIGHAM ANDINA LTDA EN
LIQUIDACIÓN

Comoquiera que el demandante, dentro de la oportunidad que consagra el penúltimo inciso del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 (cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió su alzamiento), cuyo plazo feneció el 24 de febrero de 2022, por su habilitación que tuvo lugar en proveído de 11 de ese mismo mes y año¹, no sustentó el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de 2 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado 38 Civil del Circuito de Bogotá, se declara DESIERTO su alzamiento, de conformidad con la norma reseñada en precedencia², en concordancia con los artículos 322 (*in fine*)³, 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias SU-418 de 2019 y C-420 de 2020), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencias STC13242/2017; STC705-2021; y STC3472-2021) y la Sala de Casación Laboral de esa misma Corporación (sentencias STL2791-2021, rad. 92191; STL8304, rad. 93787; STL7317-2021, rad. 93665; STL6362-2021, rad. 93129; STL5683-2021, rad. 93211; y STL11496-2021, rad. 94387).

Sin costas por no aparecer causadas (art. 365. 8, *ib.*).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Firmado Por:

¹ Notificado por estado electrónico n.º 25 de 14 de febrero de 2022, consultable en los siguientes enlaces: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/100492089/E-25+FEBRERO+14+DE+2022.pdf/b5a96ba1-14e3-40ec-9468-b53c629dcef7> (página 2 del listado) y <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/100492089/PROVIDENCIAS+E-25+FEBRERO+14+DE+2022.pdf/8b45b5dc-0ac8-45ca-9f02-94d606c39f57> (págs. 98 - 99, *ib.*).

² Según la cual “**ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. (...) Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto” (se subraya y resalta).**

³ Norma según la cual “**el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
f306cc07a8e58af702456423456744c19cd6f3f3138c59e448993861873b8bb3
Documento generado en 25/02/2022 04:23:05 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Proceso ejecutivo de **MARÍA EUGENIA CAICEDO DE CÓRBOBA** y otra contra **MAURICIO MORENO ROJAS** y otros. (Apelación de sentencia). **Rad.** 11001-3103-033-2014-00167-01.

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Sería del caso pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por el Juzgado Tercero Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, en el asunto de la referencia, si no fuera porque se advierte la configuración de la causal de nulidad contemplada en el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P., que debe ser declarada.

I. ANTECEDENTES

1. Por conducto de apoderado judicial, las señoras María Eugenia Caicedo de Córdoba y María Victoria Holguín Borrero, promovieron demanda ejecutiva en contra de Mauricio Moreno Rojas, Julio César Robayo Martínez, Gloria Rojas Vda. De Moreno, Yesica Juliette Robayo Martínez e, Inversiones Mauricio Moreno y Julio Robayo S.A.S., con el fin de lograr el pago correspondiente de las rentas causadas entre diciembre de 2012 y enero de 2014, respecto de los inmuebles ubicados en la carrera 14 No. 82-50 y carrera 14 No. 82-40/42, ambos en la ciudad de Bogotá, más lo correspondiente a la cláusula penal convenida.

2. El 2 de mayo de 2014 se libró mandamiento ejecutivo, ordenando entre otras cosas, notificar a los demandados conforme las previsiones del artículo 505 del entonces vigente Código de Procedimiento Civil¹.

¹ Folios 57-59, Archivo "01CuadernoDigitalizado" del cuaderno "C01CuadernoIDigitalizado".

Posteriormente, mediante proveído del 28 de mayo de 2018, se ordenó el emplazamiento de los demandados Inversiones “MAURICIO MORENO JULIO ROBAYO S.A.S., MAURICIO MORENO ROJAS Y GLORIA VDA DE MORENO” (sic), en los periódicos “El Tiempo”, “El Espectador”, “El Siglo” o “La República”².

3. El 10 de junio de 2018 se hizo la publicación en el diario “El Tiempo”³ para emplazar a las personas mencionadas.

4. Una vez efectuado el enteramiento se les designó curador *ad-litem* para que los representara, notificándose en primera oportunidad, el abogado Gustavo Tamayo⁴.

5. Surtido el trámite correspondiente, el 29 de septiembre de 2020, se profirió sentencia, accediendo a las pretensiones de la demanda⁵, decisión apelada por los demandados Julio César y Yesica Juliette Robayo Martínez⁶.

II. CONSIDERACIONES

De manera liminar, es de señalar que, las notificaciones al extremo pasivo se surtieron con sustento en las normas del C. de P.C., es decir, la nulidad procesal que se declarará ocurrió en vigencia de esa Codificación, razón por la cual, el análisis correspondiente se hará bajo la óptica de ese Estatuto, pues mal se haría en aplicar para ese específico aspecto, normas de procedimiento que aún no estaban vigentes, para la época en la que se surtió esa actuación.

En efecto, el numeral 4 del canon 625 del Estatuto General del proceso, prevé:

“Los procesos ejecutivos en curso, se tramitarán hasta el vencimiento del término para proponer excepciones con base en la legislación anterior. Vencido dicho término el proceso continuará su trámite conforme a las reglas establecidas en el Código General del Proceso”.

² Folio 216, Archivo “01CuadernoDigitalizado” del cuaderno “C01CuadernoIDigitalizado”.

³ Folio 217 Archivo “01CuadernoDigitalizado” del cuaderno “C01CuadernoIDigitalizado”.

⁴ Folio 268 Archivo “01CuadernoDigitalizado” del cuaderno “C01CuadernoIDigitalizado”.

⁵ Folio 309, Archivo “01CuadernoDigitalizado” del cuaderno “C01CuadernoIDigitalizado”.

⁶ Folios 310-311, Archivo “01CuadernoDigitalizado” del cuaderno “C01CuadernoIDigitalizado”.

A su vez, el numeral 5 de ese mismo precepto consagra que:

*“5. No obstante lo previsto en los numerales anteriores, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso **y las notificaciones que se estén surtiendo, se registrarán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones**”* (las negrillas y las subrayas no son del texto).

Entonces, como la demanda se radicó el 11 de marzo del año 2014, con anterioridad a la entrada en vigor del C.G.P., la regulación aplicable es la contenida en el C. de P.C., por lo menos, hasta que culminó el plazo para proponer las excepciones, como ya se anotó.

Aunado, si bien la orden del emplazamiento data del 28 de mayo de 2018⁷, es decir, bajo el nuevo régimen ritual, dicha actuación ya había iniciado con el mandato de notificar al extremo pasivo, contenido en la orden de apremio del 2 de mayo de 2014⁸, obligando a que el enteramiento se siga por la senda de la legislación anterior.

Las nulidades procedimentales tienen su fundamento en el artículo 29 de la Carta Política, pues con ellas, se busca garantizar el debido proceso y el derecho de defensa de quienes son partícipes en un litigio, en tanto que el trámite debe plegarse a las ritualidades previstas en las disposiciones legales pertinentes, a las que se debe sujetar el funcionario judicial, las partes y demás intervinientes.

En sentido complementario, la regla 13 del C.G.P., dispone que las normas procesales son de orden público y, por consiguiente, de obligatorio cumplimiento.

En desarrollo del precepto constitucional señalado, la legislación en forma taxativa, indica qué motivos dan lugar a invalidar la actuación, sin que en tales eventos opere la analogía, pues las demás irregularidades, diferentes a las previstas en la ley se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente, a través de los mecanismos previstos en la normatividad adjetiva civil, en desarrollo del principio de convalidación que rige en esa

⁷ Folio 216 digital, Archivo “Cuaderno 1 Digitalizado”.

⁸ Folios 57 y 58 digital, Archivo “Cuaderno 1 Digitalizado”.

materia.

De esta manera, las nulidades obedecen a la necesidad de proteger a la parte o a terceros, cuyo interés puede ser vulnerado o conculcado por causa de un vicio procesal, para hacer efectivo su derecho de defensa.

En ese orden, el artículo 140 del C. de P. C., vigente para la época en la que se tramitó el proceso, consagraba:

“El proceso es nulo, en todo o en parte, solamente en los siguientes casos: (...) 9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley”.

Mientras que el numeral 8 del canon 133 del C.G.P., vigente actualmente, reproduce de manera similar ese motivo de nulidad, por lo cual su inobservancia debe conducir inexorablemente a anular la actuación adelantada con desconocimiento de ese imperativo legal.

Más adelante, en el inciso 3 de la regla 135 de la referida Codificación, se determina que, tratándose de la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, sólo podrá alegarse por la persona afectada, mientras que el canon 136 de ese Estatuto, regula los casos en los que la nulidad se considera saneada.

En el presente asunto y, como se había anunciado, se impone declarar la nulidad de lo actuado, al configurarse la causal que contemplaba el numeral 9 de la regla 140 del C. de P.C., vigente para la época, hoy numeral 8 del canon 133 del C.G.P., ante la falta de emplazamiento en legal forma, respecto de Gloria Rojas Vda. de Moreno, Mauricio Moreno Rojas e, Inversiones Mauricio Moreno y Julio Robayo S.A.S., irregularidad que impide resolver de fondo el recurso de apelación.

En ese sentido, memórese que el artículo 318 de la antigua Codificación Procesal Civil, estableció en su inciso quinto lo siguiente:

“El emplazamiento se surtirá mediante la inclusión del nombre del sujeto emplazado, las partes del proceso, su naturaleza o el juzgado que lo requiere, en un listado que se publicará por una sola vez, en un medio escrito de amplia circulación nacional o en cualquier otro medio masivo de comunicación, a criterio del juez. El juez deberá indicar

en el auto respectivo, el nombre de al menos dos medios de comunicación de amplia circulación nacional que deban utilizarse. (...).”.

De la revisión de la publicación realizada se advierte que, en efecto se consignó la información referente a: i) las partes del proceso, y ii) su naturaleza; empero, no se indicó de forma completa, el Juzgado que lo requiere, en tanto solamente se incluyó que corresponde al “51 CIVIL DEL CIRCUITO” sin precisar de qué ciudad.

Además, se determinó como emplazados a “GLORIA VDA. DE MORENO” y a “INVERSIONES MAURICIO MORENO JULIO ROBAYO S.A.S.”, cuando lo correcto era Gloria **Rojas** Vda. de Moreno e Inversiones Mauricio Moreno y Julio Robayo S.A.S. (se destaca para resaltar) y, al indicar el nombre de los extremos en contienda, se señaló de manera incorrecta el de la ejecutada Yesica Juliette Robayo Martínez⁹ (según se constata en la firma impuesta en el contrato y en la presentación personal del poder que otorgó), refiriendo que es Yesica Juliette Robayo Martínez¹⁰.

En un asunto de similares contornos, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, consideró:

“Aunado a ello, en la página del informativo arrimado no consta que se les haya ‘emplazado’, pues las casillas aparecen sin nominación alguna y además, el apellido del co-demandante en revisión Leonardo Macías se registró de manera equívoca, pues allí aparece como Marcias.

En consecuencia, ante las irregularidades evidenciadas, se ha de declarar el motivo de invalidez previsto en el numeral 9 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil”¹¹.

Sin embargo, a pesar de los yerros advertidos, se tuvo por surtido el emplazamiento de los citados y de Mauricio Moreno Rojas, designándoles curador *ad litem*, irregularidad que vicia de nulidad las actuaciones procesales, al estructurarse la causal 9 descrita en el artículo 140 de la Normatividad Adjetiva Civil, reproducido en el numeral 8 del canon 133 del C.G.P., en la medida en que tal designación tuvo su génesis en un emplazamiento no agotado en legal forma.

Respecto de la nulidad advertida, estimó la mencionada Alta Corporación, lo siguiente:

⁹ Confrontar con los folios 9 y 162 digitales, Archivo “Cuaderno 1 Digitalizado”.

¹⁰ Folio 217 digital, Archivo “Cuaderno 1 Digitalizado”.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, AC2171-2016, Rad. 2014-00552-00, 18 de abril de 2016.

“De ninguna manera se puede..., dar por emplazado legamente a un demandado sin que hayan observado rigurosamente la totalidad de las formas legales exigidas para utilizar esta modalidad de notificación personal, principio este que se inspira en nociones fundamentales de las que esta sala ha hecho memoria en numerosas ocasiones, ejemplo de ellas la sentencia del 30 de mayo de 1979, que expresa en uno de sus considerandos: ‘...**las formalidades impuestas por la ley para la citación o emplazamiento de cualquier demandado, trátase de persona cierta o incierta, son de muy estricto cumplimiento porque en ellas va envuelto el derecho de defensa sin garantía, del cual no es posible adelantar válidamente ningún proceso. Por lo tanto, la inobservancia de cualquiera de estas formalidades entraña indebida representación del sujeto o sujetos objeto de emplazamiento, puesto que el curador Ad-litem que en tales circunstancias irregulares actúa, carece de la personería de sus presuntos representados...**”¹² (las subrayas y las negrillas no son del texto).

Ahora, si bien es cierto C. de P.C., al igual que lo hace el ahora vigente General del Proceso establecía que quien se encuentra legitimado para alegar esta nulidad procesal es la persona afectada –en este caso los emplazados- y, que la misma es de carácter saneable, por lo que debería ser puesta en conocimiento de los afectados, no lo es menos que en el asunto en mención es imposible remediar las falencias aludidas, por resultar afectadas personas que están representadas por curador *ad-litem*, auxiliar de la justicia que no puede enmendar la irregularidad; lo cual abre paso a la declaración oficiosa de la nulidad, senda procesal que ha recorrido la Corte Suprema de Justicia al admitir, como virtualmente insubsanable, este tipo de vicios, con argumentos que sirven de apoyo en casos como el presente.

Así, por ejemplo, en la sentencia del 15 de febrero de 2001, expediente No. 5741 el Alto Tribunal, refiriéndose a las normas del C. de P.C., estimó:

“(...) ‘...**en lo atañadero a la causal 9 del artículo 140 del C. de P.C., se tiene que si bien es cierto que no puede ser puesta en conocimiento para que los indebidamente citados la convaliden, lo que la convierte virtualmente en insubsanable**, no lo es menos que ello no significa que cualquiera de las partes resulte habilitada para alegarla, puesto que en el punto se mantiene inquebrantable la exigencia conforme a la cual sólo puede proponerla quien se encuentre legitimado para ello, es decir, aquel que no hubiere sido citado al proceso, sin perjuicio de que el juez de instancia decreta dentro de las oportunidades que para ello le otorga la ley’ (Casación Civil de 28 de abril de 1995, reiterada, entre otras, por la sentencia del 22 de febrero de 2000)”.

Adicionalmente, los citados tampoco comparecieron al juicio, para considerar que sanearon la irregularidad.

¹² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Sala de casación Civil, auto de 6 de febrero de 1991, Magistrado Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo Scholss, proferido dentro del proceso de separación de cuerpos de Luis Elías Ochoa contra Uriela Reina.

Sumado a lo expuesto, las comunicaciones remitidas a los emplazados se enviaron a la dirección “Cra 14 No. 88-26 of 206”¹³ de esta ciudad, cuando la informada al Juzgado en el escrito de demanda, correspondía a la “Cra 17 No. 88-23 of 206” de esta urbe¹⁴, la cual coincide con la que aparece en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad mercantil convocada¹⁵.

También se indicó como lugar para enterar a los citados, la dirección “Carrera 6 No. 89-02”¹⁶ y, según se corrobora en el audio y video del despacho comisorio, a través del cual se intentó secuestrar ese bien, corresponde al “Apto 801 Nivel 10 Etapa 1, Edificio Altamira Palace”; empero, las comunicaciones enviadas se dirigieron a la “carrera 6 No. 89-02 Apto 802”¹⁷.

Así las cosas, es evidente que no se procedió en la forma dispuesta en el canon 315 del entonces vigente C. de P.C., trámite que de manera imperiosa debía surtirse, previo a disponer sobre el emplazamiento; al respecto el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, en su especialidad civil, estimó:

“Ya concretamente en relación con el emplazamiento del demandado, debe decirse que para que el mismo proceda válidamente, es preciso que colme rigurosamente todas y cada una de la exigencias establecidas en la ley; rigorismo que nace precisamente de las evidentes desventajas que pueden derivarse para el demandado de semejante forma de notificación”¹⁸.

Tampoco aparece en el expediente, la comunicación devuelta “con la anotación de que la persona no reside o no trabaja en el lugar, o porque la dirección no existe” (numeral 4 artículo 315 C. de P.C.), con respecto a la misiva enviada a esta última dirección, requisito necesario para ordenar el emplazamiento.

Es en consideración de los planteamientos expuestos, que se procederá a declarar la nulidad de las actuaciones procesales, ello al amparo del artículo 325 del C.G.P., aplicable en este caso, por cuanto es la disposición vigente en la fecha en que se profiere esta decisión, normatividad que

¹³ Folios 75, 76, 79, 80, 87 y 88 digital, Archivo “Cuaderno 1 Digitalizado”.

¹⁴ Folio digital 53, Archivo, “Cuaderno 1 Digitalizado”.

¹⁵ Folio digital 35, Archivo, “Cuaderno 1 Digitalizado”.

¹⁶ Folio digital 93, Archivo, “Cuaderno 1 Digitalizado”.

¹⁷ Folios 133, 135 y 136 digital, Archivo, “Cuaderno 1 Digitalizado”.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia SC 4 de diciembre de 1995, exp. 5269.

ordena al juez de segundo grado, efectuar un examen preliminar del expediente, restando únicamente determinar el trámite que se verá afectado.

En ese sentido, el inciso 2 del artículo 138 *ejusdem*, consagra:

“La nulidad sólo comprenderá la actuación posterior al motivo que la produjo y que resulte afectada por éste. Sin embargo, la prueba practicada dentro de dicha actuación conservará su validez y tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla y, se mantendrán las medidas cautelares practicadas. El auto que declare una nulidad indicará la actuación que debe renovarse.”

Aplicando dicho precepto al caso, se concluye:

(i) La declaración de nulidad afectará la totalidad de lo actuado en el proceso, únicamente con respecto a los demandados Mauricio Moreno Rojas, Gloria Rojas Vda. de Moreno e Inversiones Mauricio Moreno y Julio Robayo S.A.S., a partir del auto que ordenó su emplazamiento, para que se intente nuevamente su notificación en las direcciones correctas y, en las demás que aparezcan en el expediente, atendiendo las consideraciones ya expuestas; **(ii)** Las pruebas practicadas, conservarán validez y tendrán eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirlas.

III. DECISIÓN

En atención de las consideraciones con precedencia relacionadas, la suscrita Magistrada de la **SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

RESUELVE

Primero. DECLARAR la nulidad de lo actuado en el proceso, respecto de Mauricio Moreno Rojas, Gloria Rojas Vda. de Moreno e, Inversiones Mauricio Moreno y Julio Robayo S.A.S., a partir del auto que ordenó su emplazamiento, para que se intente nuevamente su notificación en las direcciones correctas y, en las demás que aparezcan en el expediente, atendiendo las consideraciones ya expuestas, por encontrarse configurada la causal de nulidad regulada en el numeral 9 del artículo 140 del C. de P. C., vigente para la época en que se tramitó el asunto de la referencia y

reproducida por el numeral 8 del canon 133 del C.G.P. Lo anterior, a fin de que se renueve la actuación con el cumplimiento total de las formalidades exigidas por el legislador y conforme a lo dispuesto en esta providencia. **Se advierte que la nulidad declarada, no se hace extensiva a las notificaciones de los demás integrantes del extremo pasivo.**

Segundo. DECLARAR que las pruebas practicadas, conservarán plena validez y tendrán eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirlas.

Tercero. El expediente puede ser consultado en el siguiente link: 2014-00167-01.

Cuarto. DEVOLVER el expediente digitalizado al juzgado de origen para que renueve la tramitación invalidada, una vez en firme esta providencia. Por la secretaría oficiase y déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

**Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada
Sala 016 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

0fb57128df44c72e8b1f5bea13c253cc2bb3f99527e0d4d11eef4847ef872a3f

Documento generado en 25/02/2022 11:05:51 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ
SALA CIVIL**

**MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA
VILLEGAS**

Bogotá D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil veintidós
(2022)

RAD. 110013199 001 2021 59854 01

ASUNTO A TRATAR

Se resuelve el recurso de apelación que formuló Pablo Adrián Ríos Uribe contra el auto n.º 70682 de 15 de junio de 2021, a través del cual la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- negó el decreto de las medidas cautelares deprecadas por aquél en el proceso verbal por infracción a derechos de propiedad industrial que promovió contra Primitivo Restaurante Bolera Bar S.A.S.

ANTECEDENTES

1. Con apoyo en lo normado en el artículo 246 de la Decisión 486 de 2000 de la Comunidad Andina de Naciones -

CAN-, el demandante solicitó, como medida específica por infracción a la propiedad industrial, que se le ordene a la sociedad demandada *“cesar inmediatamente el uso de la palabra ‘PRIMITIVO’ -tanto en establecimiento de comercio físico como en aplicativos web, redes sociales y páginas de internet- para identificar bienes y servicios referidos en las clases 29, 35 y 43 de la Clasificación de Niza”*; así como *“el cierre inmediato del establecimiento de comercio denominado ‘PRIMITIVO RESTAURANTE BOLERA BAR’, propiedad de la demandada conforme consta en la matrícula mercantil n.º 3126086 de la Cámara de Comercio de Bogotá”*¹. Y, con fundamento en el literal b del artículo 590 del CGP, pidió la *“inscripción de la demanda sobre el bien mercantil denominado ‘PRIMITIVO RESTAURANTE BOLERA BAR’, inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo la matrícula mercantil n.º 3126086”*².

2. En la providencia impugnada³, la Superintendencia con funciones jurisdiccionales negó lo reclamado porque *“no aparece acreditado uno de los requisitos para que sea viable el decreto de una medida cautelar, como lo es el peligro de que se cause un daño a quien demanda a raíz de la espera de la decisión de fondo que ponga fin al litigio (periculum in mora)”*; exigencia contemplada por el canon 590 del estatuto procesal vigente. Afirmó que *“si durante más de catorce (14) meses aproximadamente la accionante tuvo conocimiento de la presunta infracción cometida en su contra sin ejercer la acción que da lugar a este expediente, no se advierte porqué unos*

¹ Expediente digital, documento “21-159854-TERMINADO PARA EL TRIBUNAL.pdf”, pág. 299.

² *Ídem*, pág. 300.

³ *Ídem*, págs. 322 a 325.

meses más, correspondientes a la duración del proceso, puedan llegar a ser determinantes para ocasionar un riesgo de tal magnitud a la actora que amerite adoptar una medida de carácter urgente”.

3. Inconforme con esa decisión, el demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación⁴, con los siguientes argumentos:

(i) *“El periculum en mora no se determina con base en el tiempo que haya tomado el accionante para ejercer su derecho de acción, sino por la demora del proceso judicial en sí mismo”, el cual podría ser, “en el mejor de los casos, año y medio, tal y como lo prevé el artículo 121 del Código General del Proceso”. Agregó que tal término “podría incrementar el daño causado al demandante por el demandado, pues durante año y medio múltiples comensales podrían continuar confundiéndose de restaurantes y (...) calificando de manera negativa el establecimiento de comercio de PABLO RÍOS, cuando en realidad querían calificar así el (...) de PRIMITIVO RESTAURANTE BOLERA BAR S.A.S. Esto no es solo un temor, pues tal y como se acreditó con la reforma de la demanda, tales referencias negativas y confusiones del consumidor ya han ocurrido en portales como TripAdvisor.”*

(ii) *“El tiempo transcurrido entre el conocimiento de la infracción y la interposición de la demanda tuvo una causa justificada: la pandemia y sus efectos económicos en el gremio*

⁴ Expediente digital, documento “21-159854-TERMINADO PARA EL TRIBUNAL.pdf”, págs. 328 a 336.

de los restaurantes, cosa que no afectó el intento de solucionar la controversia a través de mecanismos alternativos legalmente aceptados". Aludió a la conciliación que intentó en la Cámara de Comercio de Bogotá en julio de 2020, audiencia que se realizó el 6 de octubre siguiente. Alegó que *"[r]esulta ajeno a la realidad que en el auto recurrido se ponga de presente un término de catorce meses sin que el demandante iniciara acciones judiciales, siendo que precisamente ese término de catorce meses coincide con un periodo de pandemia que no se veía hace cien años, así como los efectos que tal circunstancia tuvo – y tiene – en la economía nacional."*

4. La SIC, en proveído n.º 81079 del 9 de julio de 2021 mantuvo incólume su decisión y concedió el recurso de apelación que ahora se resuelve⁵.

5. A través de correo electrónico de 14 de julio del año en curso⁶, dentro del término que señala el numeral 3 del artículo 322 del C.G.P., el apelante agregó los siguientes argumentos a su impugnación:

(i) *"El auto recurrido se fundamenta en un requisito que no existe en la ley, pues la urgencia en el decreto de una medida cautelar es (...) ajeno a lo establecido por el Código General del Proceso y en la Decisión 486 de la Comunidad Andina"*.

(ii) *"El periculum in mora no se determina por la urgencia sino por la fundada probabilidad de la continuidad de la*

⁵ Expediente digital, documento "12-159854-TERMINADO PARA EL TRIBUNAL.pdf", págs. 388 a 391.

⁶ *Ídem*, págs. 392 a 405.

infracción del derecho de exclusividad otorgado por el registro marcario, circunstancia que no fue tomada en cuenta por el auto apelado”. Afirmó que “el análisis debió centrarse en la protección efectiva de un determinado derecho de propiedad intelectual, desde el momento en que existen indicios de su vulneración y la probabilidad de que el presunto infractor pueda seguir disfrutando por la vía de hecho de unos derechos que son exclusivos del titular, tal como está ocurriendo en el caso objeto de estudio.”

(iii). *“Las medidas cautelares solicitadas con la demanda cumplen con todos los requisitos consignados en el Código General del Proceso y en la Decisión 486 de la Comunidad Andina”.*

(iv) *“El auto recurrido no motivó las causas para negar la medida cautelar de inscripción de la demanda solicitada para efectos de garantizar el cumplimiento de una eventual condena económica a cargo de la demandada”, contrariando lo dispuesto en los artículos 279 y 590, literal b, num. 1, del C.G.P.*

CONSIDERACIONES

1. Las medidas cautelares en los procesos declarativos. El artículo 590 del estatuto procesal vigente establece las reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las cautelas en los juicios de naturaleza declarativa. En el numeral 1, consagra las que son procedentes en cada uno de los grupos de los eventos

o asuntos litigiosos allí especificados con toda claridad en tres literales. Y, con sumo cuidado, se preocupó de referirse por separado a las que se han rotulado como *nominadas* de las que han sido llamadas, con razón, con el vocablo de *innominadas*. Todas tienen un mismo fin último; pero cada una de ellas atiende a propósito inmediatos diferentes, y tienen ámbitos de acción u operatividad también distintos. Las primeras tienen unos requisitos y asuntos especificados por la misma ley; en cambio las últimas, vienen aparejadas de unas exigencias cuyo entidad y alcance corresponde analizar y determinar en cada caso concreto al juez, atendiendo al asunto del cual se trate.

Esas cautelas también conocidas como *genéricas* o *atípicas* están autorizadas y reguladas en el literal c) del numeral 1 mencionado. Refiriéndose a este precepto, el exmagistrado Villamil Portilla señaló:

“En el texto del segmento distinguido con la letra c) del artículo 590 del Código General del Proceso, se consagra la que podríamos llamar cautela atípica, genérica o innominada, lo que significa que el Código General del Proceso abandona el numerus clausus en medidas cautelares, para abrir esta modalidad de garantía hacia el numerus apertus. El Código General del Proceso, en materia de medidas cautelares, expresa un sesgo ius publicista, en tanto otorga un mayor poder al juez, lo cual se expresa de varias en el artículo 590. Así, cuando el artículo se refiere a la proporcionalidad, necesidad y utilidad de la medida, otorga al juez en el caso de la cautela genérica un

*amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre esas medidas. (...)*⁷

Ahora, con respecto a los criterios consagrados en ese literal c) del numeral 1 del canon 590 comentado, el profesor Forero Silva explica:

“(...) podemos identificar las directrices que el juez tendrá en cuenta, para conceder las cautelas en estudio:

“1. Legitimación de las partes. Debe examinar si la persona que reclama la pretensión es a quien en efecto le pertenece, pues no es suficiente que exista el derecho sino que quien lo reclama es en realidad el sujeto a quien le corresponde, es decir, que el actor sea el titular del derecho subjetivo que se invoca en la demanda. Además ha de analizar si la persona contra quien se dirige la pretensión es en verdad quien deba responder por ella.

2. Interés para actuar. La causa petendi que se refleja en la demanda debe ser seria, ostensible, pues de los hechos alegados se intuye la amenaza o vulneración del derecho. No basta la simple eventualidad o especulación, puesto que el interés pierde seriedad y por lo mismo no se asoma un derecho plausible.

⁷ Villamil Portilla, Edgardo. “Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso”, en “Memorias XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal, septiembre 12, 13 y 14 de 2012.

3. *La necesidad de adoptar la medida, así como la efectividad de la que se decreta. Que sea indispensable para el cumplimiento de la sentencia, debiendo ser útil y efectiva para el caso concreto, por existir un riesgo que amerita ser atendido y evitar que se vulnere un derecho. Debe entonces el juez decretar una medida consonante con lo pretendido, y que impida la transgresión del derecho amenazado.*

4. *La proporcionalidad de la medida. Según lo pedido y cuantificado en la demanda, debe ser razonable, acompasada con el monto de la pretensión para que no resulte exagerada. El juez debe ponderarla decretando aquella cautela que se ajuste al caso concreto, sin olvidar que el demandado no ha sido condenado, y que a la vez sirva para materializar la pretensión en caso de que llegare a ser vencido.*

5. *Su alcance y duración. Que se trate de una medida que garantice la efectividad del derecho reclamado y permanezca mientras se encuentre afectado el derecho que se quiere tutelar.*

El demandante debe esforzarse por persuadir al juez de que le asiste el derecho que reclama, y para ello ha de formular una demanda convincente, con argumentos apoyados en material probatorio que respalde los hechos relatados, lo que estimula las pruebas extraprocesales para que las practique y las acompañe a la demanda, pudiendo de esta manera transmitir al

juez que sus reclamos son válidos, y que por el momento se advierte la probabilidad de que su derecho pueda ser reconocido favorablemente.”⁸

Y la Decisión 486 de la CAN sobre régimen común de propiedad industrial, en el capítulo II (arts. 245 a 249) consagra las medidas para *“impedir la comisión de la infracción, evitar sus consecuencias, obtener o conservar pruebas, o asegurar la efectividad de la acción o el resarcimiento de los daños y perjuicios”*, las cuales *“podrán pedirse antes de iniciar la acción, conjuntamente con ella o con posterioridad a su inicio”⁹*.

En lo concerniente con los requisitos o exigencias para el decreto de cautelas en esta materia, el canon 247 del citado cuerpo normativo expresamente dispone:

“Artículo 247.- Una medida cautelar sólo se ordenará cuando quien la pida acredite su legitimación para actuar, la existencia del derecho infringido y presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia. La autoridad nacional competente podrá requerir que quien pida la medida otorgue caución o garantía suficientes antes de ordenarla.

Quien pida una medida cautelar respecto de productos determinados deberá suministrar las informaciones necesarias y una descripción suficientemente detallada

⁸ Forero Silva, Jorge. Medidas cautelares en el Código General del Proceso. 2ª edición, Editorial Pontificia Universidad Javeriana- Temis S. A., Bogotá, pág. 31.

⁹ Véase artículo 245 de la Decisión 486 de la CAN.

y precisa para que los productos presuntamente infractores puedan ser identificados.”

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina -TJCA- en este preciso tema puntualizó que “*la obtención de la tutela cautelar exige a quien la solicite la carga de presentar una situación que, a la luz de los elementos de prueba disponibles prima facie, permita al juez considerar como verosímil y probable la existencia del derecho que se invoca (fumus boni iuris), y reconocer la presencia del riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a causa del retardo en su pronunciamiento (periculum in mora)*”. También señaló que “*el examen de estos requisitos de admisibilidad de la cautela, así como de los otros que se establezcan, conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la tutela de mérito*” (Gaceta Oficial, Año XXI, num. 1134, proceso n.º 96-IP-2004, pág. 24)¹⁰.

2. Caso *sub judice*. El señor juez de primer grado halló satisfecho lo relativo a la titularidad de las marcas mixtas «PRIMITIVO» y «PRIMITIVO FDO»- y con ello la legitimación para promover el juicio por la presunta infracción marcaria alegada y pedir medidas preventivas¹¹ -aspectos sobre los que no hubo discusión-. Sin embargo, negó las cautelas de cese del uso de la palabra «PRIMITIVO» y el cierre del establecimiento «PRIMITIVO RESTAURANTE BOLERA BAR», por ausencia del *periculum in mora*. Contra esa decisión se concentra la mayor parte de la inconformida que plantea el recurrente.

¹⁰ <http://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Gacetas/Gace1134.pdf>

¹¹ Expediente digital, documento “12-159854-TERMINADO PARA EL TRIBUNAL.pdf”, págs. 308 a 316.

Pues bien, como se dejó advertido, además de la legitimación de quien reclama el decreto cautelar, la existencia del derecho que se afirma infringido (*fumus boni iuris*), y de medios de convicción siquiera sumarios que permitan inferir la comisión de la infracción o su inminencia, es menester acreditar el peligro en la demora (*periculum in mora*); es decir, el riesgo de que con el solo paso del tiempo que pueda demorarse la emisión de la sentencia, implique ciertamente afectación del derecho reclamado, de tal forma que esa decisión pueda resultar inútil para la protección eficaz pretendida.

Contrario a lo alegado por el impugnante, son aspectos absolutamente relevantes “*supuesto de inmediatez*” y la “*urgencia en el decreto de la medida*”, y deben ser analizados por el juzgador, para determinar la real necesidad y efectividad del decreto de las cautelas. Es que las mismas no pueden ser utilizadas con ligereza en detrimento de los derechos que también le asisten a la parte accionada, cuya presunción de inocencia se mantiene incólume hasta la emisión y firmeza de la sentencia que lo declara responsable. Para imponerlas es necesario la exigencia de mayor cuidado y rigor en el examen del contexto episódico y jurídico; pues, ellas constituyen una especie de anticipación del resultado final del juicio, en especial en casos como el aquí examinado. Así que, de no acreditarse la existencia de unas condiciones muy sólidas y precisas, no se debe acceder a ellas desde una etapa temprana del proceso en la que todavía no hay certeza de la vulneración que se le atribuye a la parte demandada.

En el presente caso, hasta el actual momento procesal, no se ha determinado con claridad y precisión que la sociedad Primitivo Restaurante Bolera Bar S.A.S. haya hecho uso transgresor de los derechos marcarios del señor Pablo Adrián Ríos Uribe. Aunque las pruebas sumarias aportadas den lugar a intuir o inferir un posible daño, no se logra ver nítidamente que de verdad el tiempo faltante para el momento en que se profiera la sentencia con la cual se resuelva de fondo este litigio, implique un riesgo serio y real del derecho de la parte actora; y menos todavía que por efecto de tal mora, el mismo pueda resultar ilusorio con el fallo, ni afectado en grado tal que resulte inútil esa decisión para protegerlo.

Por otro lado, ni la emergencia sanitaria por la covid-19 ni el intento previo de conciliación, constituyeron óbice para que el interesado hubiese acudido a la jurisdicción a reclamar el decreto de la medida cautelar.

Y en lo que respecta a la conciliación previa a la formulación de la demanda, lo cierto es que *“en todo proceso y ante cualquier jurisdicción, cuando se solicite la práctica de medidas cautelares se podrá acudir directamente al juez sin necesidad de agotar la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad”* (par. 1º, art. 590, CGP, se resalta). Entonces, el aquí actor bien pudo solicitar las cautelas, aún sin haber acudido a citado método alternativo de solución de conflictos, ni haber quedado a la deriva de los aplazamientos e incumplimientos que, según alega, le imputo a la convocada.

En un caso de similares contornos, este Tribunal precisó:

“En efecto, en lo que atañe al peligro en la demora, esto es, el riesgo de que el derecho o interés protegido por la ley pueda verse afectado por el transcurso del tiempo, que entraña lo medular de la censura, debe decirse que no se encuentra configurado, en la medida en que el mismo demandante reconoció (en el hecho n.º 8 del libelo genitor subsanado) que ‘tuvo conocimiento del uso que [la] demandad[a] hace de la marca ‘PIDE UN DESEO’, desde julio de 2019, cuando se comunicó con [ella] y la requirió para que cesara el uso de [esa] marca’, lo que supone que a partir de aquella data, el señor Jaramillo Hoyos ha coexistido con el uso irregular que le enrostra a la accionada; por ende, queda descartada la inmediatez que reclaman las medidas previas deprecadas, aun so pretexto de ‘los inconvenientes de un año 2020 totalmente atípico, con una pandemia, confinamiento, cierre de despachos judiciales y centros de conciliación’, si se repara en que el pedimento cautelar vino a hacerse hasta el 28 de enero de 2021, junto con la presentación de la subsanada demanda.

De allí que no se permita que con la cautela se pretendan alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante largo tiempo. En ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia española, con miramiento en el artículo 728.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil¹². Al respecto, el Tribunal Supremo

¹² Según el cual “no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces”.

Español en auto de 3 de mayo de 2002, señaló que ‘...sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrán producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria y la existencia del peligro de mora, requisito esencial para la adopción de la medida cautelar solicitada [que] se configura con un carácter objetivo, como una probabilidad concreta de peligro para la efectividad de la resolución que se dicte, no en términos subjetivistas de creencia o temor del solicitante en la existencia del peligro’” (TSB, auto del 25 de marzo de 2021, rad. 110013199001202115866 01, M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora).

Lo que se ha dejado explicado es muy suficiente para confirmar la decisión de primer grado en lo concerniente con las dos cautelas de cese del uso de la palabra «PRIMITIVO» y el cierre del establecimiento «PRIMITIVO RESTAURANTE BOLERA BAR».

Con respecto al decreto de inscripción de la demanda, el fallador de primer nivel lo zanjó de forma desfavorable bajo el mismo análisis anterior; esto es, la carencia del *periculum in mora*, porque de manera genérica resolvió “desestimar la solicitud de **medidas cautelares** presentada”¹³ (se resalta). De

¹³ Expediente digital, documento “12-159854-TERMINADO PARA EL TRIBUNAL.pdf”, pág. 325.

manera que no acierta el demandante al sostener que el auto recurrido no motivó las causas para negar esa puntual medida.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia explicó:

“En este sentido la Sala corrige al sentenciador fustigado constitucionalmente, por cuanto el literal c) del art. 590 del C. G. del P., no cobija dentro de sus hipótesis ni expresa ni implícitamente, las cautelas previstas en los literales a) y b), del mismo art. 590, sino otras muy diferentes a ellas, las cuales deben cumplir las condiciones exigidas en el mencionado literal c), sin que pueda inferirse que pueda tener como atípicas, las medidas tradicionales que siempre han sido nominadas en el derecho nacional de las cautelas.

(...)

*Así las cosas, **no le era exigible realizar el estudio de buen derecho, necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, como si se tratara del decreto de una “innominada”, cuyo régimen es distinto al edificado para la “inscripción de la demanda”.***

(...)

Las cautelas continúan siendo, como en el anterior Estatuto Adjetivo Civil, la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, el embargo y/o el secuestro; empero, además, se establece la procedencia de las llamadas innominadas y las previstas para los “procesos de familia” (art. 598, C.G.P.), al lado de

algunas otras, específicamente autorizadas a lo largo del ordenamiento.

Esa clasificación demuestra la existencia de una regulación propia para cada tipo de medida e impide concluir que para el decreto de la inscripción de la demanda en asuntos como el aquí debatido, se deba exigir el mismo examen minucioso requerido para la prosperidad de una innominada, pues, de haber querido ello, el legislador, por un lado, así lo habría indicado en la respectiva norma y, por el otro, nada habría precisado taxativamente en torno a la pertinencia y demás características de esa disposición preventiva en los procesos de responsabilidad civil donde se persiga el pago de perjuicios” (CSJ, STC9822-2020, rad. 11001-02-03-000-2020-02830-00, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, se resalta).

Entonces, si en el presente asunto el demandante pretende que “*se declare que la demandada (...) es civilmente responsable de los daños y perjuicios ocasionados (...) al usar de manera idéntica y/o semejante, sin autorización de este y sin estar dentro de ninguna de las excepciones legales, las marcas ‘PRIMITIVO’ (...) y ‘PRIMITIVO’ (...)*”; y “*se condene (...) por concepto de indemnización prestablecida*” (pretensiones 8º, 9ª, 10ª y 11ª)¹⁴, tales propósitos guardan correspondencia con una eventual responsabilidad civil extracontractual, que habilitan

¹⁴ Expediente digital, documento “12-159854-TERMINADO PARA EL TRIBUNAL.pdf”, págs. 268 a 270.

la concesión de la inscripción de la demanda conforme al numeral 1, literal b del artículo 590 del C.G.P.

En definitiva, se habrá de revocar esta parte de la decisión de primer grado; en su defecto, se ordenará decretar la cautela, si el solicitante, previamente constituye la caución que le será fijada por el señor juez de primer grado.

3. Conclusión. Se impone la confirmación de la decisión de desestimación de la solicitud cautelar de ordenar el cese del uso de la palabra «PRIMITIVO» y el cierre del establecimiento «PRIMITIVO RESTAURANTE BOLERA BAR». En cambio se revocará la negación de la inscripción de la demanda, la cual será decretada por el señor juez de primer grado, siempre y cuando el solicitante constituya la previa caución que allí le habrá de ser fijada.

4. Costas. No se condenará en costas por no estar causadas, conforme lo impera el canon 365, numeral 8, del Código General del Proceso.

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Se confirma la decisión de primer grado en lo concerniente con las dos cautelas de cese del uso de la palabra «PRIMITIVO» y el cierre del establecimiento «PRIMITIVO RESTAURANTE BOLERA BAR».

SEGUNDO: Se revoca la decisión de primera instancia de negar la inscripción de la demanda; en su defecto, se le ordena a la autoridad de primer grado que, previo a decretarla, provea sobre la caución, su naturaleza, cuantía y término en el que deba ser prestada.

TERCERO: No se condena en costas, por no aparecer causadas.

CUARTO: En la oportunidad correspondiente, devuélvanse las diligencias al despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**5affb878f8265a1079c717147969f2980caee30d811edad2a
d0307d6c0ec80bd**

Documento generado en 25/02/2022 09:58:21 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico
en la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>