

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013199003201801255 02
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO
Demandantes: ANA CRISTINA y MARÍA PAULA ORREGO GÓMEZ
Demandada: ACCIÓN FIDUCIARIA S.A., actuación a la que fue llamada en garantía SBS SEGUROS COLOMBIA S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 14 de 6 de abril del año en curso.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo de la apelación interpuesta por la demandada contra la sentencia que el 13 de octubre de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual, en síntesis, la declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios ocasionados a su contraparte y halló probadas las excepciones planteadas por la llamada en garantía, SBS Seguros Colombia S.A.

ANTECEDENTES

1. En la subsanada demanda y con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez pidieron que “*por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*”, se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a devolverles, a cada una, la suma de \$255’645.000,00 que entregaron por virtud de los contratos de encargo fiduciario individual n.os 0001100010258 y 0001100010228 de 1º de mayo de 2014¹, que, en su orden, ambas suscribieron; cifra que pidieron indexar junto con sus “intereses legales”, desde que fue depositada a su opositora y hasta que se verifique su pago.

2. Para sustentar sus pretensiones, las actoras sostuvieron que a

¹ Negocio jurídico suscrito por Urbo Colombia S.A.S. (*promotor*), Sociedad Acción Fiduciaria S.A. (*fiduciaria*) y las acá demandantes (*inversionistas*).

través de los referidos contratos de encargo fiduciario se vincularon como **inversionistas** para la adquisición de los locales n.ºs 1-069 y 1-068 del proyecto inmobiliario denominado “*Centro Comercial Marcas Mall Cali*”, respectivamente, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y eventos, todo lo cual a desarrollarse en una “*única etapa*” en el lote identificado con el folio de matrícula n.º 370-695292 de la Oficina de Instrumentos Públicos de esa ciudad, según se determinó en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013 únicamente entre Urbo Colombia S.A.S.², como promotora, y su contraparte (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), en su calidad de fiduciaria, quien según la **cláusula tercera** del referido convenio, estableció ocho **condiciones** para la transferencia de los recursos de las inversionistas vinculadas al proyecto.

Agregaron que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S.³ (*promotora-fideicomitente*) respecto del encargo fiduciario en comento (MR-799); el día 1º de mayo de 2014, las demandantes suscribieron con la promotora (Marcas Mall S.A.S.) y su aquí opositora (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), los encargos fiduciarios individuales n.ºs 0001100010258 y 0001100010228 para que esta última tuviera la “*guarda, administración, custodia y cuidado*” de sus recursos, y “**una vez se cumplieran los requisitos de transferencia**”, sus dineros fueran trasladados a la “promotora” para adquirir los locales 1-069 y 1-068, sin que hasta la fecha se haya suscrito la correspondiente escritura pública de venta.

Añadieron que el 28 de marzo de 2014, la aquí “accionada” y la “promotora” suscribieron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali.

Manifestaron que optaron por demandar tan solo a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por haber sido con quien suscribieron el encargo fiduciario individual y por ser quien recibió sus dineros, persona jurídica que, a su juicio, no podía trasladar los emolumentos a la promotora, como lo hizo, según consta en el ***acta de verificación de requisitos*** de 4 de noviembre de 2014, por no encontrarse satisfechas hasta ese momento las “condiciones de transferencia” y porque no se contaba con la *ratificación* de la parte demandante, de suerte que como el que “*paga mal paga dos veces*”, la accionada debe asumir el reclamado reintegro.

² Persona jurídica respecto de la cual, junto a Urbanizar S.A., la primera instancia, mediante auto de 28 de marzo de 2019, desestimó la excepción previa formulada por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. consistente en “*no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*” (archivo “034 Auto” del expediente digital).

³ Mediante documentos privados de 19 de octubre de 2016, de un lado, la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. cedió su posición contractual en el Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali a Urbanizar S.A., en un **70.4%**, y de otro, en el mismo porcentaje, hizo lo propio Proyectos y Construcciones San José Ltda. en cabeza de Urbanizar S.A., según la documental aportada por la demandada al replicar.

En lo medular, el incumplimiento contractual (del encargo original, sus otrosíes e individual en comentario) y legal, las actoras lo hicieron consistir en que:

a) si bien se previó que el terreno en el que se haría el centro comercial Marcas Mall en Cali, debía estar en cabeza de un fideicomiso administrado por la accionada, lo cierto es que para la fecha de la supuesta **acta de verificación** (4 de noviembre de 2014), la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría ese proyecto **aún** se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S., mas no de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, según la anotación n.º 11 del certificado de tradición y libertad n.º 370-695292;

b) para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, no se cumplió la condición según la cual debía celebrarse un total de contratos de “encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista” equivalente al **52%** de las ventas estimadas del proyecto, o de cada etapa del proyecto, si es del caso, porcentaje que no se alcanzó, pues de acuerdo con la respuesta de 14 de noviembre de 2017 que la accionada emitió con ocasión de una petición presentada por uno de los inversionistas, para ese momento las ventas ascendían a **\$92.827'383.075,00**, cuando en los encargos fiduciarios estaban proyectadas para la fase n.º 1 en **\$253.031'332.726,00** (es decir, menos del **37%**), pues el punto de equilibrio correspondía al monto de \$131.576.293,017.;

c) Tampoco se les informó lo atinente a la **supresión** (que, entre otras, tuvo lugar a través del otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 que suscribieron convocada y promotora) de la condición 7ª del encargo MR-799, atinente a que para la transferencia de sus recursos, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las unidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*.

Lo anterior, por cuanto para el 4 de noviembre de 2014, el valor de las unidades comprometidas en venta ascendía a \$92.827'383.075,00, por lo que el aludido porcentaje (15%) de los saldos no debía superar los \$13.924'107.461,00; empero, lo pagado por la demandada solo llegaba a \$24.345'893.031,00 y los saldos superaban los \$83.002'345.308,00.

d) Incumplió con verificar el requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en la mencionada acta de 4 de noviembre de 2014 la demandada así lo aseguró, fecha para la cual no existía comunicación de la promotora, la que solo se obtuvo hasta el 14 siguiente, conforme lo acreditó su revisora fiscal, Adriana Aguilón Ramírez.

Añadieron que los días **18 y 22 de agosto de 2017** suscribieron **otrosíes** (n.º 4) “*generales reglamentarios*” a los contratos de encargo fiduciario

individual n.ºs 0001100010258 y 0001100010228, respectivamente, “**mediante maniobras engañosas**” y “**dolo**” de su opositora, pues las sumas que dieron por concepto de inversión ya habían sido entregadas por la convocada –en silencio- a Marcas Mall Cali S.A.S. dos años atrás; las actoras cumplieron con sus obligaciones, entre ellas, la entrega de todos los recursos acordados; su contraparte y la “promotora” cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos al agregar “convenientemente” la expresión: “**si es del caso**”, sin habérselo informado a los inversionistas, lo que desconoce el artículo 97 del EOSF.

Sostuvieron que en el párrafo 1º de la cláusula primera de los otrosíes (a los encargos individuales) suscritos entre las aquí comprometidas los días 18 y 22 de agosto de 2017 -estipulación que consideran **abusiva e ineficaz de pleno derecho** al tenor de los artículos 42 y 43 de la Ley 1480 de 2011- acordaron que “*las partes mediante el presente contrato, además de pactar las nuevas condiciones y términos del objeto del encargo fiduciario, manifiestan que transan y desisten de cualquier incumplimiento surgido con ocasión al contrato de encargo fiduciario originario firmado por las partes el día [1º de mayo de 2014]⁴ y sus posteriores otrosíes*”, el que en efecto firmaron bajo la convicción errada de que su opositora había verificado el cumplimiento de las condiciones para la transferencia de recursos; agregaron que las respuestas de la demandada con motivo de sus reclamaciones directas, constituye un indicio grave en su contra, ya que transfirió los recursos sin la debida verificación de las condiciones.

Por último, señalaron que su contradictora faltó a sus deberes contractuales de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de los bienes fideicomitidos, legales y aquellos consagrados en el EOSF, pues de lo contrario sus dineros les habrían sido devueltos.

3. Admitida la demanda por auto de 30 de agosto de 2018, la demandada, en esencia, señaló:

a) solo fungió como **administradora** y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de la propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosíes reglamentarios de 18 y 22 de agosto de 2017, desprovistos de engaño, se modificaron los planes de pago, cuyo clausulado no califica como abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a las actoras de las modificaciones a través de boletines; **f)** las demandantes no tienen los recursos consignados en su encargo fiduciario, porque “fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor” –sin precisar cuándo-, “de conformidad con lo pactado” en el contrato, para que éste ejecutara el

⁴ Fundamento de las pretensiones.

proyecto, y g) si hubo un perjuicio para las demandantes, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.

Por tales razones excepcionó “transacción”, “cláusula compromisoria”, “no es contractualmente responsable”, “inexistencia de daño”⁵ y de “nexo causal”⁶, “error en la identificación del contrato celebrado”⁷, “falta de legitimación en la causa por pasiva” y la “genérica”. Por último, objetó el juramento estimatorio⁸.

4. Con soporte en la póliza n.º 1000099 (amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), Acción Sociedad Fiduciaria llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.)⁹.

4.1. La referida aseguradora coadyuvó las defensas presentadas por su llamante, se opuso a la demanda y excepcionó:

“Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria”; “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Acción Fiduciaria por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”¹⁰; falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall Cali S.A.S.-”¹¹; “procedencia de la sentencia anticipada en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y la “genérica”.

4.2. Frente al llamamiento también se opuso y excepcionó: *“ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”¹², “ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”¹³; en subsidio, formuló las defensas que denominó:*

⁵ Porque no actuó con culpa, ni existe nexo causal, ni se generó un daño efectivo, real, directo y determinable, pues el dinero invertido por las actoras se encuentra representado en la parte o alícuota que les corresponde del inmueble con matrícula n.º 370-695292 “en el que se desarrollaría el proyecto”.

⁶ Soportada en que “no tenía el deber de verificar el cumplimiento de” los “requisitos” a que aluden las demandantes, cuando ello era del resorte de la promotora e interventor, aunado a que no existe nexo causal, al haberse dado inicio a la obra.

⁷ Fincada en que existe una diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, que radica en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos dados en la segunda, la cual es inexistente en el primero. Que en este asunto, “el único vínculo contractual que existió entre la parte demandante y Acción Fiduciaria, fue un encargo fiduciario, mas no un fideicomiso o patrimonio autónomo; es decir, que la propiedad de los recursos es del titular del encargo, Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., sociedad constituyente, quien estableció las condiciones para el cumplimiento del punto de equilibrio y sólo ella las declara cumplidas como constituyente del encargo.

⁸ Que la primera instancia se abstuvo de tramitar.

⁹ Solicitud radicada el 29 de enero de 2019.

¹⁰ Apoyada en que la parte demandante no cumplió con la carga de demostrar la responsabilidad civil de Acción Fiduciaria, conforme lo prevén los artículos 167 del CGP y 1604 del C.C., como tampoco probó los alegados perjuicios, máxime cuando los recursos invertidos los recibió la promotora y/o algún otro sujeto diferente por ella autorizado.

¹¹ Fundada en que no está llamada a responder por acciones u omisiones de un tercero como Marcas Mall Cali S.A.S. en torno a la construcción del centro comercial.

¹² La aludida defensa, porque conforme al artículo 1056 del C. de Co., debe haber un daño, incumplimiento contractual y legal, y un nexo causal, lo que aquí no se demostró.

¹³ Soportada en que según el numeral 3º de las condiciones generales de la póliza con fundamento en la cual ha sido llamada, excluyó su responsabilidad “en casos en los cuales se acredite que los reclamos

“improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”¹⁴, “agotamiento del valor asegurado”¹⁵, “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la [aludida] póliza y Sección de responsabilidad civil profesional”¹⁶ y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.

5. La sentencia de primera instancia

La autoridad jurisdiccional de primera instancia desestimó las defensas formuladas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; en consecuencia, la declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a las demandantes; la condenó a pagarles, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esa decisión, a cada una, la suma de \$335.094.505,61, so pena de causarse intereses de mora a la tasa que establece el artículo 884 del C. de Co.; se abstuvo de condenarla en costas y, por último, conminó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a acreditar el cumplimiento del fallo en un lapso de 8 días posteriores al término otorgado para sufragar la anterior suma, so pena de dar paso al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11º del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011.

En cuanto a la aseguradora, llamada en garantía, acogió sus medios excepcionales¹⁷ para absolverla, en esencia, por ausencia de cobertura al ser aplicable una de las exclusiones previstas en las condiciones generales del contrato de seguro.

Para llegar a esas conclusiones, en síntesis, comenzó por señalar que la sociedad demandada era la llamada a resistir las pretensiones de su contraparte, porque de acuerdo con el negocio fiduciario objeto de estudio, asumió la responsabilidad de actuar con diligencia en la administración de sus recursos y, en consecuencia, “responde efectivamente para que... sean destinados al patrimonio autónomo que sirve como mecanismo de administración y pagos del proyecto inmobiliario”.

Luego de hallar impróspera la excepción perentoria de “cláusula compromisoria” por entenderla renunciada tácitamente, conforme lo

proviene efectivamente de actos profesionales incorrectos de Acción Fiduciaria derivados de conductas delictivas, deshonestas, fraudulentas o maliciosas; o con violación de la ley por parte del asegurado, o ante un fraude que dé origen a los reclamos contra el asegurado por parte de sus clientes”.

¹⁴ Conforme a los artículos 1079, 1089 y 1111 del C. de Co., y lo pactado en la carátula de la póliza, existe un límite asegurado de \$15.000'000.000,00, suma a distribuir entre todos los asegurables que hayan reclamado durante la vigencia del contrato de seguro.

¹⁵ Para cuyo efecto pidió primero certificar el estado de la póliza y valores pagados.

¹⁶ Conforme al artículo 1103 del C. de Co., y lo acordado en el punto 4.14 del contrato de seguro, de haber una condena, deben deducirse \$150'000.000,00.

¹⁷ *“ausencia de cobertura de la póliza sección iii de responsabilidad profesional no. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial, las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro” y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección iii de responsabilidad profesional de la póliza no.1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.*

regula el numeral 2º del artículo 100 del CGP, consideró que las obligaciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria demandada fueron desatendidas desde la etapa de preventas, al punto que debía “realizar procedimientos de control interno” para que, “entre otros aspectos del proyecto, pudiera determinar, evaluar y verificar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no comprometiera la viabilidad del proyecto, que no se fuera a presentar desviación de los recursos recaudados y que se hubieren establecido en forma debida las condiciones técnicas y jurídicas para que el mismo llegara a término”, lo que no demostró.

También se pronunció en torno a la falta de verificación de las condiciones relativas al punto de equilibrio o de transferencia de recursos de las inversionistas, según lo acordado en el encargo fiduciario MR-799 y su otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 (vigente para cuando se levantó el acta de verificación de requisitos de 4 de noviembre de esa misma anualidad), pues, para el momento en que se giraron los dineros a la promotora, *no había soportes del cumplimiento de las condiciones enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera del mencionado convenio, según las cuales debía primero acreditar y verificar la carta de aprobación o pre-aprobación del **crédito constructor** otorgado por una entidad financiera para el desarrollo del PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso y certificado de tradición actualizado del **lote de terreno sobre el cual se desarrollará el PROYECTO, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.***

Así, coligió que el *acta de cumplimiento de condiciones [de 4 de noviembre de 2014] tenía información falsa, y que esa conducta obedeció a un actuar **fraudulento** como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio*, por lo cual la fiduciaria demandada no debió transferir los recursos aportados por las inversionistas, tanto más cuando era su deber legal verificar las condiciones para la viabilidad del proyecto, conforme a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, así como proteger los bienes fideicomitados, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

Consecuente con lo anterior, la primera instancia declaró la responsabilidad contractual de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y, por consiguiente, estimó que lo dable era condenarla, a título de indemnización, a reintegrar los dineros entregados por las aquí inversionistas-demandantes, debidamente indexados, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, encontró demostrada la exclusión pactada en el contrato de seguro, en concreto, la descrita en el literal b) de la cláusula 3.7 de las **condiciones generales de la póliza**, referida a los actos torticeros o

deshonestos del entonces representante legal [Álvaro José Salazar] de su afianzada (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), aceptados por esta última, con fundamento en que los *hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada- asegurada, por conducto de su representante legal, como fraudulento[s]*’.

6. Recurso de apelación

La sociedad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada y formuló por escrito sus **reparos concretos**, que en esencia, están soportados en lo siguiente:

6.1. Sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las facultades para fallar *ultra y extra petita*, la *decisión no estuvo centrada al vínculo contractual sino a aspectos internos de funcionamiento de la Fiduciaria*, que no fueron objeto de discusión.

6.2. Inobservancia de la integración del litisconsorcio necesario, pues debió vincularse al *promotor [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del proyecto a sabiendas de que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado*’.

6.3. Respecto a la *valoración probatoria*, puesto que la valoración de los elementos de convicción se efectuó de manera individual y aislada, mas no sistemática (sana crítica) como lo exige el artículo 176 del CGP.

6.4. Inexistencia de la obligación contractual aducida por la Delegatura, en tanto Acción Sociedad Fiduciaria S.A. *no tiene un solo procedimiento sino tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna*.

6.5. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no es contractualmente responsable, porque *nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles, ni con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible; y tampoco generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la [parte] demandante que le resultara imputable*, aunado a que cumplió con corroborar los *requisitos según el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014*.

6.6. En punto al pronunciamiento sobre el llamamiento en garantía, por cuanto la *delegatura soslayó el material probatorio aportado por este extremo procesal y solo fundó su decisión en hechos que no gozan de certeza*, en concreto, el interrogatorio de parte de su representada, porque allí tan solo sostuvo que *conoció de hechos que serían presuntamente fraudulentos y procedió a dar alerta a las autoridades competentes como indica su deber legal*.

En la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la demandada **sustentó sus reparos concretos**, en síntesis, así:

Las demandantes tenían pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de los recursos, más aún, “gozan de las calidades y cualidades que las acreditan como personas expertas en este tipo de negocios”; por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, “eran plenamente conscientes de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ellas mismas les correspondían”.

La primera instancia accedió a las pretensiones basándose en hechos que no fueron alegados en el libelo introductorio y *sobre los cuales no versó la actividad probatoria*, porque, en primer lugar:

i) Comportó aspectos que no guardan relación con lo ambicionado, y de ahí la evidente **incongruencia** del fallo recurrido, pues el *a quo realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre las partes y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso.*

ii) A partir de esos hechos, no relacionados con el objeto del proceso, dio por probada una supuesta falta de diligencia e incumplimiento de los deberes legales de la fiduciaria, por no contar con un adecuado Sistema de Control Interno, contrario a lo que consideró en *primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el Superintendente Financiero.*

iii) *Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor financiero sino, en realidad, al de una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.*

Lo anterior, para insistir en que no tenía *el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios.*

En segundo lugar, señaló que de ser cierto que las *demandantes sufrieron un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso*”, era necesario **integrar el contradictorio** con la promotora del proyecto (Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.), sin que resultara admisible el argumento según el cual, la *Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera*, luego de lo cual consideró que la sentencia no valoró los medios suasorios en conjunto, ni aplicó las reglas de la sana crítica.

En tercer orden, adujo que no existe la obligación contractual mencionada por la primera instancia que dé lugar a su responsabilidad, por no configurarse los elementos necesarios para ello al tenor de lo

previsto en el artículo 1604 del C.C., ante la ausencia, de un lado, de una *conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales establecidas en el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351*”; por el otro, de un *daño real, directo, efectivo y determinado o determinable* causado a las demandantes y, además, por *inexistencia del nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega* en el proceso, al punto que el proyecto del centro comercial Marcas Mall sí se empezó a construir, lo que supone el cumplimiento del punto de equilibrio que echó de menos el *a quo*, y el hecho que habría generado el supuesto daño de las demandantes —*si es que existe uno*—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio.

En cuarto lugar, pidió tener en cuenta el fallo de la homóloga Sala Civil del Tribunal Superior de Cali dentro del radicado n.º 2018-00083 01, en un asunto de similares contornos, que concluyó que no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por la recurrente.

Finalmente, en cuanto al llamamiento en garantía, reprochó la apreciación que se hizo del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago del seguro.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC.2061/2017 de 30 agosto).

2. Se ocupa la Sala de resolver los reparos concretos que fueron sustentados en esta instancia¹⁸.

3. En cuanto al motivo de disenso fundado en que debió, por ser necesario, integrarse el contradictorio con el *promotor [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del proyecto a sabiendas de que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado*, debe decirse que, con independencia de que se hubiere formulado tal pedimento por la vía que contempla el numeral

¹⁸ CSJ. STC6481, 11 de mayo., exp. 19001-22-13-000-2017-00056-01. “*quien apela una sentencia no sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales*”. De ahí que no resulte viable estudiar el **cuarto argumento** planteado por la apelante en esta instancia, tendiente a que se tenga en cuenta el fallo de la homóloga Sala Civil del Tribunal Superior de Cali dentro del radicado n.º 2018-00083 01, pues, amén de que se trataría de un criterio (de pares) apenas insular, constituye un argumento que no fue propuesto como reparo concreto en su oportunidad, vale decir, se trata de un tema novísimo que está al margen de la competencia que tiene el Tribunal al tenor de lo previsto en el artículo 328 del CGP, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ. SC3148-2021).

9º del artículo 100 del CGP¹⁹, tal suerte de argumento no está llamado a prosperar, si se considera que, conforme al principio de preclusión, clausurada una etapa del proceso se debe pasar a la siguiente sin posibilidad de retorno, **“tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos consumados e impidiendo su regreso”**²⁰.

En el caso concreto, el tema que plantea el recurrente ya fue discutido en los proveídos de 27 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, con los que la primera instancia, en su orden, desató un recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y rechazó la excepción dilatoria de “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”, de suerte que se trata de un tópico que se resolvió en su momento y que no puede volverse a introducir en una etapa posterior.

En todo caso, dicho reparo se muestra en contradicción (*venire contra factum proprium non valet*) con la postura que la aquí demandada adoptó contra el auto que el suscrito magistrado sustanciador profirió el 21 de julio de 2020, en tanto en esa oportunidad Acción Sociedad Fiduciaria S.A. se mostró inconforme con la posibilidad de anular lo actuado para integrar el contradictorio con quienes fueron parte de la relación sustancial (Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.), tras aducir que la decisión del Tribunal conllevaría a otorgar facultades a la Superintendencia Financiera para conocer negocios en los que estén implicadas entidades no vigiladas y dirimir controversias sobre temas ajenos a la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada; mientras que en esta oportunidad, en discordia con su acentuada posición, señaló todo lo contrario, vale decir, que no resulta admisible el argumento según el cual, “la Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera”.

Con todo, debe decirse que fue precisamente con ocasión del recurso de reposición interpuesto por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y la parte demandante contra el auto de 21 de julio de 2020, que este Tribunal, en Sala dual, zanjó la discusión (a cuyo criterio ahora se adhiere esta Sala de decisión), al precisar, al amparo del artículo 61 del CGP, que por las particularidades del presente caso, en el que las

“(…) pretensiones consignadas en el libelo (...), se circunscribieron a que se ordenara a Acción Fiduciaria S.A. la restitución, reembolso, reintegro a las actoras del dinero o inversión que éstas entregaron a la entidad en virtud de los encargos fiduciarios individuales celebrados. Así las cosas(...), **dichas peticiones se dirigieron únicamente contra la sociedad fiduciaria en nombre propio como parte de los encargos**

¹⁹ Ver archivo “034 Auto” del expediente digital.

²⁰ MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General*. Bogotá: Editorial ABC, 8ª edición, 1983, pág. 194.

individuales suscritos, de donde tales pedimentos solo recaen en ella”, en tanto las pretensiones “versan exclusivamente sobre un vínculo o relación individual entre las actoras y la fiduciaria convocada (...)”²¹. (Se resalta).

En ese orden, de cara a lo planteado en el libelo, la cuestión a resolver se circunscribe a vicisitudes concernientes a la relación contractual individual que surgió entre la parte demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. -atinente a la denunciada infracción negocial que involucró obligaciones legales y convencionales que nacieron con motivo de los contratos de encargo fiduciario individual n.ºs 0001100010258 y 0001100010228 de 1º de mayo de 2014-, y las consecuenciales aspiraciones económicas; de suerte que en el presente asunto no resultaba dable la integración del contradictorio con el tercero Urbanizar S.A.S., razón por la cual la aludida figura prevista en el artículo 61 del CGP no resultaba aplicable.

Por lo visto, no puede prosperar el motivo de disentimiento en estudio.

4. De los restantes reparos concretos

4.1. Disintió la recurrente sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las *facultades para fallar ultra y extra petita*, la decisión no se centró en la *órbita contractual que demarcaba la relación entre las partes y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso*. Con otras palabras, la apelante no discute que en este proceso las pruebas fueron *regular y oportunamente allegadas*, según lo prevé el artículo 164 del CGP (lo que resulta coherente porque *todo aquello que no ingresa al proceso recaudado por los medios probatorios, no existe para el juez*²²), sino del sustrato fáctico en el que se apoyó la primera instancia para colegir su responsabilidad contractual, lo que, en su sentir, desatiende lo que con especial cuidado regula el artículo 281, *ídem*, se *itera*, en lo atinente a la **causa** que soporta las pretensiones.

Sin embargo, tal suerte de argumento pasa por alto que, en primer lugar, en procesos que *versen sobre violación a los derechos de los consumidores* establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía (artículo 58 de la Ley 1480 de 2011) el juez, al *adoptar la decisión definitiva*, debe resolver sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir, precepto que en manera alguna se opone a lo previsto en el inciso 4º del artículo 281 del CGP, a cuyo tenor “(...) **En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho**

²¹ Proveído de 9 de octubre de 2020. M.P., dr. Germán Valenzuela Valbuena.

²² Parra Quijano, Jairo (2007). Manual de derecho probatorio. 16ª ed. Bogotá, D.C. – Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda., pág. 73

modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio (...).

En segundo orden, tampoco, al rompe, se advierte la incongruencia que la apelante le atribuye al fallo de primer grado, pues si se mira bien el texto de la demanda, ninguna oscuridad o imprecisión se presenta para extraer de allí que lo alegado por las demandantes fue el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que le endilgaron a su contraparte respecto de los recursos que le entregaron para su diligente administración.

Así, por ejemplo, ha de verse el hecho **octavo**: *Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumple con mayor gravedad sus **obligaciones legales y contractuales**²³, entre ellas, haber transferido los recursos a la promotora sin el cumplimiento de las condiciones pactadas en los encargos fiduciarios individuales Nro. 0001100010258 y 0001100010228 y en el encargo fiduciario de preventas promotor y sus respectivos otro sí, tal y como consta en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos... de fecha 4 de noviembre de 2014, que contenía ... manifestaciones ajenas a la realidad, toda vez que tampoco comprobó el requisito estipulado en el contrato fiduciario individual y en el contrato de preventas promotor referente a la obligación de verificar la necesidad o no de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto, así como verificar que en el certificado de tradición constara la propiedad del predio en cabeza del fideicomiso...; la demandada tampoco celebró encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (en tanto solo se verificaron enajenaciones por \$92.827'383.075,00 de un total esperado de \$253.031'332.726,00, es decir, menos del punto de equilibrio que correspondía al monto de \$131.576.293,017).*

Así también se deduce del hecho **séptimo** de la demanda, en el que se alegó que *Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y la promotora Marcas Mall S.A.S. realizaron... modificaciones al contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall, cambiando las condiciones para la transferencia de los recursos de los inversionistas, situación que... nunca fue informada a las señoras Orrego Gómez...*”.

En el hecho **noveno** del libelo se dijo que la fiduciaria *incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada al transferir los recursos sin el lleno de los requisitos formales...*”, y en el **décimo** se señaló que *Acción Sociedad Fiduciaria conocía que el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014 plasmaba hechos ajenos a la realidad, toda vez que no se cumplía con las condiciones contractuales sine qua non para la transferencia de los recursos a la promotora*, en tanto que en el **décimo segundo** se dijo que aquella incurrió en *malas prácticas de diligencia y como consecuencia de lo anterior, está llamada a*

²³ Expediente virtual, archivo “001 Demanda”, folio 8 PDF.

responder por los aportes e inversiones de los recursos que le fueron entregados para su administración, sustrato fáctico que la primera instancia encontró demostrado, como se deduce de los ordinales primero y segundo de su fallo²⁴.

En todo caso, no se olvide que en la **fijación del litigio** durante el desarrollo de la audiencia inicial de 24 de febrero de 2020²⁵ se indicó que *el objeto de esta acción recae en establecer si se predica un **incumplimiento contractual** de **Acción Sociedad Fiduciaria**, circunscrita a la totalidad del desarrollo del negocio fiduciario Marcas Mall, en lo que respecta a la parte demandante, teniendo en cuenta la vinculación que existe entre ellos, de cara a las pretensiones y a lo dispuesto en **el artículo 58, numeral 9º de la Ley 1480 de 2011**, y en caso de que se predique incumplimiento de la demandada, si está llamada o no la aseguradora al pago de la indemnización prevista en el contrato de seguro, conforme las condiciones, coberturas y exclusiones establecidas en el negocio asegurativo”*.

Cosa distinta es que, como a espacio se verá, la primera instancia también se apoyara en las normas que regulan la materia²⁶, para, con fundamento en las pruebas allegadas, sostener el incumplimiento, por parte de la demandada, de sus deberes contractuales y legales.

No prospera, entonces, el reparo concreto en estudio.

4.2. En lo referente a la “**indebida valoración probatoria**”, pues, en sentir de la apelante, ello se dio de manera individual y aislada, mas no sistemática y conforme a la sana crítica, como lo exige el artículo 176 del CGP, debe decirse que tal planteamiento resulta **insuficiente**.

Téngase en cuenta que la *escasez de puntualidad y concreción que impliquen orfandad en el reparo, habilitan al a quo y al ad quem para declarar la deserción de la apelación. Así, cuando recurrente diga que la contienda no se zanjó (...) por **indebida valoración probatoria**, incumplirá la carga en comento, en tanto lo breve y puntual, no equivale a lo lacónico, de suerte que cuando la promotora manifestó que la providencia del a quo carecía de una **adecuada valoración probatoria**, generó que se declarara la deserción de la alzada, como en efecto lo determinó el tribunal atacado, pues **esa aseveración, en manera alguna, transmitió cuál fue el defecto en la labor de evaluación de los medios de acreditación**. (STC996-2021. Sentencia de 10 de febrero de 2021).*

Con todo, de pasar desapercibida la aludida falencia, el cargo no estaría llamado a prosperar; en efecto, si se interpretara el motivo de disenso y se dedujera que la recurrente fustiga habersele declarado **responsable contractualmente**, a pesar de que según aduce, no hubo

²⁴ Expediente virtual, archivo “167 SENTENCIA ESCRITA ACCEDE”.

²⁵ *Ib.*, archivo “085 Anexo uribenic, sala3 - lunes, 24 de febrer. . .” min: 3:24:25 en adelante.

²⁶ Lo que resulta coherente de acuerdo con el principio **iura novit curia**, el cual permite al juez hacer caso omiso de las normas aducidas por las partes para decidir de acuerdo con el derecho aplicable (...). (Corte Constitucional, Sentencia T-851/10).

culpa de su parte, como tampoco un daño *real, directo, efectivo y determinado o determinable a las demandantes que le resultara imputable*, las siguientes razones desdecirían dicho reparo:

En primer lugar, debe decirse que en el presente asunto, Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez (aportantes de \$255'645.000,00, cada una), el 1º de mayo de 2014 suscribieron con la demandada los encargos fiduciarios individuales n.ºs 0001100010258 y 0001100010228 para la adquisición de los locales 1-069 y 1-068, en lo que sería el Centro Comercial Marcas Mall Cali.

En segundo orden, se tiene que el fundamento para deprecarse la **responsabilidad contractual** en estudio, no fue propiamente el contrato de “**fiducia mercantil**” inmobiliaria FA-2351 Marcas Mall Cali (tipología de convenio cuyo *núcleo central reside en la transmisión de la propiedad a un tercero, llamado fiduciario, para que haga la restitución a otro, el beneficiario, una vez cumplida la condición*²⁷), sino los reseñados “**encargos fiduciarios**” individuales, los cuales, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *en la perspectiva tradicional, comporta[n] la transferencia de la mera tenencia*²⁸. (Se resalta).

Así, de la cláusula primera de los **encargos fiduciarios** individuales n.ºs 0001100010258 y 0001100010228²⁹ se extrae el confesado propósito de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. de administrar los recursos que le fueron entregados por las inversionistas para ser trasferidos a la promotora Marcas Mall Cali S.A.S., siempre y cuando se hubiere acreditado y verificado el cumplimiento de varios requisitos, a saber: “(...) **3. Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto. 5. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto. 8. Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria**”.

Queda claro entonces que lo reprochado al profesional fiduciario es la negligencia y la falta de cumplimiento de las finalidades de su administración en detrimento de las vinculadas al proyecto Marcas Mall.

A su turno, a pesar de que en la estipulación novena de esas convenciones las partes acordaron que las obligaciones de la demandada eran de *medio y no de resultado*, en tanto tenía *sus funciones como administradora de los recursos a ella trasferidos*, ello no suprime los deberes de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. descritos en el numeral 2º de la cláusula octava de los encargos fiduciarios, de **colocar a disposición del promotor los recursos**

²⁷ CSJ, STC13069-2019.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de julio de 2008. Expediente 11001-3103-036-1999-01458-01. Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas.

²⁹ Fls 51 – 57 y 59 - 64, archivo “001 Demanda” del expediente virtual.

*depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, **una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor...*** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Desde luego que, tal como lo han considerado algunos sectores de la doctrina, decir *que el fiduciario asume únicamente **obligaciones de medio y no de resultado, implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados***³⁰, a lo que se suma que la obligación de la demandada comporta una diligencia que *se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan.*³¹ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De ahí que tal como ocurre con las instituciones financieras, se exija *un mayor **grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera.*** (CSJ, SC18614-2016, sentencia de 19 de diciembre de 2016, exp. n.º 2008-00312-01; se resalta).

No olvida la Sala que la demandada argumentó en sus alegatos de conclusión no ser una profesional en la construcción; sin embargo, lo suyo era verificar el cumplimiento de unos requisitos en una etapa pre-operativa que a estas alturas no resulta viable soslayar, en la medida en que desembolsó unos recursos sin que se demandaran conocimientos de una etapa posterior. No en vano en las cláusulas 1ª y 8ª de los encargos fiduciarios (fundamento de la responsabilidad contractual en estudio), la demandada se obligó a poner *a disposición del promotor los recursos recaudados, una vez se acredite y verifique el cumplimiento* de varios requisitos, entre ellos, los que a espacio se analizan:

Del punto de equilibrio

Las aquí demandantes soportaron sus pretensiones en que su opositora *incumplió con mayor gravedad sus **obligaciones legales y contractuales***, pues solo verificó enajenaciones por \$92.827'383.075,00, de un total esperado de \$253.031'332.726,00; es decir, **menos del 37%**, dado que el **punto de equilibrio** correspondía al monto de \$131.576.293,017, esto es, el 52% de lo acordado en el numeral 5º de la

³⁰ Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia, 2012, pág. 158.

³¹ Rodríguez Azuero, S. (2005). Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Bogotá. Editorial. Legis Editores S.A.

cláusula primera de los encargos fiduciarios, sustrato fáctico que no negó ni intentó desvirtuar la demandada, vicisitud que, por sí sola, impide variar la decisión adoptada por el *a quo*.

De la pre-aprobación o aprobación del crédito constructor

En línea con lo anterior, debe decirse que, en el numeral 3º de las condiciones acordadas en iguales términos en el otrosí n.º 3 al contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall”, la demandada también se obligó a verificar la *carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso*”, sin que se hubiere manifestado al respecto, debiendo asumir la consecuencia que se deduce de la falta de un *pronunciamiento expreso sobre los hechos*, vale decir, no otra que presumirse *ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda*, conforme al artículo 97 del CGP, en concordancia con el artículo 241, *ídem*.

De la propiedad del predio en el fideicomiso

Otro tanto hay decir del requisito previsto en el numeral 8º de la cláusula primera de esos convenios (encargos fiduciarios individuales), consistente en verificar el *certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria*”, pues no acreditó, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, que los predios en los cuales se iba a desarrollar el proyecto Marcas Mall habían sido adquiridos o aportados definitivamente al fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali, en cumplimiento de las formalidades exigidas para ello por la normatividad vigente.

Es más, la recurrente no discute que para el 4 de noviembre de 2014, fecha en la cual fue levantada el acta de verificación de las condiciones para la transferencia de los recursos al promotor Marcas Mall Cali S.A.S., no aparecía como titular del derecho de dominio del predio el fideicomiso, como igualmente se extrae de la anotación n.º 11 del certificado de tradición y libertad n.º 370-695292, en el que se advierte que para esa calenda aún aparecía como propietario Laboratorios Baxter S.A.S.³², lo que permite tener por probado en el proceso el daño y el nexo causal entre éste y la conducta asumida por la fiduciaria demandada.

Y es que la pasiva no puede pasar por alto que como sociedad fiduciaria que es, en tratándose de encargos fiduciarios, de acuerdo con el literal c) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, tenía un deber de “información”, según el cual

³² Folio 22 PDF, archivo “002 Anexo demanda” del expediente virtual.

...las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

A su turno, los numerales 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2, 2.2.1.2.3., 2.2.1.2.4 y 2.2.1.2.5 del Capítulo I, Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera³³ reprodujeron la importancia de que en asuntos como estos, en los que se involucran operaciones fiduciarias, lo mandado es atender, no solo el reseñado deber, sino también aquellos relacionados con la orientación y aseguramiento de los recursos fideicomitados, y la diligencia, profesionalidad y especialidad a que hizo mención la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia SC18614-2016.

Por su parte, el numeral 5.2., Capítulo I, Título V, *ídem*, obliga a las sociedades fiduciarias, de un lado, a *realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto*, y de otro, a aplicar los procedimientos de control interno para corroborar las siguientes situaciones, a saber: **a)** que *los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones*; **b)** que *el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto*; **c)** que *se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término*; **d)** que *el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto*, y **e)** que *exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra*.

Desde luego que si la Superintendencia Financiera de Colombia (en función no jurisdiccional) encontró que hubo un adecuado Sistema de Control Interno a cargo de la demandada, a tal conclusión no puede estar atada la Sala, cuando, de un lado, se trata de una decisión que no se profirió en el marco de una actuación jurisdiccional sino administrativa; por ende, desprovista de los efectos de cosa juzgada, y de otro, porque la recurrente no acreditó que las pruebas allá practicadas, fueron las mismas que aquí condujeron a su responsabilidad contractual.

Y es que no puede obviarse que con la suscripción de los otrosíes a los encargos fiduciarios, de fechas 18 y 22 de agosto de 2017, la demandada les anunció a las actoras que *los recursos serán*³⁴ *transferidos al PROMOTOR*, lo que igualmente se plasmó en la estipulación segunda al precisar que *“la FIDUCIARIA entregará al PROMOTOR los recursos depositados por los INVERSIONISTAS de acuerdo con el avance de obra”*, afirmación que, como lo destacó la primera instancia, carecía de

³³ Circular Externa n.º 7 de 1996, subrogada por la Circular Externa n.º 29 de 2014.

³⁴ Acción futura que según la demandante resultaba coherente porque hasta ese momento, en su sentir, no se encontraban dadas las condiciones pactadas con su opositora desde el año 2014.

veracidad porque, según lo relató la representante legal de la sociedad demandada en su interrogatorio, esa entrega de dineros ya había tenido ocurrencia desde noviembre de 2014, cuando se suscribió el acta de verificación de requisitos, acta que, de acuerdo con lo que también precisó la primera instancia y no fue desvirtuado en esta oportunidad, contenía imprecisiones acerca del cumplimiento de tales exigencias para la transferencia de los recursos de los inversionistas.

Desde esa perspectiva, es claro que la transferencia de los recursos a la promotora no fue debidamente informada a las demandantes, sin que pueda perderse de vista, en todo caso, que con todo y la falta de información a las inversionistas, el giro de sus aportes se realizó sin el cumplimiento de los requisitos que el contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall” y los encargos fiduciarios individuales exigían.

En este punto, es bueno recordar que:

“(…) en la medida en que las sociedades fiduciarias pretenden que sea el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción quienes asuman los riesgos a los que está expuesto el desarrollo de éste, **la actitud de un profesional prudente y avisado las obliga no solo a informar, previamente a la celebración del respectivo negocio fiduciario, acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta la construcción, alertar sobre las dificultades y fracasos y, en su caso, exigir la aceptación expresa del o de los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles**, sino también cerciorarse hasta donde les sea posible, actuando de forma diligente, del estado de ejecución del proyecto de construcción, comparándolo con el presupuesto de costos directos, indirectos y financieros, y las fuentes proyectadas de financiamiento, **con miras a evitar que el proyecto se desarrolle en términos y condiciones distintas a las que se tuvieron en cuenta por el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores [y los inversionistas interesados en adquirir las unidades inmuebles]** y, por ende, prevenir o evitar que se presenten hechos que degeneren en una grave alteración de la convivencia social **o que sean constitutivos de punibles contra el patrimonio económico**, o, en fin, que ocasionen perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptaron sin reparo alguno acceder [al inmueble

resultante del proyecto de construcción] valiéndose de un vehículo fiduciario”³⁵ (se subraya y resalta).

Lo anterior, permite tener por demostrada la responsabilidad de la demandada por:

a) La desatención de su deber contractual, a título de **culpa leve** en el cumplimiento de su gestión, tal como lo regula el artículo 1243 del C. de Co., en concordancia con los preceptos 63 y 1604 del C.C., pues no podía transferir los recursos de las demandantes a la promotora, sin estar cumplidos los requisitos atrás mencionados, de suerte que *la falta a él atribuida, como lo indica el artículo 63 del Código Civil, no atiende (...) ‘el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios’ (culpa leve), [por lo tanto], habrá de asumir las consecuencias adversas de su actuar despreocupado (...)*(CSJ, STC11843-2019; se resalta);

b) El incumplimiento produjo un daño; es decir, una lesión en el patrimonio de las accionantes, pues, como se anticipó, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que es claro que si fue ella quien dio lugar a la entrega de los dineros al promotor, sin la verificación que se esperaba contractualmente de su parte, en manera alguna puede pretender evadir su responsabilidad para ahora dirigir a las demandantes al proceso concursal que se le sigue a la promotora, cuando, a fin de cuentas, ninguna necesidad tendrían las actoras de acudir a esa liquidación, de haber cumplido a cabalidad la recurrente la convención.

c) La existencia de un nexo de causalidad entre el primero y el segundo de los elementos antes expuestos.

No sobra mencionar que el Tribunal encuentra que las demandantes padecieron el daño alegado, que se materializa en la pérdida del dinero invertido y la imposibilidad actual en que se construya el *Centro Comercial Marcas Mall* en Cali, Valle del Cauca, en el cual se ubicarían los locales comerciales que pretendían adquirir, por culpa atribuible a la sociedad fiduciaria, quien le entregó los recursos al promotor/constructor sin cumplir los requisitos legales y quien a la postre, incumplió la ejecución de la obra y ahora está en trámite de liquidación de su patrimonio por cesación de pagos.

Consecuente con lo anterior, no prosperan los reparos concretos en estudio.

³⁵ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. *Fiducia Inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo*, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 307.

4.3. Del llamamiento en garantía. La suerte de la aseguradora

El último motivo de disenso de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (apelante) hace referencia a la apreciación que hizo la primera instancia del interrogatorio de su representante legal, para concluir que había una exclusión para el pago de los eventos asegurados.

A este asunto se allegó el contrato de seguro que la demandada y su llamada en garantía convinieron, lo que dio lugar a la expedición de la póliza n.º 1000099 vigente entre el 30 de septiembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2018, de cuya primera página se extrae que SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.), amparó *actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, empleados no identificados, temporales y de firmas, pérdidas fuera de los predios (tránsito), pérdidas por billetes falsificados, pérdidas por falsificación de títulos valores, crimen por computador, motín, conmoción civil y daño malicioso, cobertura, extorsión, extensión de terremoto para valores, cobertura para miembros de junta directiva, extensión de falsificación, honorarios de abogados y responsabilidad civil profesional financiera.*

El punto medular es establecer si la primera instancia erró al acoger la alegada exclusión, en efecto acordada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza (póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), del siguiente tenor: “**cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulento, malicioso o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (a) lo anterior se haya establecido mediante cualquier sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por una autoridad competente, o (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas**” (se resalta).

Sobre el particular se dirá que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. sostuvo, a través de su representante legal, haber formulado la acción penal que correspondía contra el entonces gerente de la Oficina de la Fiduciaria en Cali y también representante legal, Álvaro José Salazar, así como de sus dependientes en dicha sucursal, por su proceder inusual e indebido (prueba trasladada obrante a derivado 111, así como interrogatorio adelantado en este litigio a derivado 058, audiencia inicial), aunado a que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro fueron precisamente las conductas anómalas.

Sin embargo, por más que las cosas fueran de ese modo, el *a quo* pasó por alto que esa limitante (que el asegurado hubiere admitido las conductas irregulares en comento) resulta ineficaz, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes en que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según

lo ha destacado recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación³⁶.

Y es que, a no dudarlo, la “restricción” que enarboló la aseguradora, concierne de manera directa al amparo objeto del contrato, por lo que, en los términos de los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990³⁷ y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero³⁸, y a la luz de las circulares externas 007 de 1996³⁹ y 076 de 1999⁴⁰ de la Superintendencia Financiera de Colombia, debía ser consignada en la reseñada pieza contractual, lo que aquí, se *itera*, no demostró la llamada en garantía.

Al punto, la Corte, en un asunto semejante, enfatizó:

(...) Ahora bien, respecto de los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del decreto 663 de 1993, que indican clara e inequívocamente que los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, el juzgador realizó una exótica interpretación, según la cual esas disposiciones sólo expresan ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, mas no que éstas deben consignarse en la primera página; lo anterior en contravía de lo explicado por la jurisprudencia de esta Corte en STC 514 del 29 de enero de 2015 (...).

(...) Según el artículo 27 del Código Civil, ‘cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu’. Luego, como el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son claros al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad, tal como ocurrió con la particular exégesis del Tribunal, según la cual el sentido de aquellas normas es ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, lo cual es tan

³⁶ Ver las siguientes sentencias: 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00; STC13117-2018 de 10 de octubre, exp. 11001-02-03-000-2018-02873-00; y STC3552-2020 de 1º de junio, exp. 11001-02-03-000-2020-01019-00.

³⁷ “Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 3. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

³⁸ “2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

³⁹ “Los amparos básicos y **todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos **que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada**. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

⁴⁰ “2. Primera página de la póliza. **En esta página debe figurar, en caracteres destacados, según, los mismos lineamientos atrás señalados, y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, los amparos básicos y todas y cada una de las exclusiones que se estipulen**. Por ningún motivo se podrán consignar en las páginas interiores o en las cláusulas posteriores exclusiones adicionales que no se hallen previstas en la primera condición aquí estipulada”.

absurdo y alejado de la finalidad de la ley que no merece mayores comentarios (...).

*(...) Al respecto, esta Corporación en varias oportunidades ha aclarado que **el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades. En consecuencia, las exclusiones que contravengan los requerimientos legales, como su redacción en caracteres destacados en la primera página de la póliza, se tendrán en todos los casos como no escritas, tal como lo ha afirmado esta Corte en STC del 25 de julio de 2013 (Rad. 01591-01) y STC514 del 29 de enero de 2015 (Rad. 201500036-00) (...).***

(...) La elaborada interpretación del Tribunal, en suma, desconoció el imperio de la Ley y los lineamientos jurisprudenciales que esta Sede ha expresado en materia de cumplimiento de requisitos formales de las pólizas de seguros, lo que lo condujo a dar valor probatorio a unas exclusiones que no sólo no eran tales -como se indicó con anterioridad- sino que ni siquiera se demostró que hicieran parte del contrato de seguro, como enseguida pasa a explicarse (...) (CSJ. STC17390-2017, de 25 de octubre de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-02689-00; se resalta).

Así las cosas, no podía la primera instancia acoger la defensa (contra el llamamiento) que en ese sentido formuló SBS Seguros Colombia S.A., en particular, la denominada *ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en el numeral 3.7. de las condiciones generales del seguro.*

Por la misma razón (ineficacia de la estipulación), tampoco está llamada a prosperar la excepción de *ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en el numeral 3.14 de las condiciones generales del seguro*⁴¹, que invocó la aseguradora frente al llamamiento.

Tampoco están llamadas a prosperar las restantes excepciones formuladas por la aseguradora frente a la demanda denominadas: *inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad*

⁴¹ Según la cual “**cualquier reclamo basado u originado por un hurto, un fraude, una desaparición inexplicada, así como cualquier hecho que pueda ser indemnizado bajo una póliza integral bancaria o póliza equivalente, cualquiera que sea el valor asegurado y aun cuando el asegurado mantenga o no vigente dicha póliza**”. (se resalta; fl. 8, derivado 16 del expediente virtual).

Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante y falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S., pues ambas ameritaron un despacho frontal y conjunto en las consideraciones que quedaron expuestas en líneas precedentes.

En punto a la “excepción” genérica, no solo de antaño se ha dicho que no existe (CSJ sentencia de 17 de agosto 17 de 1964), cuyo criterio mantiene el CGP, sino que tampoco encuentra la Sala acreditada alguna circunstancia que pudiera dar lugar a un pronunciamiento oficioso.

Respecto a la defensa según la cual hubo *ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria*, fundada en que amparó “actos profesionales incorrectos” y no podía endilgarse responsabilidad a su llamante por los hechos a que alude el libelo introductorio, aunado a que no se causó un daño por cuenta de su amparada, como tampoco infracción de sus deberes contractuales y legales, es suficiente remitirse igualmente a lo dicho en el numeral 4.2 de las consideraciones de esta providencia, en el que, en lo medular, se concluyó que la apelante sí incumplió los deberes a los que legal y convencionalmente se obligó, infracción que causó a las demandantes un “*perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado*”⁴².

En lo atinente a la defensa consistente en la *improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.*, soportada en los artículos 1079 y 1089 del C. de Co. y en la sección III de la “póliza” en comento, que previó un límite asegurado de \$15’000.000.000,00 por año, tampoco tendrá acogida, por cuanto la aseguradora no acreditó, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, la afectación (en ese apartado de responsabilidad civil profesional) de la anunciada póliza con el pago de siniestros en una cuantía superior a ese monto.

Por lo mismo, habrá de desestimarse la excepción de *agotamiento del valor asegurado*, tras fundarse en el mismo sustrato fáctico de aquella defensa.

Referente a la excepción de *aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*, aunque no enerva la responsabilidad contractual que habrá de refrendarse, sí se impone su estudio por así deducirse del artículo 1103 del C. de Co.⁴³ y los numerales 4.14 y 7.2 de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras.

⁴² CSJ, Cas. Civ. sentencia de 5 de noviembre de 1998, exp.: 5002.

⁴³ A cuyo tenor “(...) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original.”

En efecto, lo que se evidencia en la póliza n.º 1000099, es que en tratándose del amparo por “Responsabilidad Civil Profesional”, en el anexo n.º 22, sección III, si bien (al igual que la carátula) se señala una suma asegurada por \$15.000’000.000,00, también llamante y llamada acordaron unos límites asegurados “por Evento y en el Agregado Anual Deducible todo y cada reclamo” por \$150’000.000,00, de suerte que se condenará a SBS Seguros Colombia S.A. a reembolsar a Ana Cristina y María Paula Orrego Gómez la suma de \$185.094.505 para cada una (que no supera el límite que, para ese rubro, se impuso en el contrato de seguro, al tenor de lo previsto en el artículo 1079 del C. de Co.), más los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa autorizada por la ley que se generen sobre ese monto, en el evento de que no se erogue dentro del término concedido en el fallo de primer grado.

Los restantes \$150’000.000,00 (deducible), para completar el monto otorgado a cada una de las accionantes, como se anticipó, serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen.

Consecuente con lo anterior, inocuo se aviene acoger la excepción tendiente a reclamar que la sentencia se sujete “a los términos, límites y condiciones”, cuando, como se vio, ello ha tenido lugar líneas atrás.

5. En resumidas cuentas, como la demandada no logró socavar con sus argumentos los pilares en que se soportó el fallo apelado, este será confirmado en lo atinente a declarar su responsabilidad con la consecuente condena que le fuere impuesta -previo descuento del deducible que pactó con SBS Seguros Colombia S.A.-, por un lado, y por el otro, se revocará en cuanto frustró el llamamiento en garantía, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de las demandantes, ante las resultas de su alzamiento, en los términos del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Revocar el ordinal tercero de la sentencia que el 13 de octubre de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III de la Superintendencia Financiera de Colombia y, en su lugar, **declarar** infundadas las defensas formuladas por SBS Seguros Colombia S.A. frente a la demanda y el llamamiento en garantía que le hizo Acción Sociedad Fiduciaria S.A., salvo la de *aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*, que prospera por lo dicho en la parte motiva.

Por consiguiente, **condenar** a la referida aseguradora a pagar a las demandantes -o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hubiere pagado la totalidad de la condena que se le impuso-, la suma de \$185.094.505, para cada una, dentro del término que fijó el *a quo* en el fallo recurrido, so pena de reconocer intereses comerciales de mora sobre esos valores a la máxima tasa autorizada por la ley. Los restantes \$150'000.000,00 (deducible), para cada una de dichas sumas, serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen, conforme a lo dicho en la parte motiva.

En lo demás, se **confirma** el fallo apelado.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de la demandada y en favor de su contraparte (artículo 365 del CGP). Líquidense por el *a quo* conforme al artículo 366, *idem*. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de **\$2'000.000.00.**

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados⁴⁴,

Firmado Por:

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

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:

e45ac891e213a2ba7aa5b45499482c6b55abdbe1828cb8bdcc672fdb11893f31

Documento generado en 06/04/2022 12:54:39 PM

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

⁴⁴ Dr. CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ, ausente con excusa.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013199003201802836 **02**
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
FINANCIERO
Demandante: PASOS SHOES & CÍA. S.A.S.
Demandada: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.,
actuación a la que fue llamada en garantía SBS
SEGUROS S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 14 de 4 de abril del año en curso.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo de la apelación interpuesta por la demandada contra la sentencia que el 17 de noviembre de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual, en síntesis, la declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios ocasionados a su contraparte y halló probadas las excepciones planteadas por la llamada en garantía, SBS Seguros Colombia S.A.

ANTECEDENTES

1. En la demanda subsanada, y con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Pasos Shoes y Cía. S.A.S. pidió que, *por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*, se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a devolverle la suma de \$612'500.000,00, que le entregó por virtud del contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010199 de 14 de marzo de 2014, cifra que pidió indexar junto con sus “intereses legales”, desde que fue depositada a su opositora y hasta que se verifique su pago.

2. Para sustentar sus pretensiones, la parte demandante sostuvo que a través del referido contrato de encargo fiduciario se vinculó como **inversionista** para la adquisición del local n.º 2-058 del proyecto inmobiliario denominado *Centro Comercial Marcas Mall Cali*, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y

eventos, todo lo cual a desarrollarse en una *única etapa* en el lote identificado con el folio de matrícula n.º 370-695292 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de la capital del Valle del Cauca, según se determinó en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013 únicamente entre Urbo Colombia S.A.S.¹, como promotora, y Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en su calidad de fiduciaria, quien según la **cláusula tercera** del referido convenio, estableció ocho **condiciones** para la transferencia de los recursos de los inversionistas vinculados al proyecto.

Agregó que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S.² (*promotora-fideicomitente*) respecto del encargo fiduciario en comento (MR-799); el día 14 de marzo de 2014, la demandante suscribió con la promotora (Marcas Mall S.A.S.) y su aquí opositora (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), el encargo fiduciario individual n.º 0001100010199 para que esta última tuviera la *guarda, administración, custodia y cuidado* de sus recursos, y **una vez se cumplieran los requisitos de transferencia**, sus dineros fueran trasladados a la “promotora” para adquirir el local 2-058, sin que hasta la fecha se haya suscrito la correspondiente escritura pública de venta.

Agregó que el 28 de marzo de 2014, tanto la aquí “accionada” como la “promotora” suscribieron el contrato de fiducia mercantil inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali³.

Manifestó que optó por demandar tan solo a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por haber sido con quien suscribió el encargo fiduciario individual y por ser quien recibió sus dineros, persona jurídica que, a su juicio, no podía trasladar los emolumentos a la promotora, como lo hizo según consta en el ***acta de verificación de requisitos*** de 4 de noviembre de 2014⁴, por no encontrarse satisfechas hasta ese momento las “condiciones de transferencia” y porque no se contaba con la *ratificación* de la parte demandante; de suerte que como el que *paga mal paga dos veces*, la accionada debe asumir el reclamado reintegro.

En lo medular, el incumplimiento contractual (del encargo original, sus otrosíes e individual en comento) y legal, la actora lo hizo consistir en que:

a) si bien se previó que el terreno en el que se haría el centro comercial Marcas Mall en Cali, debía estar en cabeza del fideicomiso

¹ Persona jurídica respecto de la cual, junto a Urbanizar S.A., mediante autos de 17 de junio y 18 de diciembre de 2019, la primera instancia desestimó la excepción previa formulada por Acción Fiduciaria S.A. consistente en “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”.

² Mediante documentos privados de 19 de octubre de 2016, de un lado, la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. cedió su posición contractual en el Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali a Urbanizar S.A., en un **70.4%**, y de otro, en el mismo porcentaje, hizo lo propio Proyectos y Construcciones San José Ltda. en cabeza de Urbanizar S.A., según la documental aportada por la demandada al replicar.

³ Fideicomiso en el que se echa de menos la vinculación de la aquí demandante.

⁴ Documento que dijo conocer la demandante hasta marzo de 2018, esto es, al momento de demandar.

administrado por la accionada, lo cierto es que para la fecha de la supuesta **acta de verificación** (4 de noviembre de 2014), la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría ese proyecto **aún** se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S., mas no de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, según la anotación n.º 11 del certificado de tradición y libertad n.º 370-695292;

b) para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, no se cumplió la condición según la cual debía celebrarse un total de contratos de “encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista” equivalente al **52%**, porcentaje que no se alcanzó, pues de acuerdo con la respuesta de 14 de noviembre de 2017 que la accionada emitió con ocasión de una petición presentada por uno de los inversionistas, para ese momento las ventas ascendían a **\$92.827’383.075,00**, cuando en los encargos fiduciarios estaban proyectadas para la fase n.º 1 en **\$253.031’332.726,00** (es decir, menos del **37%**), pues el punto de equilibrio correspondía al monto de \$131.576.293,017.;

c) Tampoco se le informó lo atinente a la **supresión** (que, entre otras, tuvo lugar a través del otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 que suscribieron convocada y promotora) de la condición 7ª del encargo MR-799, atinente a que para la transferencia de sus recursos, los encargos fiduciarios de los *inversionistas* debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*.

Lo anterior, por cuanto para el 4 de noviembre de 2014, el valor de las unidades comprometidas en venta ascendía a \$92.827’383.075,00, por lo que el aludido porcentaje (15%) de los saldos no podía superar los \$13.924’107.461,00; empero, lo pagado por la demandada solo llegaba a \$24.345’893.031,00 y los saldos superaban los \$83.002’345.308,00.

d) Incumplió con verificar el requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en la mencionada acta de 4 de noviembre de 2014 la demandada así lo aseguró, fecha para la cual no existía comunicación de la promotora, la que solo se obtuvo hasta el 14 siguiente, conforme lo acreditó su revisora fiscal, Adriana Aguilón Ramírez.

Añadió que el **15 de diciembre de 2016** suscribió el **otrosí** (n.º 4) *general reglamentario mediante maniobras, engaños y dolo* de su opositora, pues las sumas que dio por concepto de inversión ya habían sido entregadas por la convocada –en silencio- a Marcas Mall Cali S.A.S. dos años atrás; la actora cumplió con sus obligaciones, entre ellas, la entrega de todos los recursos acordados; su contraparte y la “promotora” cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos al agregar “convenientemente” la expresión: **si es del caso**, sin habérselo informado a los inversionistas, lo que desconoce el artículo 97 del EOSF.

Por último, señaló que su contradictora faltó a sus deberes contractuales de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de los bienes fideicomitidos, legales y aquellos consagrados en el EOSF, pues de lo contrario sus dineros le habrían sido devueltos.

3. Admitida la demanda por auto de 25 de enero de 2019, la demandada, en esencia, señaló que:

a) solo fungió como **administradora** y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosí reglamentario de 15 de diciembre de 2016, desprovisto de engaño, se modificaron los planes de pago, cuyo clausulado no califica como abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a la actora de las modificaciones a través de boletines; **f)** la demandante no tiene los recursos consignados en su encargo fiduciario, porque “fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor” –sin precisar cuándo-, “de conformidad con lo pactado” en el contrato, para que éste ejecutara el proyecto, y **g)** si hubo un perjuicio para la demandante, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.

A su turno, excepcionó “transacción”, “cláusula compromisoria”, “no es contractualmente responsable”, “inexistencia del daño”⁵ y de “nexo causal”⁶, “error en la identificación del contrato celebrado”⁷ y la “genérica”. Por último, objetó el juramento estimatorio⁸.

4. Con soporte en la póliza n.º 1000099 (amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.)⁹.

4.1. La llamada en garantía coadyuvó las defensas presentadas por su llamante, se opuso a la demanda y excepcionó:

⁵ Porque no actuó con culpa, ni existe nexo causal, ni se generó un daño efectivo, real, directo y determinable, pues el dinero invertido por la actora se encuentra representado en la parte o alícuota que le corresponde del inmueble con matrícula n.º 370-695292 “en el que se desarrollaría el proyecto”.

⁶ Soportada en que “no tenía el deber de verificar el cumplimiento de” los “requisitos” a que alude el extremo actor, cuando ello era del resorte de la promotora e interventor, aunado a que no existe nexo causal, al haberse dado inicio a la obra.

⁷ Fincada en que existe una diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, que radica en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos dados en la segunda, la cual es inexistente en el primero. Que en este asunto, “el único vínculo contractual que existió entre la parte demandante y Acción Fiduciaria, fue un encargo fiduciario, mas no un fideicomiso o patrimonio autónomo; es decir, que la propiedad de los recursos es del titular del encargo, Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., sociedad constituyente, quien estableció las condiciones para el cumplimiento del punto de equilibrio y sólo ella las declara cumplidas como constituyente del encargo.

⁸ Que la primera instancia se abstuvo de tramitar.

⁹ Solicitud radicada el 17 de julio de 2019.

“Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria”; “improcedencia de los pretendido en virtud de la existencia de una transacción”; “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Acción Fiduciaria por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”¹⁰; falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”¹¹; “procedencia de la sentencia anticipada en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y la “genérica”.

4.2. Frente al llamamiento también se opuso y excepcionó: *“ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”¹²; “ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”¹³; en subsidio, formuló las defensas que denominó: “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”¹⁴, “agotamiento del valor asegurado”¹⁵, “**aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la [aludida] póliza y Sección de responsabilidad civil profesional**”¹⁶ y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.*

5. La sentencia de primera instancia

La autoridad jurisdiccional de primera instancia desestimó las defensas formuladas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; en consecuencia, la declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a la demandante; la condenó a pagar, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esa decisión, la suma de \$807.117.523,03, por concepto de aportes de dinero, y \$6.201.290,25, atinentes a los rendimientos que produjo dicho monto, so pena de causarse intereses de mora a la tasa que establece el artículo 884 del C. de Co.; se abstuvo de condenarla en costas y, por último, conminó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a acreditar el cumplimiento del fallo en un lapso de 8 días posteriores

¹⁰ Apoyada en que la parte demandante no cumplió con la carga de demostrar la responsabilidad civil de su convocante, Acción Sociedad Fiduciaria, conforme lo prevén los artículos 167 del CGP y 1604 del C.C., como tampoco probó los alegados perjuicios, máxime cuando los recursos invertidos los recibió la promotora y/o algún otro sujeto diferente por ella autorizado.

¹¹ Fundada en que no está llamada a responder por acciones u omisiones de un tercero como Marcas Mall Cali S.A.S. en torno a la construcción del centro comercial.

¹² La aludida defensa, porque conforme al artículo 1056 del C. de Co., debe haber un daño, incumplimiento contractual y legal, y un nexo causal, lo que aquí no se demostró.

¹³ Soportada en que según el numeral 3º de las condiciones generales de la póliza con fundamento en la cual ha sido llamada, excluyó su responsabilidad “en casos en los cuales se acredite que los reclamos provienen efectivamente de actos profesionales incorrectos de Acción Fiduciaria derivados de conductas delictivas, deshonestas, fraudulentas o maliciosas; o con violación de la ley por parte del asegurado, o ante un fraude que dé origen a los reclamos contra el asegurado por parte de sus clientes.

¹⁴ Conforme a los artículos 1079, 1089 y 1111 del C. de Co., y lo pactado en la carátula de la póliza, existe un límite asegurado de \$15.000'000.000,00, suma a distribuir entre todos los asegurables que hayan reclamado durante la vigencia del contrato de seguro.

¹⁵ Para cuyo efecto pidió primero certificar el estado de la póliza y valores pagados.

¹⁶ Conforme al artículo 1103 del C. de Co., y lo acordado en el punto 4.14 del contrato de seguro, de haber una condena, deben deducirse \$150'000.000,00.

al término otorgado para sufragar las anteriores sumas, so pena de dar paso al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11º del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011.

En cuanto a la aseguradora, llamada en garantía, acogió sus medios exceptivos¹⁷ para absolverla, en esencia, por ausencia de cobertura al ser aplicable una de las exclusiones previstas en las condiciones generales del contrato de seguro.

Para llegar a esas conclusiones, en síntesis, comenzó por señalar que la sociedad demandada era la llamada a resistir las pretensiones de su contraparte, porque de acuerdo con el negocio fiduciario objeto de estudio, asumió la responsabilidad de actuar con diligencia en la administración de sus recursos y, en consecuencia, “responde efectivamente para que... sean destinados al patrimonio autónomo que sirve como mecanismo de administración y pagos del proyecto inmobiliario”.

Luego de hallar impróspera la excepción perentoria de “cláusula compromisoria” por entenderla renunciada tácitamente, conforme lo regula el numeral 2º del artículo 100 del CGP, consideró que las obligaciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria demandada fueron desatendidas desde la etapa de preventas, al punto que debía “realizar procedimientos de control interno” para que, “entre otros aspectos del proyecto, pudiera determinar, evaluar y verificar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no comprometiera la viabilidad del proyecto, que no se fuera a presentar desviación de los recursos recaudados y que se hubieren establecido en forma debida las condiciones técnicas y jurídicas para que el mismo llegara a término”, lo que no demostró.

También se pronunció en torno a la falta de verificación de las condiciones relativas al punto de equilibrio o de transferencia de recursos de los inversionistas, según lo acordado en el encargo fiduciario MR-799 y su otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 (vigente para cuando se levantó el acta de verificación de requisitos de 4 de noviembre de esa misma anualidad), pues, para el momento en que se giraron los dineros a la promotora, *no había soportes del cumplimiento de las condiciones enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera del cuestionado convenio, según las cuales debía primero acreditar y verificar la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor otorgado por una entidad financiera para el desarrollo del PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso y certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el PROYECTO, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.*

¹⁷ “ausencia de cobertura de la póliza sección iii de responsabilidad profesional no. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial, las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro” y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección iii de responsabilidad profesional de la póliza no.1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.

Así, coligió que el *acta de cumplimiento de condiciones* [de 4 de noviembre de 2014] tenía información falsa, y que esa conducta obedeció a un actuar **fraudulento** como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio, por lo cual la fiduciaria demandada no debió transferir los recursos aportados por los inversionistas, tanto más cuando era su deber legal verificar las condiciones para la viabilidad del proyecto, conforme a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, así como proteger los bienes fideicomitidos, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

Consecuente con lo anterior, la primera instancia declaró la responsabilidad contractual de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y, por consiguiente, estimó que lo dable era condenarla, a título de indemnización, a reintegrar los dineros entregados por la aquí inversionista-demandante, debidamente indexados, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, encontró demostrada la exclusión pactada en el contrato de seguro, en concreto, la descrita en el literal b) de la cláusula 3.7 de las **condiciones generales de la póliza**, referida a los actos torticeros o deshonestos del entonces representante legal [Álvaro José Salazar] de su afianzada (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), aceptados por esta última, con fundamento en que los *hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada- asegurada, por conducto de su representante legal, como fraudulento[s]*”.

6. Recurso de apelación

La sociedad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada y formuló por escrito sus **reparos concretos**, que en esencia, están soportados en lo siguiente:

6.1. Sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las facultades para fallar *ultra y extra petita*, la *decisión no estuvo centrada al vínculo contractual sino a aspectos internos de funcionamiento de la Fiduciaria*, que no fueron objeto de discusión.

6.2. Inobservancia de la integración del litisconsorcio necesario, pues debió vincularse al *promotor* [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del *proyecto a sabiendas de que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado*”.

6.3. Respecto a la *valoración probatoria*, puesto que la valoración de los elementos de convicción se efectuó de manera individual y aislada, mas no sistemática (sana crítica) como lo exige el artículo 176 del CGP.

6.4. Inexistencia de la obligación contractual aducida por la Delegatura, en tanto Acción Sociedad Fiduciaria S.A. *no tiene un solo procedimiento sino tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su*

conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna.

6.5. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no es contractualmente responsable, porque *nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles, ni con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible; y tampoco generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la [parte] demandante que le resultara imputable, aunado a que cumplió con corroborar los requisitos según el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014.*

6.6. En punto al pronunciamiento sobre el llamamiento en garantía, por cuanto la *delegatura soslayó el material probatorio aportado por este extremo procesal y solo fundó su decisión en hechos que no gozan de certeza, en concreto, el interrogatorio de parte de su representada, porque allí tan solo sostuvo que conoció de hechos que serían presuntamente fraudulentos y procedió a dar alerta a las autoridades competentes como indica su deber legal.*

En la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la demandada **sustentó sus reparos concretos**, en síntesis, así:

La demandante tenía pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de los recursos, más aún, “goza de las calidades y cualidades que la acreditan como persona experta en este tipo de negocios”; por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, “era plenamente consciente de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ella misma les correspondían”.

La primera instancia accedió a las pretensiones basándose en hechos que no fueron alegados en el libelo introductorio y *sobre los cuales no versó la actividad probatoria*, porque, en primer lugar:

i) Comportó aspectos que no guardan relación con lo ambicionado, y de ahí la evidente **incongruencia** del fallo recurrido, pues el *a quo realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre las partes y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso.*

ii) A partir de esos hechos, no relacionados con el objeto del proceso, dio por probada una supuesta falta de diligencia e incumplimiento de los deberes legales de la fiduciaria, por no contar con un adecuado Sistema de Control Interno, contrario a lo que consideró en *primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el Superintendente Financiero.*

iii) *Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor financiero sino, en realidad, al de*

una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.

Lo anterior, para insistir en que no tenía *el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios.*

En segundo lugar, señaló que de ser cierto que la *demandante sufrió un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso*”, era necesario **integrar el contradictorio** con la promotora del proyecto (Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.), sin que resultara admisible el argumento según el cual, la *Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera*, luego de lo cual consideró que la sentencia no valoró los medios suasorios en conjunto, ni aplicó las reglas de la sana crítica.

En tercer orden, adujo que no existe la obligación contractual mencionada por la primera instancia que dé lugar a su responsabilidad, por no configurarse los elementos necesarios para ello al tenor de lo previsto en el artículo 1604 del C.C., ante la ausencia, de un lado, de una *conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales establecidas en el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351*”; por el otro, de un *daño real, directo, efectivo y determinado o determinable* causado a la demandante y, además, por *inexistencia del nexo causal entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega* en el proceso, al punto que el proyecto del centro comercial Marcas Mall sí se empezó a construir, lo que supone el cumplimiento del punto de equilibrio que echó de menos el *a quo*, y *el hecho que habría generado el supuesto daño de la demandante —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio.*

En cuarto lugar, pidió tener en cuenta el fallo de la homóloga Sala Civil del Tribunal Superior de Cali dentro del radicado n.º 2018-00083 01, en un asunto de similares contornos, que concluyó que no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por la recurrente.

Finalmente, en cuanto al llamamiento en garantía, reprochó la apreciación que se hizo del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago del seguro.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los

artículos 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC.2061/2017 de 30 agosto).

2. Se ocupa la Sala de resolver los reparos concretos que fueron sustentados en esta instancia¹⁸.

3. En cuanto al motivo de disentimiento fundado en que debió, por ser necesario, integrarse el contradictorio con el *promotor* [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del proyecto a sabiendas de que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado, debe decirse que tal suerte de argumento no está llamado a prosperar, si se considera que, conforme al principio de preclusión, clausurada una etapa del proceso se debe pasar a la siguiente sin posibilidad de retorno, “**tal como si una especie de compuerta se cerrara tras los actos consumados e impidiendo su regreso**”¹⁹.

En el caso concreto, el tema que plantea el recurrente ya fue discutido en los proveídos de 17 de junio y 18 de diciembre de 2019, con los que la primera instancia, en su orden, desató un recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda y rechazó las excepciones dilatorias propuestas²⁰, entre las que, ello es medular, no se encontraba la de “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”²¹, conforme lo autoriza el numeral 9º del artículo 100 del CGP, por lo que no es posible entrar a dilucidar un aspecto que ni siquiera se formuló en su momento como excepción previa.

En todo caso, dicho reparo se muestra en contradicción (*venire contra factum proprium non valet*) con la postura que la aquí demandada adoptó contra el auto que el suscrito magistrado sustanciador profirió el 21 de julio de 2020, en tanto en esa oportunidad Acción Sociedad Fiduciaria S.A. se mostró inconforme con la posibilidad de anular lo actuado para integrar el contradictorio con quienes fueron parte de la relación sustancial (Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.), tras aducir que la decisión del Tribunal conllevaría a otorgar facultades a la Superintendencia Financiera para conocer negocios en los que estén implicadas entidades no vigiladas y dirimir controversias sobre temas ajenos a la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada; mientras que en esta oportunidad, en discordia con su acentuada posición, señala todo lo contrario, en el

¹⁸ CSJ. STC6481, 11 de mayo., exp. 19001-22-13-000-2017-00056-01. “*quien apela una sentencia no sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales*”. De ahí que no resulte viable estudiar el **cuarto argumento** planteado por la apelante en esta instancia, tendiente a que se tenga en cuenta el fallo de la homóloga Sala Civil del Tribunal Superior de Cali dentro del radicado n.º 2018-00083 01, pues, amén de que se trataría de un criterio (de pares) apenas insular, constituye un argumento que no fue propuesto como reparo concreto en su oportunidad, vale decir, se trata de un tema novísimo que está al margen de la competencia que tiene el Tribunal al tenor de lo previsto en el artículo 328 del CGP, así como la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CSJ. SC3148-2021).

¹⁹ MORALES MOLINA, Hernando. *Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General*. Bogotá: Editorial ABC, 8ª edición, 1983, pág. 194.

²⁰ Expediente virtual, archivos denominados “014 Auto de información” y “025 AUTO ORDENA VINCULAR”, respectivamente.

²¹ Véase el archivo denominado “016 Excepciones previas” del expediente virtual.

sentido de que no resulta admisible el argumento según el cual, “la Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera”.

Con todo, debe decirse que fue precisamente con ocasión del recurso de reposición interpuesto por Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y la parte demandante contra el auto de 21 de julio de 2020, que este Tribunal, en Sala dual, zanjó la discusión (a cuyo criterio ahora se adhiere esta Sala de decisión), al precisar, al amparo del artículo 61 del CGP, que por las particularidades del presente caso, en el que las

“(…) pretensiones consignadas en el libelo (...), se circunscribieron a que se ordenara a Acción Fiduciaria S.A. la restitución, reembolso, reintegro a la sociedad actora del dinero o inversión que ésta entreg[ó] a la entidad en virtud de los encargos fiduciarios individuales celebrados. Así las cosas(...), **dichas peticiones se dirigieron únicamente contra la sociedad fiduciaria en nombre propio como parte de los encargos individuales suscritos, de donde tales pedimentos solo recaen en ella**”, en tanto las pretensiones “versan exclusivamente sobre un vínculo o relación individual entre la sociedad actora y la fiduciaria convocada (...)”²². (Se resalta).

En ese orden, de cara a lo planteado en el libelo, la cuestión a resolver se circunscribe a vicisitudes concernientes a la relación contractual individual que surgió entre la parte demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. -atinente a la denunciada infracción negocial que involucró obligaciones legales y convencionales que nacieron con motivo del contrato de encargo fiduciario individual n.º 0001100010199 de 14 de marzo de 2014-, y las consecuentes aspiraciones económicas; de suerte que en el presente asunto no resultaba dable la integración del contradictorio con el tercero Urbanizar S.A.S., razón por la cual la aludida figura prevista en el artículo 61 del CGP no resulta aplicable.

Por lo visto, no puede prosperar el motivo de disenso estudiado.

4. De los restantes reparos concretos

4.1. Disintió la recurrente sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las *facultades para fallar ultra y extra petita*, la decisión no se centró en la *órbita contractual que demarcaba la relación entre las partes y utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso*. Con otras palabras, la apelante no discute que en este proceso las pruebas fueron *regular y oportunamente allegadas*, según lo prevé el artículo 164 del CGP (lo que resulta

²² Proveído de 9 de octubre de 2020. M.P., dr. Germán Valenzuela Valbuena.

coherente porque *todo aquello que no ingresa al proceso recaudado por los medios probatorios, no existe para el juez*²³), sino del sustrato fáctico en el que se apoyó la primera instancia para colegir su responsabilidad contractual, lo que, en su sentir, desatiende lo que con especial cuidado regula el artículo 281, *ídem*, se *itera*, en lo atinente a la **causa** que soporta las pretensiones.

Sin embargo, tal suerte de argumento pasa por alto que, en primer lugar, en procesos que *versen sobre violación a los derechos de los consumidores* establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía (artículo 58 de la Ley 1480 de 2011) el juez, al *adoptar la decisión definitiva*, debe resolver sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar *infra, extra y ultrapetita*, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir, precepto que en manera alguna se opone a lo previsto en el inciso 4º del artículo 281 del CGP, a cuyo tenor “(...) **En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión** o que la ley permita considerarlo de oficio (...).

En segundo orden, tampoco, al rompe, se advierte la incongruencia que la apelante le atribuye al fallo de primer grado, pues si se mira bien el texto de la demanda, ninguna oscuridad o imprecisión se presenta para extraer de allí que lo alegado por la demandante fue el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que le endilgó a su contraparte respecto de los recursos que le entregó para su diligente administración.

Así, por ejemplo, ha de verse el hecho **décimo**: *Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumple con mayor gravedad sus obligaciones legales y contractuales*²⁴, entre ellas, haber *transferido los recursos a la promotora sin el cumplimiento de las condiciones pactadas en el encargo fiduciario individual Nro. 0001100010199 [y] en el encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall y sus respectivos otro sí, tal y como consta en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos... de fecha 4 de noviembre de 2014, que plasmaba hechos ajenos a la realidad, toda vez que no se cumplía con las condiciones contractuales sine qua non para la transferencia de los recursos a la promotora, entre ellos, que el terreno sobre el cual se desarrollaría el proyecto [inmobiliario] no estaba “en cabeza” de un fideicomiso -administrado por Acción Sociedad Fiduciaria-, sino de Laboratorios Baxter S.A.S.; la demandada no celebró encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (en tanto solo se verificaron enajenaciones por \$92.827’383.075,00 de un total esperado de \$253.031’332.726,00, es decir, menos del punto de equilibrio que correspondía al monto de \$131.576.293,017); soslayó la carta de aprobación o pre-aprobación del*

²³ Parra Quijano, Jairo (2007). Manual de derecho probatorio. 16ª ed. Bogotá, D.C. – Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda., pág. 73

²⁴ Expediente virtual, archivo “001 Demanda”.

crédito constructor (le bastó una comunicación del Promotor en la que aducía ser innecesaria).

Así también se deduce del hecho **octavo** de la demanda, en el que se alegó que *Acción Sociedad Fiduciaria S.A. jamás informó de manera previa a la transferencia de los recursos a la inversionista-demandante, la modificación efectuada a los requisitos o condiciones para la transferencia de sus dinero....*

En el hecho **décimo** del libelo se dijo que la fiduciaria incumplió sus deberes de diligencia y cuidado en la administración de los recursos entregados, pues *mediante maniobras, engaños, artificios y mentiras aseveró que se verificaron y cumplieron las condiciones de transferencia, situación ajena a la realidad, lo cual indujo a mi representada a la suscripción del otro sí general reglamentario al contrato de encargo fiduciario individual, cuando lo cierto es que [la demandada] para la fecha del referido documento -otrosí reglamentario- conocía que el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014 plasmaba hechos ajenos a la realidad, toda vez que no se cumplía con las condiciones contractuales sine qua non para la transferencia de los recursos a la promotora, en tanto que en el hecho **décimo segundo** se aseveró que la demandada *incumplió gravemente las obligaciones contractuales y legales de manera descuidada al transferir los recursos sin el lleno de los requisitos formales, y en el **décimo cuarto** se dijo que aquella incurrió en malas prácticas de diligencia y como consecuencia de lo anterior, está llamada a responder por los aportes e inversiones de los recursos que le fueron entregados para su administración, sustrato fáctico que la primera instancia encontró demostrado, como se deduce de los ordinales primero y segundo de su fallo²⁵.**

En todo caso, no se olvide que en la **fijación del litigio** durante el desarrollo de la audiencia inicial de 21 de septiembre de 2021²⁶ se indicó que *el objeto de esta acción recae en establecer si se predica o no [un] **incumplimiento contractual** de **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, circunscrita a la totalidad del desarrollo del negocio fiduciario Marcas Mall, en lo que respecta a la sociedad demandante teniendo en cuenta la vinculación que existe entre ellos, de cara a las pretensiones de la demanda, su responsabilidad que surge como profesional a la luz del artículo 1243 del Código de Comercio, sin perjuicio de las facultades dispuestas para este tipo de procesos en **el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011**’. En caso positivo, si está llamada a resarcir algún perjuicio a la parte demandante y en cuáles condiciones y, seguidamente, si la aseguradora, llamada en garantía, estaría obligada, conforme a la póliza contratada, al pago de la indemnización, según las condiciones de cobertura y exclusiones establecidas en el negocio asegurativo, específicamente en la sección tercera.*

Cosa distinta es que, como a espacio se verá, la primera instancia también se apoyara en las normas que regulan la materia²⁷, para, con

²⁵ Expediente virtual, archivo “121 SENTENCIA ESCRITA ACCEDE”.

²⁶ *Ib.*, archivos “094 ACTAS AUDIENCIAS” y “095 Anexo AUDIENCIA ART. 372 CGP...” min: 0:10:15 en adelante.

²⁷ Lo que resulta coherente de acuerdo con el principio *iura novit curia*, el cual permite al juez hacer caso omiso de las normas aducidas por las partes para decidir de acuerdo con el derecho aplicable (...). (Corte Constitucional, Sentencia T-851/10).

fundamento en las pruebas allegadas, sostener el incumplimiento, por parte de la demandada, de sus deberes contractuales y legales.

No prospera, entonces, el reparo concreto en estudio.

4.2. En lo referente a la “**indebida valoración probatoria**”, pues, en sentir de la apelante, ello se dio de manera individual y aislada, mas no sistemática y conforme a la sana crítica, como lo exige el artículo 176 del CGP, debe decirse que tal planteamiento resulta **insuficiente**.

Téngase en cuenta que la *escasez de puntualidad y concreción que impliquen orfandad en el reparo, habilitan al a quo y al ad quem para declarar la deserción de la apelación. Así, cuando recurrente diga que la contienda no se zanjó (...) por indebida valoración probatoria, incumplirá la carga en comento, en tanto lo breve y puntual, no equivale a lo lacónico, de suerte que cuando la promotora manifestó que la providencia del a quo carecía de una **adecuada valoración probatoria**, generó que se declarara la deserción de la alzada, como en efecto lo determinó el tribunal atacado, pues esa aseveración, en manera alguna, transmitió cuál fue el defecto en la labor de evaluación de los medios de acreditación. (STC996-2021. Sentencia de 10 de febrero de 2021).*

Con todo, de pasar desapercibida la aludida falencia, el cargo no estaría llamado a prosperar; en efecto, si se interpretara el motivo de disentimiento y se dedujera que la recurrente fustiga habersele declarado **responsable contractualmente**, a pesar de que según aduce, no hubo culpa de su parte, como tampoco un daño *real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable*, de todos las siguientes razones desdecirían dicho reparo:

En primer lugar, debe decirse que en el presente asunto, Pasos Shoes y Cía. S.A.S. (aportante de \$612'500.000,00), el 14 de marzo de 2014 suscribió con la demandada el encargo fiduciario individual n.º 0001100010199 para la adquisición del local 2-058, en lo que sería el Centro Comercial Marcas Mall Cali.

En segundo orden, se tiene que el fundamento para deprecarse la **responsabilidad contractual** en estudio, no fue propiamente el contrato de “**fiducia mercantil**” inmobiliaria FA-2351 Marcas Mall Cali (tipología de convenio cuyo *núcleo central reside en la **transmisión de la propiedad a un tercero, llamado fiduciario, para que haga la restitución a otro, el beneficiario, una vez cumplida la condición***²⁸), sino el reseñado “**encargo fiduciario**” individual, el cual, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, *en la perspectiva tradicional, comporta la **transferencia de la mera tenencia***²⁹. (Se resalta).

²⁸ CSJ, STC13069-2019.

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de julio de 2008. Expediente 11001-3103-036-1999-01458-01. Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas.

Así, de la cláusula primera del **encargo fiduciario** individual n.º 0001100010199³⁰ se extrae el confesado propósito de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. de administrar los recursos que le fueron entregados por los inversionistas para ser transferidos a la promotora Marcas Mall Cali S.A.S., siempre y cuando se hubiere acreditado y verificado el cumplimiento de varios requisitos, a saber: “(...) **3. Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo de cada etapa del proyecto. 5. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de pre venta inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto. 8. Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria**”.

Queda claro entonces que lo reprochado al profesional fiduciario es la negligencia y la falta de cumplimiento de las finalidades de su administración en detrimento de la vinculada al proyecto Marcas Mall.

A su turno, a pesar de que en la estipulación novena de esa convención las partes acordaron que las obligaciones de la demandada eran de *medio y no de resultado*, en tanto tenía *sus funciones como administradora de los recursos a ella transferidos*, ello no suprime los deberes de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. descritos en el numeral 2º de la cláusula octava del encargo fiduciario, de ***colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor...*** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Desde luego que, tal como lo han considerado algunos sectores de la doctrina, decir ***que el fiduciario asume únicamente obligaciones de medio y no de resultado, implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados***³¹, a lo que se suma que la obligación de la demandada comporta una diligencia que *se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan*.³² (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De ahí que tal como ocurre con las instituciones financieras, se exija ***un mayor grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares***

³⁰ Fls 61 – 66, archivo “001 Demanda” del expediente virtual.

³¹ Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia, 2012, pág. 158.

³² Rodríguez Azuero, S. (2005). Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Bogotá. Editorial. Legis Editores S.A.

de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera. (CSJ, SC18614-2016, sentencia de 19 de diciembre de 2016, exp. n.º 2008-00312-01; se resalta).

No olvida la Sala que la demandada argumentó en sus alegatos de conclusión no ser una profesional en la construcción; sin embargo, lo suyo era verificar el cumplimiento de unos requisitos en una etapa pre-operativa que a estas alturas no resulta viable soslayar, en la medida en que desembolsó unos recursos sin que se demandaran conocimientos de una etapa posterior. No en vano en las cláusulas 1ª y 8ª del encargo fiduciario (fundamento de la responsabilidad contractual en estudio), la demandada se obligó a poner *a disposición del promotor los recursos recaudados, una vez se acredite y verifique el cumplimiento* de varios requisitos, entre ellos, los que a espacio se analizan:

Del punto de equilibrio

La aquí demandante soportó sus pretensiones en que su opositora *incumplió con mayor gravedad sus obligaciones legales y contractuales*, pues solo verificó enajenaciones por \$92.827'383.075,00, de un total esperado de \$253.031'332.726,00; es decir, **menos del 37%**, dado que el **punto de equilibrio** correspondía al monto de \$131.576.293,017, esto es, el 52% de lo acordado en el numeral 5º de la cláusula primera del encargo fiduciario en estudio, sustrato fáctico que no negó ni intentó desvirtuar la demandada, vicisitud que, por sí sola, impide variar la decisión adoptada por el *a quo*.

De la pre-aprobación o aprobación del crédito constructor

En línea con lo anterior, debe decirse que, en el numeral 3º de las condiciones acordadas en iguales términos en el otrosí n.º 3 al contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall”, la demandada también se obligó a verificar la *carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso*”, sin que se hubiere manifestado al respecto, debiendo asumir la consecuencia que se deduce de la falta de un *pronunciamiento expreso sobre los hechos*, vale decir, no otra que presumirse *ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda*, conforme al artículo 97 del CGP, en concordancia con el artículo 241, *ídem*.

De la propiedad del predio en el fideicomiso

Otro tanto hay decir del requisito previsto en el numeral 8º de la cláusula primera de ese convenio (encargo fiduciario individual), consistente en verificar el *certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria*”, pues no acreditó, como era de su incumbencia en los términos

del artículo 167 del CGP, que los predios en los cuales se iba a desarrollar el proyecto Marcas Mall habían sido adquiridos o aportados definitivamente al fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali, en cumplimiento de las formalidades exigidas para ello por la normatividad vigente.

Es más, la recurrente no discute que para el 4 de noviembre de 2014, fecha en la cual fue levantada el acta de verificación de las condiciones para la transferencia de los recursos al promotor Marcas Mall Cali S.A.S., no aparecía como titular del derecho de dominio del predio el fideicomiso, como igualmente se extrae de la anotación n.º 11 del certificado de tradición y libertad n.º 370-695292, en el que se advierte que para esa calenda aún aparecía como propietario Laboratorios Baxter S.A.S.³³, lo que permite tener por probado en el proceso el daño y el nexo causal entre éste y la conducta asumida por la fiduciaria demandada.

Y es que la pasiva no puede pasar por alto que como sociedad fiduciaria que es, en tratándose de encargos fiduciarios, de acuerdo con el literal c) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, tenía un deber de “información”, según el cual

...las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas.

A su turno, los numerales 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2, 2.2.1.2.3., 2.2.1.2.4 y 2.2.1.2.5 del Capítulo I, Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera³⁴ reprodujeron la importancia de que en asuntos como estos, en los que se involucran operaciones fiduciarias, lo mandado es atender, no solo el reseñado deber, sino también aquellos relacionados con la orientación y aseguramiento de los recursos fideicomitados, y la diligencia, profesionalidad y especialidad a que hizo mención la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia SC18614-2016.

Por su parte, el numeral 5.2., Capítulo I, Título V, *ídem*, obliga a las sociedades fiduciarias, de un lado, a *realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto*, y de otro, a aplicar los procedimientos de control interno para corroborar las siguientes situaciones, a saber: **a)** que *los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones*; **b)** que *el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto*; **c)** que *se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término*; **d)** que *el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia,*

³³ Folio 110, archivo “001 Demanda” del expediente virtual.

³⁴ Circular Externa n.º 7 de 1996, subrogada por la Circular Externa n.º 29 de 2014.

capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto, y e) que exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.

Desde luego que si la Superintendencia Financiera de Colombia (en función no jurisdiccional) encontró que hubo un adecuado Sistema de Control Interno a cargo de la demandada, a tal conclusión no puede estar atada la Sala, cuando, de un lado, se trata de una decisión que no se profirió en el marco de una actuación jurisdiccional sino administrativa; por ende, desprovista de los efectos de cosa juzgada, y de otro, porque la recurrente no acreditó que las pruebas allá practicadas, fueron las mismas que aquí condujeron a su responsabilidad contractual.

Y es que no puede obviarse que con la suscripción del otrosí al encargo fiduciario, de fecha 15 de diciembre de 2016³⁵, la demandada le anunció a la actora que *los recursos serán*³⁶ *transferidos al PROMOTOR*, lo que igualmente se plasmó en la estipulación segunda al precisar que *“la FIDUCIARIA entregará al PROMOTOR los recursos depositados por los INVERSIONISTAS de acuerdo con el avance de obra”*, afirmación que, como lo destacó la primera instancia, carecía de veracidad porque, según lo relató la representante legal de la sociedad demandada en su interrogatorio, esa entrega de dineros ya había tenido ocurrencia desde noviembre de 2014, cuando se suscribió el acta de verificación de requisitos, acta que, de acuerdo con lo que también precisó la primera instancia y no fue desvirtuado en esta oportunidad, contenía imprecisiones acerca del cumplimiento de tales exigencias para la transferencia de los recursos de los inversionistas.

Desde esa perspectiva, es claro que la transferencia de los recursos a la promotora no fue debidamente informada a la demandante, sin que pueda perderse de vista, en todo caso, que con todo y la falta de información a la inversionista, el giro de su aporte se realizó sin el cumplimiento de los requisitos que el contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall” y el encargo fiduciario individual exigían.

En este punto, es bueno recordar que:

“(…) en la medida en que las sociedades fiduciarias pretenden que sea el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción quienes asuman los riesgos a los que está expuesto el desarrollo de éste, **la actitud de un profesional prudente y avisado las obliga no solo a**

³⁵ Folios 69 – 78, archivo “001 Demanda” del expediente digital.

³⁶ Acción futura que según la demandante resultaba coherente porque hasta ese momento, en su sentir, no se encontraban dadas las condiciones pactadas con su opositora desde el año 2014.

informar, previamente a la celebración del respectivo negocio fiduciario, acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta la construcción, alertar sobre las dificultades y fracasos y, en su caso, exigir la aceptación expresa del o de los fideicomitentes promotores/ constructores/ desarrolladores y de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles, sino también cerciorarse hasta donde les sea posible, actuando de forma diligente, del estado de ejecución del proyecto de construcción, comparándolo con el presupuesto de costos directos, indirectos y financieros, y las fuentes proyectadas de financiamiento, **con miras a evitar que el proyecto se desarrolle en términos y condiciones distintas a las que se tuvieron en cuenta por el o los fideicomitentes promotores/ constructores/ desarrolladores [y los inversionistas interesados en adquirir las unidades inmuebles]** y, por ende, prevenir o evitar que se presenten hechos que degeneren en una grave alteración de la convivencia social o que sean constitutivos de punibles contra el patrimonio económico, o, en fin, que ocasionen perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptaron sin reparo alguno acceder [al inmueble resultante del proyecto de construcción] valiéndose de un vehículo fiduciario”³⁷ (se subraya y resalta).

Lo anterior, permite tener por demostrada la responsabilidad de la demandada por:

a) La desatención de su deber contractual, a título de **culpa leve** en el cumplimiento de su gestión, tal como lo regula el artículo 1243 del C. de Co., en concordancia con los preceptos 63 y 1604 del C.C., pues no podía transferir los recursos de la demandante a la promotora, sin estar cumplidos los requisitos atrás mencionados, de suerte que *la falta a él atribuida, como lo indica el artículo 63 del Código Civil, no atiende (...) ‘el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios’ (culpa leve), [por lo tanto], habrá de asumir las consecuencias adversas de su actuar despreocupado (...)*(CSJ, STC11843-2019; se resalta);

b) El incumplimiento produjo un daño; es decir, una lesión en el patrimonio de la accionante, pues, como se anticipó, en el encargo fiduciario no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que es claro que si fue ella quien dio lugar a la entrega de los dineros al promotor, sin la verificación que se esperaba contractualmente de su parte, en manera alguna puede pretender evadir su responsabilidad para

³⁷ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia Inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 307.

ahora dirigir a la demandante al proceso concursal que se le sigue a la promotora, cuando, a fin de cuentas, ninguna necesidad tendría la actora de acudir a esa liquidación, de haber cumplido a cabalidad la recurrente la convención.

c) La existencia de un nexo de causalidad entre el primero y el segundo de los elementos antes expuestos.

No sobra mencionar que el Tribunal encuentra que la demandante padeció el daño alegado, que se materializa en la pérdida del dinero invertido y la imposibilidad actual en que se construya el *Centro Comercial Marcas Mall* en Cali, Valle del Cauca, en el cual se ubicaría el local comercial que pretendía adquirir, por culpa atribuible a la sociedad fiduciaria, quien le entregó los recursos al promotor/constructor sin cumplir los requisitos legales y quien a la postre, incumplió la ejecución de la obra y ahora está en trámite de liquidación de su patrimonio por cesación de pagos.

Consecuente con lo anterior, no prosperan los reparos concretos en estudio.

4.3. Del llamamiento en garantía. La suerte de la aseguradora

El último motivo de disenso de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (apelante) hace referencia a la apreciación que hizo la primera instancia del interrogatorio de su representante legal, para concluir que había una exclusión para el pago de los eventos asegurados.

A este asunto se allegó el contrato de seguro que la demandada y su llamada en garantía convinieron, lo que dio lugar a la expedición de la póliza n.º 1000099 vigente entre el 30 de septiembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2018, de cuya primera página se extrae que SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.), amparó *actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, empleados no identificados, temporales y de firmas, pérdidas fuera de los predios (tránsito), pérdidas por billetes falsificados, pérdidas por falsificación de títulos valores, crimen por computador, motín, conmoción civil y daño malicioso, cobertura, extorsión, extensión de terremoto para valores, cobertura para miembros de junta directiva, extensión de falsificación, honorarios de abogados y responsabilidad civil profesional financiera*³⁸.

El punto medular es establecer si la primera instancia erró al acoger la alegada exclusión, en efecto acordada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza (póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras)³⁹, del siguiente tenor: “*cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión*

³⁸ Fl. 2, derivado 20 del expediente virtual.

³⁹ *Ib.*

debido a **una conducta delictiva, criminal, deshonesta, fraudulenta, maliciosa o intencional del asegurado** o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (a) lo anterior se haya establecido mediante cualquier sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por una autoridad competente, o (b) **cuando el asegurado haya admitido dichas conductas**’ (se resalta).

Sobre el particular se dirá que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. sostuvo, a través de su representante legal, haber formulado la acción penal que correspondía contra el entonces gerente de la Oficina de la Fiduciaria en Cali y también representante legal, Álvaro José Salazar, así como de sus dependientes en dicha sucursal, por su proceder inusual e indebido (prueba trasladada obrante a derivado 068, así como interrogatorio adelantado en este litigio a derivado 072, audiencia inicial), aunado a que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro fueron precisamente las conductas anómalas.

Sin embargo, por más que las cosas fueran de ese modo, el *a quo* pasó por alto que esa limitante (que el asegurado hubiere admitido las conductas irregulares en comentario) resulta ineficaz, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes en que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según lo ha destacado recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación⁴⁰.

Y es que, a no dudarlo, la “restricción” que enarboló la aseguradora, concierne de manera directa al amparo objeto del contrato, por lo que, en los términos de los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990⁴¹ y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁴², y a la luz de las circulares externas 007 de 1996⁴³ y 076 de 1999⁴⁴ de la Superintendencia Financiera de Colombia, debía ser consignada en la reseñada pieza contractual, lo que aquí, se *itera*, no demostró la llamada en garantía.

Al punto, la Corte, en un asunto semejante, enfatizó:

⁴⁰ Ver las siguientes sentencias: 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00; STC13117-2018 de 10 de octubre, exp. 11001-02-03-000-2018-02873-00; y STC3552-2020 de 1º de junio, exp. 11001-02-03-000-2020-01019-00.

⁴¹ “Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 3. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁴² “2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁴³ “Los amparos básicos y **todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos **que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada**. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

⁴⁴ “2. Primera página de la póliza. **En esta página debe figurar, en caracteres destacados, según, los mismos lineamientos atrás señalados, y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada, los amparos básicos y todas y cada una de las exclusiones que se estipulen**. Por ningún motivo se podrán consignar en las páginas interiores o en las cláusulas posteriores exclusiones adicionales que no se hallen previstas en la primera condición aquí estipulada”.

(...) Ahora bien, respecto de los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del decreto 663 de 1993, que indican clara e inequívocamente que los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, el juzgador realizó una exótica interpretación, según la cual esas disposiciones sólo expresan ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, mas no que éstas deben consignarse en la primera página; lo anterior en contravía de lo explicado por la jurisprudencia de esta Corte en STC 514 del 29 de enero de 2015 (...).

(...) Según el artículo 27 del Código Civil, ‘cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu’. Luego, como el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son claros al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad, tal como ocurrió con la particular exégesis del Tribunal, según la cual el sentido de aquellas normas es ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, lo cual es tan absurdo y alejado de la finalidad de la ley que no merece mayores comentarios (...).

(...) Al respecto, esta Corporación en varias oportunidades ha aclarado que **el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades. En consecuencia, las exclusiones que contravengan los requerimientos legales, como su redacción en caracteres destacados en la primera página de la póliza, se tendrán en todos los casos como no escritas, tal como lo ha afirmado esta Corte en STC del 25 de julio de 2013 (Rad. 01591-01) y STC514 del 29 de enero de 2015 (Rad. 201500036-00) (...).**

(...) La elaborada interpretación del Tribunal, en suma, desconoció el imperio de la Ley y los lineamientos jurisprudenciales que esta Sede ha expresado en materia de cumplimiento de requisitos formales de las pólizas de seguros, lo que lo condujo a dar valor probatorio a unas exclusiones que no sólo no eran tales -como se indicó con anterioridad- sino que ni siquiera se demostró que hicieran parte del contrato de seguro, como enseguida pasa a explicarse (...) (CSJ. STC17390-2017, de 25 de octubre de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-02689-00; se resalta).

Así las cosas, no podía la primera instancia acoger la defensa (contra el llamamiento) que en ese sentido formuló SBS Seguros Colombia S.A., en particular, la denominada *ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en el numeral 3.7. de las condiciones generales del seguro.*

Por la misma razón (ineficacia de la estipulación), tampoco está llamada a prosperar la excepción de *ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en el numeral 3.14 de las condiciones generales del seguro*⁴⁵, que invocó la aseguradora frente al llamamiento.

Tampoco están llamadas a prosperar las restantes excepciones formuladas por la aseguradora frente a la demanda denominadas: *inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante y falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.,* pues ambas ameritaron un despacho frontal y conjunto en las consideraciones que quedaron expuestas en líneas precedentes.

En punto a la “excepción” genérica, no solo de antaño se ha dicho que no existe (CSJ sentencia de 17 de agosto 17 de 1964), cuyo criterio mantiene el CGP, sino que tampoco encuentra la Sala acreditada alguna circunstancia que pudiera dar lugar a un pronunciamiento oficioso.

Respecto a la defensa según la cual hubo *ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria,* fundada en que amparó “actos profesionales incorrectos” y no podía endilgarse responsabilidad a su llamante por los hechos a que alude el libelo introductorio, aunado a que no se causó un daño por cuenta de su amparada, como tampoco infracción de sus deberes contractuales y legales, es suficiente remitirse igualmente a lo dicho en el numeral 4.2. de las consideraciones de esta providencia, en el que, en lo medular, se concluyó que la apelante sí incumplió los deberes a los que legal y convencionalmente se obligó, infracción que causó a la demandante un “*perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado*”⁴⁶.

En lo atinente a la defensa consistente en la *improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección*

⁴⁵ Según la cual “*cualquier reclamo basado u originado por un hurto, un fraude, una desaparición inexplicada, así como cualquier hecho que pueda ser indemnizado bajo una póliza integral bancaria o póliza equivalente, cualquiera que sea el valor asegurado y aun cuando el asegurado mantenga o no vigente dicha póliza*”. (se resalta; fl. 8, derivado 16 del expediente virtual).

⁴⁶ CSJ, Cas. Civ. sentencia de 5 de noviembre de 1998, exp.: 5002.

III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., soportada en los artículos 1079 y 1089 del C. de Co. y en la sección III de la “póliza” en comento, que previó un límite asegurado de \$15’000.000.000,00 por año, tampoco tendrá acogida, por cuanto la aseguradora no acreditó, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, la afectación (en ese apartado de responsabilidad civil profesional) de la anunciada póliza con el pago de siniestros en una cuantía superior a ese monto.

Por lo mismo, habrá de desestimarse la excepción de *agotamiento del valor asegurado*, tras fundarse en el mismo sustrato fáctico de aquella defensa.

Referente a la excepción de *aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*, aunque no enerva la responsabilidad contractual que habrá de refrendarse, sí se impone su estudio por así deducirse del artículo 1103 del C. de Co.⁴⁷ y los numerales 4.14 y 7.2 de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras.

En efecto, lo que se evidencia en la póliza n.º 1000099, es que en tratándose del amparo por “Responsabilidad Civil Profesional”, en el anexo n.º 22, sección III, si bien (al igual que la carátula) se señala una suma asegurada por \$15.000’000.000,00, también llamante y llamada acordaron unos límites asegurados “por Evento y en el Agregado Anual Deducible todo y cada reclamo” por \$150’000.000,00, de suerte que se condenará a SBS Seguros Colombia S.A. a reembolsar a Pasos Shoes y Cía. S.A.S. \$663.318.813,00 (suma que no supera el límite que, para ese rubro, se impuso en el contrato de seguro, al tenor de lo previsto en el artículo 1079 del C. de Co.), más los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa autorizada por la ley que se generen sobre ese monto, en el evento de que no se erogue dentro del término concedido en el fallo de primer grado.

Los restantes \$150’000.000,00 (deducible), como se anticipó, serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen.

Consecuente con lo anterior, inocuo se aviene acoger la excepción tendiente a reclamar que la sentencia se sujete “a los términos, límites y condiciones”, cuando, como se vio, ello ha tenido lugar líneas atrás.

5. En resumidas cuentas, como la demandada no logró socavar con sus argumentos los pilares en que se soportó el fallo apelado, este será confirmado en lo atinente a declarar su responsabilidad con la

⁴⁷ A cuyo tenor “(...) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original.”

consecuente condena que le fuere impuesta -previo descuento del deducible que pactó con SBS Seguros Colombia S.A.-, por un lado, y por el otro, se revocará en cuanto frustró el llamamiento en garantía, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de la demandante, ante las resultas de su alzamiento, en los términos del artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Revocar el ordinal tercero de la sentencia que el 17 de noviembre de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III de la Superintendencia Financiera de Colombia y, en su lugar, **declarar** infundadas las defensas formuladas por SBS Seguros Colombia S.A. frente a la demanda y el llamamiento en garantía que le hizo Acción Sociedad Fiduciaria S.A., salvo la de *aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*, que prospera por lo dicho en la parte motiva.

Por consiguiente, **condenar** a la referida aseguradora a pagar a la demandante -o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hubiere pagado la totalidad de la condena que se le impuso-, la suma de \$663.318.813,00, a favor de Pasos Shoes y Cía. S.A.S., dentro del término que fijó el *a quo* en el fallo recurrido, so pena de reconocer intereses comerciales de mora sobre esos valores a la máxima tasa autorizada por la ley. Los restantes \$150'000.000,00 (deducible), serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen, conforme a lo dicho en la parte motiva.

En lo demás, se **confirma** el fallo apelado.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de la demandada y en favor de su contraparte (artículo 365 del CGP). Liquidense por el *a quo* conforme al artículo 366, *idem*. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de **\$2'000.000.00.**

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados⁴⁸,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado

⁴⁸ Dr. CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ, ausente con excusa.

Sentencia dentro del proceso n.º 110013199003201802836 02.
Clase: Verbal – Acción de Protección al Consumidor Financiero.

Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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:
6a911b6dc2b0e720b7c29499680ce16d6f001cb5b87ab220e8ed9883f2864e51
Documento generado en 06/04/2022 12:54:28 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

Magistrado Ponente Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022).

Proceso	Ejecutivo con garantía real
Demandante	Warco S.A.S.
Demandado	Hugo Ferneli Díaz Plazas
Radicado	110013103 033 2019 00259 01
Instancia	Segunda
Procedente	Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá
Fecha	20 de noviembre de 2020
Decisión	Confirma
Apelante	Demandante

Proyecto discutido en sala de decisión del 6 de abril de 2022

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Warco S.A.S. presentó demanda contra Hugo Ferneli Díaz Plazas, a fin de que obtener el recaudo de las siguientes sumas: **i)** \$259.000.000, como capital “representado en el contrato de mutuo” contenido en la Escritura Pública Nro. 2.609 del 27 de octubre de 2017, otorgada en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, **ii)** \$10.360.000, por concepto de intereses de plazo causados desde el 28 de octubre de 2017 hasta el 27 de febrero de 2018, a la tasa del 1% “conforme a lo pactado dentro del contrato de mutuo”; y, **iii)** los intereses moratorios causados desde el 28 de febrero

de 2018 hasta cuando se verifique el pago total de la obligación, a la tasa del 29.62%¹.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. Mediante Escritura Pública Nro. 2.609 del 27 de octubre de 2017, otorgada en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, Hugo Fernely Díaz Plazas se constituyó en deudor hipotecario de segundo grado de la sociedad Warco S.A.S., por la suma de \$259.000.000, que recibió a título de mutuo.

2.2. En ese documento se estableció que *“la suma recibida por el deudor junto con sus intereses”* sería pagada en un plazo de 4 meses.

2.3. El demandado incurrió en mora desde el 28 de febrero de 2018, pese a los requerimientos efectuados por la sociedad acreedora.

3. En proveído del 28 de junio de 2019, el *A quo* libró mandamiento de pago por la suma de \$259.000.000, como concepto de capital; \$10.360.000, por intereses de plazo causados y no pagados desde el 28 de octubre de 2017 hasta el 27 de febrero de 2018; y, los intereses moratorios liquidados sobre el capital desde el día siguiente al vencimiento de la obligación, a la tasa que certifique la Superintendencia Financiera, sin que desborde los niveles de la tasa de usura, hasta el momento en que se pague totalmente la obligación².

3. Posición de la parte pasiva

El convocado se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló las excepciones de mérito³ que denominó *a) Numeral 12 del artículo 784 del C. de Co.- Las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título, contra el demandante que haya sido parte en el respectivo negocio o contra cualquier otro demandante que no sea tenedor de buena fe exenta de culpa”*; *b) Dinero no entregado*; *c) Inexistencia de la obligación que contiene el título objeto de recaudo*; *d) Ineficacia del título valor por inexistencia del mismo*; *e) La falta de aptitud del título para ser cobrado por la vía ejecutiva con lo cual declara*

¹ 01Cuaderno1.pdf, folios 25 a 30.

² 01Cuaderno1.pdf, folio 34.

³ 02Cuaderno1A.pdf, folios

probadas las excepciones de ineficacia del título valor por inexistencia del mismo; f) Carencia de toda clase de soportes contables y comprobantes de la entrega del dinero; g) Enriquecimiento sin justa causa; h) Incumplimiento del negocio causal; i) Falta requisitos necesarios para el ejercicio de la acción; j) Abuso del derecho; k) Temeridad de la acción ejecutiva hipotecaria”.

4. La Sentencia de primera instancia

El Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción “*Dinero no entregado*”, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda.

Para el efecto, sostuvo que no se demostró que la suma de \$290.000.000, objeto de las pretensiones, hubiera sido entregada de manera efectiva al demandado, lo que la parte actora confesó en interrogatorio de parte, razón por la que deviene ineficaz la cláusula primera de la escritura pública báculo de la ejecución, en la que se indica que la pasiva recibió a título de mutuo esa suma.

Agregó que no hubo una entrega simbólica, pues no obra prueba de que el dinero haya sido entregado a favor de un tercero autorizado por el demandado, evidenciándose que la finalidad del gravamen real era garantizar un saldo pendiente de pago originado en un contrato de transacción y reconocido en el numeral 6° del auto de fecha 1 de noviembre de 2018, proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso ejecutivo que allí cursó.

Concluyó que al no haberse efectuado la entrega de la suma indicada como mutuada, y al no operar la tradición ordinaria y menos aún la simbólica, pierde total eficacia el contenido del título ejecutivo allegado como base del cobro.

5. Recurso de apelación.

La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión. Acotó que el juez de primer grado faltó al deber de aplicar la jurisprudencia que rodea el tema objeto de controversia. Refirió que observó la coligación negocial, empero, no la desarrolló, por lo que debió establecer si existió o no un objetivo conjunto y general querido por las partes que, a pesar de tener causas autónomas, van dirigidas a la misma operación económica. Agregó que dejó

de aplicarse el artículo 1622 del C.C. sobre la interpretación sistemática de los contratos, y el artículo 864 del C. de Co., en cuanto a la finalidad de los contratos comerciales. Finalmente, precisó que se presentó una falta de análisis y valoración conjunta.

Sustentó que el *A quo* concluyó que el dinero objeto de cobro no fue entregado al demandado, y además, advirtió que el contrato de mutuo tuvo origen en una transacción aprobada por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, motivo por el cual, mediante el título que se pretende ejecutar, se buscó garantizar el pago del saldo pendiente de aquella negociación. Refirió que, con ocasión de lo anterior, y si se hubiera dado aplicación a la figura de la “*coligación negocial*” desarrollada jurisprudencialmente en armonía con los artículos antes referidos, el juzgador hubiera concluido que el mutuo es válido y eficaz, pues el resultado del querer de las partes “*fue la de convertir en mutuo el saldo del contrato de transacción y garantizar el primer contrato como lo descubre el operador judicial de primera instancia*”.

Así, precisó que el contrato de mutuo celebrado buscó regular, asegurar y extinguir una relación jurídica patrimonial pactada en la transacción, siendo contratos que están vinculados por una ligación funcional o teleológica indisociable, imprescindible e inescindible, conducente a una función práctica.

Afirmó que, de todos modos, existió una contraprestación real en favor del deudor, en tanto operó una tradición o entrega simbólica del dinero mutuado, máxime cuando el contrato de transacción cumplió su finalidad, esto es, la terminación del proceso ejecutivo referido.

Finalmente, expuso que el deudor confesó que si debe la suma de dinero ejecutada, lo que no tuvo en cuenta el juez de primera instancia, siendo ello tan cierto que luego del fallo, dicho extremo procesal consignó a la demandante \$149.945.540 el 20 de noviembre de 2020.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos concretos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, quedando vedados los

temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia, como lo prevén los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso.

2. De la interpretación del escrito de sustentación del recurso de apelación, está claro que los puntos de reparo se pueden condensar en los siguientes temas: (i) existencia de coligación negocial que permitió la conversión de una transacción en mutuo comercial; (ii) indebida interpretación sistemática del contrato de mutuo y su finalidad; (iii) indebida valoración conjunta de las pruebas; y (iv) el demandado confesó la deuda al hacer un abono a la obligación.

3. Desde ahora se advierte que se confirmará la sentencia confutada, ya que los puntos de inconformidad no abren paso a revocar lo dispuesto en primera instancia.

4. Sobre la coligación negocial o contratos conexos, la Corte Suprema de Justicia, explicó: “[l]os contratos coligados, aunque mantienen su autonomía y regulación legal propia, funcionalmente dependen recíprocamente, por virtud de la operación económica pretendida por las partes, de tal suerte que las contingencias de alguno pueden repercutir en los otros”⁴.

En fallo SC 25 sep. 2007, rad. 2000-00528-01, esa misma Corporación puntualizó:

(...) Sin pretender elaborar un concepto terminado del fenómeno de que se trata, sino con ánimo, más bien, de destacar los elementos que lo estereotipan, cabe decir que él opera, así parezca obvio señalarlo, en el supuesto inexorable de una pluralidad de contratos autónomos (dos o más), entre los cuales existe un ligamen de dependencia que, jurídicamente, trasciende o puede trascender en su formación, ejecución o validez, o como bien lo puntualiza el doctrinante Renato Scognamiglio, ‘dos elementos se tornan necesarios para que pueda hablarse de negocios coligados: una pluralidad de negocios y la conexión entre ellos mismos’. Cuando el vínculo de dependencia apunta en un solo sentido, de un contrato a los demás, se habla de una subordinación o vinculación unilateral y cuando es bifronte, es decir, va y viene por igual entre los distintos contratos, el lazo es mutuo o recíproco, de interdependencia».

De forma más conclusiva, ha dicho: “el coligamiento de contratos se da cuando hay lugar a la celebración de dos o más convenciones, cada una sometida a las normas que la regulan

4 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: LUIS ALONSO RICO PUERTA. SC5690-2018. Radicación n° 11001-31-03-032-2008-00635-01. Sentencia del diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

*y dirigida al fin que la caracteriza, pero que sirven a un propósito que las supera y arroja, cuyo logro sólo es posible en virtud de su armónica conjunción”.*⁵

Sobre la finalidad de la coligación negocial, en reciente jurisprudencia, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que es *“utilizada como instrumento que permite a las partes a partir de varios contratos desarrollar una operación económica unitaria y compleja, necesariamente, supone la existencia de varios contratos típicos o atípicos, perfectamente diferenciados y que, en todo caso, conservan su individualidad, lo que no obsta para que entre ellos exista una relación de dependencia. Ello significa que desde que se ajusta esa tipología contractual, debe quedar claramente establecido cuáles son los distintos acuerdos de voluntades que la componen, de modo que si llegaren a presentarse posteriores controversias sea factible definir si se refieren a uno de ellos en particular o a varios, y cuál sería su impacto o repercusiones en la operación económica que los aglomera”*⁶.

Se entiende entonces que existe coligación negocial, cuando varios contratos que responden a una causa autónoma, sometida a las normas que la regulan, en conjunto tienden a la realización de una operación económica unitaria, un propósito que los supera y arroja, motivo por el que entre ellos existe un ligamen de dependencia o conexión que puede trascender en su formación, ejecución o validez, siempre y cuando el tenor literal de los contratos los identifique plenamente.

4.1. El reparo basado en que debió hacerse un análisis de la situación bajo la óptica de la *“coligación negocial”* no está llamado al éxito, porque de la lectura del documento que se aportó como base de ejecución, no se evidencia que el contrato se hubiese atado a lo regulado en otra convención ni mucho menos se indicó alguna dependencia o conexión económica con alguna otra negociación entre las mismas partes.

En dicho contrato⁷ las partes pactaron un precio declarado recibido a entera satisfacción, reconocimiento de intereses, plazo para un pago, constitución de garantía hipotecaria y demás cláusulas accesorias.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO. SC18476-2017. Radicación n.º 68001-31-03-001-1998-00181-02. Sentencia del quince (15) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

⁶ Sala de Casación Civil. SC2218-2021. Radicación 110013103 001 2017 00213 01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

En ningún aparte de la escritura pública los contratantes quisieron ligar este mutuo a lo regulado en algún otro convenio, por lo que se incumple uno de los requisitos esenciales para la coligancia contractual previstos en la jurisprudencia, esto es, que del tenor literal de los documentos adosados se pueda por lo menos inferir que los contratos están atados a un fin o circunstancia económica claramente determinada o determinable.

Se trata de la redacción de un arquetipo contrato, donde plasmaron la entrega real y material de un dinero en calidad de mutuo sin ningún tipo de condición o modo atada a un convenio previo, concomitante o posterior.

La tesis de la coligancia, como debe ser, debe derivarse del tenor literal de los documentos y no inferirse por otros medios probatorios como la simple declaración de parte, pues las consecuencias de darle un tratamiento diferencial a varios contratos, parte de la base de que no haya ninguna duda de que tanto una transacción y un mutuo mercantil se quisieron unir para un fin, que no sobra decirlo, no aparece tan claro en el asunto de marras.

4.2. De la revisión de la demanda, la parte actora nunca adujo la tesis de la coligancia contractual para pedir el mandamiento de pago, ni tampoco advirtió sobre la presencia de un título ejecutivo complejo en el que sea necesario tener en cuenta, adicionalmente, otros acuerdos diferentes al contenido en dicho instrumento público.

En el juicio ejecutivo la obligación demandada debe ser clara expresa y exigible, atributos que se deben desprender del documento que funda la acción, en este caso, la escritura pública en cuestión, sin que para los fines de la ejecución se requiera de labores interpretativas, máxime derivadas de varios contratos.

Tampoco es la figura de la coligancia contractual el escenario teórico y jurídico para aceptar la tesis de mutación contractual invocada en la sustentación de la apelación, pues las pruebas recaudadas no permiten entender cómo una transacción se coliga en otra negociación para convertirse en un mutuo mercantil.

Si lo pretendido por la sociedad demandante era cobrar la suma adeudada por la pasiva en razón del contrato de transacción, ello escapa al objeto del presente proceso, pues, se itera, el título ejecutivo base de la acción es la Escritura Pública No. 2609 del 27 de octubre de 2017 de la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, contentiva de un contrato de mutuo garantizado con hipoteca, mas no dicho acuerdo transaccional.

Si bien al descorrer el traslado de las excepciones de mérito formuladas por la pasiva el apoderado de la parte actora afirmó que *“la existencia, causa y objetivo de la creación del contrato de mutuo y su garantía hipotecaria, tiene su origen en un contrato de transacción donde actuó el hoy demandado como deudor solidario de unas acreencias a favor de la firma demandante realizada el 1º de agosto de 2017”*⁷, no obra prueba en el expediente que permita colegir que la obligación estipulada en la transacción resultó sustituida por una nueva obligación, y concretamente, en la originada en el contrato de mutuo a que se ha hecho referencia⁸.

Recuérdese que, según lo prescribe el artículo 1693 del Código Civil, para que haya novación es necesario que lo declaren las partes, o que aparezca indudablemente que su intención ha sido novar, porque la nueva obligación envuelve la extinción de la antigua, lo que no se otea en este asunto.

5. El segundo punto de reparo, relacionado con una indebida interpretación sistemática del contrato de mutuo y su finalidad, tampoco está llamado a prosperar, porque evidentemente el contrato de mutuo aportado fue debidamente interpretado y analizado por el funcionario de primera instancia.

La jurisprudencia ha reconocido que la calificación del contrato constituye un ejercicio intelectual dirigido a establecer la real naturaleza jurídica y efectos normativos del acuerdo de voluntades⁹.

En la ya mencionada Escritura Pública No. 2609 del 27 de octubre de 2017

⁷ 02Cuaderno1A.pdf, fl. 506.

⁸ Sobre la novación, establece el artículo 1687 del Código Civil: *“La Novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida”*.

⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de diciembre de 2011. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

otorgada en la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá, se plasmó que el aquí demandado recibió de la sociedad actora, a “*título de mutuo*”, la suma que es objeto de cobro.

Se otea en el clausulado del instrumento público báculo de la ejecución, antes referenciado, en la que funge como acreedora Warco S.A.S., y como deudor Hugo Ferneli Díaz Plazas, lo siguiente:

PRIMERO. - *Que [el deudor] declara haber recibido en el día de hoy, a título de mutuo o préstamo, la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL (\$259.000.000.00) de manos de la Empresa WARCO S.A.S. (...)*

SEGUNDO. - *Que durante el plazo reconocerá a su acreedor, sobre la suma recibida en mutuo, intereses a la tasa del uno por ciento (1%) mensual, pagaderos por mesadas anticipadas dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes. En caso de mora en el pago del capital o de los intereses, estos últimos se liquidarán a la tasa mayor que la ley vigente en ese momento permita como interés comercial monetario (...)*

TERCERO. - *Que el plazo para pagar la expresada suma que el deudor ha recibido en mutuo y sus intereses, es de CUATRO (4) meses, contados a partir de hoy (...)*

DECIMO OCTAVO. - *Que para garantizar el pago de la suma que ha recibido en mutuo y sus intereses, el deudor además de comprometer su responsabilidad personal, constituye ESPECIAL HIPOTECA DE SEGUNDO GRADO (...) (Negrillas fuera de texto original).*

Ahora bien, al contestar la demanda, la pasiva formuló, entre otras excepciones, la que denominó “*Dinero no entregado*”, fundada en que no recibió la suma de dinero a que alude la escritura pública en cita, de tal forma que no hubo tradición.

El *A quo* encontró probado dicho medio exceptivo, luego de considerar que la parte actora no demostró haber entregado al aquí demandado la referida suma, material o simbólicamente, y en razón del contrato de mutuo vertido en la escritura pública, decisión que cuestionó la sociedad ejecutante, en cuyo sentido argumentó que, de todos modos, “*operó una tradición o entrega simbólica del dinero mutuado, pues pensar lo contrario sería patrocinar en favor del deudor un enriquecimiento sin causa con detrimento del patrimonio del acreedor*”.

5.1. Para definir la cuestión, se tiene que los artículos 2221 y 2222 del Código Civil, establecen: “[e]l mutuo o préstamo de consumo es un contrato en que una de las partes **entrega** a la otra cierta cantidad de **cosas fungibles** con cargo de restituir otras tantas del

misimo género y calidad” y “[n]o se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio”.

En torno al carácter real del contrato de mutuo, conforme al cual para su perfeccionamiento o existencia se requiere la entrega de la cosa, la Corte Suprema de Justicia, ha señalado:

(...) “el carácter real del mutuo, ‘contrato en que una de las partes entrega a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad’, en tanto no se ‘perfecciona’, nace, existe o constituye, ‘sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio’ (artículos 2221 y 2222 del Código Civil), es decir, la figura legis, exige *esentialia negotia*, para su existencia o constitución (*quoad constitutionem*), la entrega de la cosa prestada a título de tradición ‘de manera real o material, como también en forma ficta o alegórica, atendidas las modalidades que enuncia el artículo 754 del Código Civil’ (cas. civ. sentencia de 22 de marzo de 2000, [S-031-2000], exp 5335), con la cual se transfiere la propiedad (*mutui datio*), por el mutuante al mutuario, quien las recibe no ‘para usarlas y devolverlas, sino para consumirlas, natural o jurídicamente, con cargo a devolver otras de la misma especie y calidad’ (cas. civ. sentencia del 27 de marzo de 1998, exp. 4798, CLII, 649-650), esto es, estricto sensu, versa sobre cosas fungibles, sustituibles e intercambiables por otras entre sí, y susceptibles de consumición, cuyo dominio se adquiere, con el deber de restituir igual cantidad de su misma especie y calidad (...) La cuestión central de este contrato, se remite, por tanto, a la tradición cuanto presupuesto *iuris* imprescindible para la constitución del mutuo, consistente en la entrega a tal título de determinada cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otro tanto de idéntico género y calidad” (sentencia del 18 de agosto de 2010, exp. 2002-00016)¹⁰.

Téngase en cuenta que la tradición puede ser real o ficta como lo establece el artículo 754 del Código Civil¹¹, aspecto sobre el cual la alta corporación en cita, precisó:

(...) no es acertado exigir la entrega real de la cosa en el mutuo, como única o exclusiva manera de verificar la tradición, pues tan válida como aquella es la simbólica, de gran usanza en la esfera financiera, en donde el acto material de la misma se echa de menos, y no por ello, en modo alguno, puede pretextarse la ausencia y eficacia de dicho contrato. La tradición ficta, en consecuencia, como lo reafirma la doctrina especializada, “sustituye la efectiva

¹⁰ Cfr. Sentencia SC832-2019. Radicación n° 17001-31-03-003-2008-00216-01. M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Radicación n° 17001-31-03-003-2008-00216-01

¹¹ ARTICULO 754. La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes:

1o.) Permitiéndole la aprehensión material de una cosa presente.

2o.) Mostrándosela.

3o.) Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa.

4o.) Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido.

5o.) Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario o a cualquier otro título no traslativo de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.

ocupación o aprehensión de la cosa por el accipiente por un juego de actos que la simbolizan o que la sustituyen” (Luis Diez-Picazo. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. V. II. Madrid. Tecnos. 1978. Pág. 527). Por eso, cuando en el Código Civil se emplea la expresión “entrega” dentro del marco del modo de adquirir en comento (arts. 740, 750, 752 C.C.), se impone entender que ella se utiliza como descriptiva de un fenómeno necesario para la transmisión del derecho, efecto éste que no queda ligado, *per se*, al desapoderamiento físico, manual o material, como se acotó. Al fin y al cabo, por entrega se entiende, aún desde el punto de vista gramatical, el acto de “poner en manos o en poder de otro a una persona o cosa” (Se subraya. Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima primera edición. Madrid. 1992), lo que puede verificarse de forma real o simulada - simbólica -.

Bajo este entendimiento, cabe concluir que en Colombia, a la par que en un elevado número de naciones, el perfeccionamiento del contrato de mutuo no reclama una específica y prefijada forma de tradición, particularmente aquella que se da por la entrega “de mano a mano” - también apellidada “ordinaria” -, pues no distinguiendo al respecto la ley (art. 2222 C.C.), ella puede ser material o también figurada, como lo avala la doctrina comparada (Federico Puig Peña, Guillermo Borda, Luis Muñoz, entre varios), y como inequívocamente lo regula, en el plano legislativo, el artículo 754 del Código Civil, precepto que disciplina la *traditio* de cosas corporales muebles, siendo admisible, entonces, cualquiera de los medios *ex lege* que permiten consolidarla, concretamente el conocido a través de las expresiones *constitutum possessorium* - o *constituto possessorio* (nral. 5 ib.) -, según lo confirma igualmente la dogmática jusprivatista (Giorgio Giampiccolo, Francisco José Osuna Gómez, Arturo Alessandri, Ramón Mesa Barros, etc.)¹².

5.2. En el caso bajo examen, tal como lo evidenció el *A quo*, pese a que en la Escritura Pública No. 2609 del 27 de octubre de 2017 de la Notaría Quinta del Círculo de Bogotá quedó plasmado que Hugo Ferneli Díaz Plazas recibió la suma de \$259.000.000.00 “*de manos de la Empresa WARCO S.A.S. (...)*”, a título de mutuo o préstamo, lo cierto es que no se probó que se hubiera efectuado dicha entrega material, y ni aun la simbólica a que se alude en la apelación, coligiéndose que el contrato de mutuo que dio origen al presente cobro no nació a la vida jurídica, por tratarse la tradición de un elemento de la esencia necesario para el perfeccionamiento de la convención.

En tal sentido, no pasa desapercibido que el representante legal de la sociedad demandante confesó que, con ocasión de la Escritura Pública en que se funda esta acción, no se entregó suma de dinero alguna al demandado, así: “*no se entregó porque es soporte de una transacción anterior, soporte de deuda que se había adquirido*”

¹² CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de marzo de 2000. Expediente No. 5335. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

*con anterioridad*¹³. Aludió al respecto, a un contrato de transacción celebrado en razón de un proceso ejecutivo que cursó en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá.

Aunado a lo anterior, afirmó que: *“se generó en el año 2017, un acuerdo o un contrato de transacción o acuerdo de pago por la deuda que se tenía con el consorcio al cual él pertenecía, él absorbió y aceptó y firmó ese contrato que fue presentado al Juzgado 8° Civil del Circuito, en el cual tenía un valor total de \$1.685.019.000 y que se debería pagar de acuerdo al documento que reposa en el juzgado (...) y el señor Hugo Ferneli nos hizo el pago de \$340.000.000, una vez se firmó ese contrato (...) más o menos en septiembre del mismo año y para terminar de cubrir la deuda pendiente se firmó o él nos dio en soporte de pago la hipoteca por un apartamento equivalente a \$250.000.000 (...)”*¹⁴, de donde se extracta que, ciertamente, nunca se hizo entrega de dinero, en razón del mutuo, al señor Hugo Ferneli Díaz Plazas.

Debe advertirse que en el interrogatorio que rindió el demandado, no se otea que éste hubiera confesado que, en razón de la Escritura Pública No. 2609 del 27 de octubre de 2017, recibió *“a título de mutuo”* la suma de \$259.000.000, eje central en el que se funda la controversia, y que llevó al juez de primera instancia a declarar la excepción de mérito propuesta por ese extremo procesal.

Vale la pena destacar que, si bien el señor Díaz Plazas refirió que adeuda al extremo demandado una suma de dinero, ello no obedece al contrato de mutuo en mención en sí, sino a una transacción que resulta ajena a este proceso.

Entonces, no es de recibo para esta Sala de Decisión el argumento expuesto por la apelante, según el cual, tuvo lugar una tradición o entrega simbólica del dinero mutuado, de una parte, debido a que en la escritura pública en cuestión se alude a una entrega real o física, lo que se desprende de lo indicado en la cláusula primera en la que se plasmó que el demandado recibió *“de manos de la Empresa WARCO S.A.S.”* la suma mutuada; y de otra, en tanto que no se acreditó que entre las partes se hubiera estipulado una entrega simbólica, ni aun, bajo el entendido que el saldo adeudado en razón de la transacción celebrada en virtud del proceso

¹³ Cuaderno Juzgado/01PrimeraInstancia/04Parte1ReuniónGeneral.mp4 min. 02:37:35

¹⁴ 04Parte1ReuniónGeneral01:53:55

ejecutivo que cursó en el Juzgado Octavo Civil del Circuito de esta ciudad, se tendría por entregado a título de mutuo para los efectos de este contrato, convenio que brilla por su ausencia, y que en caso de haberse presentado, debió exteriorizarse de forma inequívoca.

En conclusión, descartada la existencia del contrato de mutuo dada la falta de entrega del dinero objeto del mismo al aquí demandado¹⁵, bien sea de forma real o simbólica, constituye razón más que suficiente para confirmar la sentencia de primer grado, por la cual se declaró la excepción de mérito denominada “*dinero no entregado*”, propuesta por la pasiva.

6. El reparo consistente en acusar una indebida valoración probatoria por parte del A quo, está indebidamente sustentado, porque hace una referencia genérica a las pruebas recaudadas, sin especificar cuál es el medio o medios probatorios que no fueron valorados o cuyo análisis es contrario a lo que de ellos se desprende.

Sin embargo, si a lo que se refiere el cargo de censura, es sobre los alcances de la transacción celebrada en otro juicio, lo cierto es que dicha tesis, tal y como se explicó en líneas anteriores, no fue invocada en la demanda y mal haría inferirse un título ejecutivo complejo que no fue demandado en dicha forma desde el inicio del proceso. Tal circunstancia podría configurar una afrenta contra la consonancia de la sentencia con los hechos y pretensiones de la demanda.

Todo lo expuesto conduce a esta Sala de Decisión a concluir que el *A quo* efectuó una valoración probatoria completa de cara al objeto del proceso, en la que se tuvo en cuenta los documentos adosados y las declaraciones rendidas por las partes, resultando estériles los puntos de apelación aducidos por el extremo actor, lo que impone confirmar la sentencia confutada.

¹⁵ Téngase en cuenta que según lo establece el artículo 1501 del Código Civil, en lo contratos se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales, así: “[S]on de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales”.

7. El último punto de reparo se hizo consistir en que el demandado confesó la deuda al hacer un abono a la obligación, premisa que en nada cambia la decisión adoptada porque es claro que dicho pago bien pudo tener origen en la transacción celebrada por las partes.

Reconocer una obligación naturalmente tiene serias consecuencias para efectos de la renuncia a la prescripción, tema que no es objeto de debate en este juicio. Aquí el fracaso de la apelación se sustenta es en que el contrato de mutuo sobre el cual se edificó la pretensión ejecutiva, no se perfeccionó ante la no configuración de uno de sus elementos esenciales para la validez o existencia del negocio jurídico, así que poco o nada importa si el deudor hizo un pago, porque lo cierto es que préstamo de dinero no hubo tal y como se explicó en precedencia.

Claro está que el fracaso de esta acción ejecutiva fundada en un mutuo inexistente, no obsta para que el interesado acuda ante el funcionario competente para exigir el cumplimiento de la transacción celebrada entre las partes y de la cual se duele ha sido incumplida en este juicio.

8. Se condenará en costas a la parte demandante por el trámite de la segunda instancia, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia proferida 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto en referencia.

Segundo. Condenar en costas a la parte demandante y en favor del demandado. Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija la suma de \$1.000.000. Ante el *a quo* efectúese la correspondiente liquidación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE;

Los Magistrados¹⁶,

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Ausente con permiso justificado

CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Firmado Por:

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

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

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

¹⁶ Documento con firma electrónica colegiada.

Código de verificación:

15ae458e2121e75120f7419331a7a8e2950f8dc4dec8dce254f875541e7b7704

Documento generado en 06/04/2022 12:58:57 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

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

Rdo. 001202056228 01

Se admite el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 31 de enero de 2022, proferida por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del proceso de la referencia.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 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:

7c203a94b96b9f080dcce5381e45ba827a902c4f3f7a775561b039ae96fc3f1c

Documento generado en 06/04/2022 09:16:03 AM

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

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

Exp.: 001202056228 01

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós
(2022).*

*REF: DECLARATIVO de JORGE ALBERTO LUNA
SUÁREZ contra PATRICIA LUNA SUÁREZ Exp. 2021-00197-03.*

Sería del caso decidir lo que en derecho corresponda respecto del trámite del recurso de apelación formulado por los extremos litigantes en contra de la sentencia dictada el 8 de febrero de 2022, proferida en el Juzgado 50 Civil del Circuito de Bogotá, de no ser porque se advierte que el trámite está viciado de nulidad al concurrir la causal prevista en el numeral 8º del artículo 133 del C. G del P, como pasa a verse.

1.- JORGE ALBERTO LUNA SUÁREZ, a través de apoderado judicial, presentó demanda en contra de su hermana PATRICIA LUNA SUÁREZ, con miras a que se declare, entre otras, la simulación absoluta del negocio contenido en la Escritura Pública No. 3016 del 18 de agosto de 2006 corrida en la Notaría 12 del Círculo de Bogotá, celebrado por la última con Ana Lucia Suárez de Luna (q.e.p.d.), madre de las partes en el litigio.

2.- Por auto del 24 de enero de 2020 se admitió el libelo, ordenándose la vinculación de la referida demandada.

No obstante, ni en el auto admisorio, ni en el curso del proceso se ordenó la comparecencia de Roberto Luna Suárez, Gabriel Luna Suárez, Ricardo Luna Suárez y Elizabeth Luna Suarez, en calidad de hijos de la citada causante, según se advierte de la demanda y su contestación, ni de los herederos indeterminados de aquella –Suárez de Luna-, conforme lo prevé el artículo 87 del Código General del Proceso, y aún con esas irregularidades se dictó la sentencia de primera instancia.

En efecto, con el libelo se pretende que se declare bien la simulación absoluta o la resolución de la compraventa celebrada entre la extinta Ana Lucia Suárez de Luna, como vendedora y su hija Patricia Luna Suárez, como compradora, es claro entonces que todos sus herederos determinados e indeterminados, debieron ser citados al proceso como partes, pues tal como lo ha puntualizado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “si a la formación de un acto o contrato concurren dos o más sujetos de derecho, la resolución, la disolución, la nulidad, la simulación, o, en general, cualquier alteración o modificación del mismo no podría decretarse eficazmente en un proceso sin que todos esos sujetos hubieran sido convocados a éste.”¹ (Se resalta).

¹ Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de mayo de 1992.

Y es que en el asunto examinado, dada la naturaleza de la relación sustancial controvertida se hacía obligatorio integrar el contradictorio con los herederos de la citada Ana Lucia Suárez de Luna, que hizo parte en los convenios objeto del petitum, pues sin su presencia no es posible resolver de mérito sobre las pretensiones.

3.- El anterior recuento fáctico permite colegir que en el trámite de primera instancia se omitió integrar el contradictorio con Roberto Luna Suárez, Gabriel Luna Suárez, Ricardo Luna Suárez y Elizabeth Luna Suarez, según se advierte del recuento fáctico del escrito introductorio como de la contestación de la demanda por Patricia Luna Suárez, y con los herederos indeterminados de la mencionada causante; vicisitudes que generan la nulidad de la sentencia, de conformidad con lo previsto en el numeral octavo (8º) del artículo 133 del C. G del P. y que con fundamento en el inciso 5º del artículo 325 del C.G.P. en concordancia con los artículos 134 (inciso final)² y 137 ibídem es procedente declararla oficiosamente, para que se reanude la actuación ordenando la integración del litisconsorcio necesario, según quedó plasmado en esta providencia.

4.- Recuérdese que esta figura procesal se erige en la herramienta encaminada a eliminar la eficacia de actos irregulares que comportan afectación al derecho fundamental al debido proceso de alguno o algunos de los intervinientes en el proceso, lo que supone que su aplicación debe someterse a un estricto examen de viabilidad y de subsunción plena en algunas de las causales taxativamente previstas por el legislador.

*Por lo expuesto, se **RESUELVE**:*

*1.- **DECLARAR** de oficio la nulidad de la sentencia de fecha 8 de febrero de 2022.*

*2.- **RENUÉVASE** la actuación declarada nula, para lo cual el juzgado de primera instancia deberá adoptar las medidas necesarias para vincular a Roberto Luna Suárez, Gabriel Luna Suárez, Ricardo Luna Suárez, Elizabeth Luna Suarez y a los herederos indeterminados de Ana Lucia Suárez de Luna. Téngase en cuenta las previsiones del artículo 138 del C. G del P.*

3.- Por Secretaría adecúese el reparto del expediente como apelación de auto dentro de un trámite verbal y no como se indicó en la caratula, y en el Sistema de Gestión, esto es, expropiación. Háganse las anotaciones de rigor.

*4.- **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

² La nulidad por indebida representación, notificación o emplazamiento, sólo beneficiará a quien la haya invocado. Cuando exista litisconsorcio necesario y se hubiere proferido sentencia, esta se anulará y se integrará el contradictorio.

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

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D. C., seis de abril de dos mil veintidós
(aprobado en sala ordinaria virtual de 6 de abril de 2022)

110013103 002 2017 00333 01

Ref. proceso verbal de pertenencia de Edgar Augusto Aguilar Páez frente a
Claudia Milena Ospina Cardona (y otros)

Decide la Sala la apelación que formularon los demandados Alexandra Álvarez Yepes y Leonardo Álvarez Yepes contra la sentencia que el 24 de agosto de 2021 profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá en el proceso verbal de pertenencia promovido por Edgar Augusto Aguilar Páez frente a los impugnantes, la señora Claudia Milena Ospina Cardona y personas indeterminadas.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA. Con su escrito radicado el 5 de junio de 2017 pidió el libelista que se declare que él adquirió, por prescripción extraordinaria, la propiedad del inmueble con matrícula No. 50C-110548, ubicado en la carrera 14 N° 22-72 de Bogotá.

En síntesis, el señor Edgar Augusto Aguilar Páez relató que “para el año 2002, tenía un negocio de venta de artesanías en el sector (...) y en vista que en el inmueble nadie cancelaba arriendo decidió por pasarse a vivir en el lugar”; que “ya para el año 2003”, comenzó a cobrar los arriendos del edificio, ejerciendo actos de señor y dueño, lo cual ha ocurrido por período superior a 10 años; que desde que entró en posesión ha sufragado el importe de los impuestos de renta y valorización; y que ha efectuado labores de mantenimiento y múltiples mejoras sobre el predio, lo cual, así lo dijo, lo demostraría con testigos.

También señaló el demandante que desconoce la existencia y el paradero de las personas que figuran como titulares del derecho de dominio.

2. LAS OPOSICIONES. La curadora *ad litem* que se designó a la parte demandada contestó la demanda sin proponer excepciones.

Alvaro Monroy Parra fue reconocido como tercero *ad excludendum* y, sin formular excepciones perentorias puso en conocimiento del juez *a quo* la existencia de un proceso anterior de pertenencia sobre el mismo bien, adelantado por Adeyne Arboleda Salazar y Adriana Gómez Villada (R. 2006 00295 00), que terminó con sentencia, desestimatoria, proferida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá 28 de junio de 2006 “lo que hace presumir que los hechos aquí relatados en esta demanda son contrarios a la verdad” (hojas 112 y 113).

Leonardo y Alexandra Álvarez Yepes intervinieron a partir de la inspección judicial (7 de noviembre de 2019), no formularon excepciones de mérito.

3. LA SENTENCIA RECURRIDA. El juez *a quo* acogió la demanda de pertenencia.

Señaló que “el material probatorio recaudado ofrece certeza sobre la posesión ejercida por el demandante, más aún cuando existe voluntad expresa de las partes a no oponerse al derecho reclamado”; que los testigos Miguel Villareal Montero y Paola Alegría Otálora Villanueva dieron cuenta de los actos posesorios pacíficos que ejerce el señor Aguilar Páez, a quien reconocen como dueño, y que se acompañaron varias pruebas documentales que refrendan la posesión que la actora se atribuye, “certificado catastral, recibo de pago de impuesto del año 2012 a 2016, certificación especial para proceso de pertenencia (...), recibos cancelados de los servicios públicos domiciliarios”.

Añadió el juez de primer grado que los opositores allegaron copia de una sentencia proferida dentro del proceso de pertenencia R. 2006 00295 00 que cursó en el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, respecto del mismo predio, oportunidad en la que no se “logró demostrar que la señora Adeyne Arboleda (allí demandante) fuera reconocida como propietaria, caso distinto en este expediente pues en la diligencia de inspección se corroboró que los arrendatarios reconocían únicamente al acá demandante como dueño y arrendador”.

Finalmente destacó el juzgador *a quo* que “no aparecen desvirtuados en el plenario los hechos posesorios que alega el actor (...), sin que se pueda afirmar que hayan reconocido dominio ajeno o renunciado a la prescripción que aquí alega”.

4. LA APELACIÓN. Los demandados Alexandra Álvarez Yepes y Leonardo Álvarez Yepes esgrimieron, en resumen, los siguientes reparos:

(i) Que el actor no acreditó “la posesión ininterrumpida y la detentación material del inmueble”; (ii) que no se tuvo en cuenta que la posesión del demandante, de haber existido, no se ejerció de manera pacífica y (iii) que hubo violaciones reiteradas al debido proceso de los sujetos procesales.

Señalaron que los recibos del pago predial, de acuerdo con los sellos del Banco Davivienda, se cancelaron el 31 de octubre de 2016, un año antes de radicar la demanda de pertenencia; que “las pruebas documentales practicadas en el proceso no permiten concluir que el demandante haya poseído el inmueble ininterrumpidamente por el término de diez años” y que los dos testigos se identificaron como amigos o afines de la parte demandante y no acreditaron haber vivido en el “paga diario” después del año 2013.

5. LA RÉPLICA. Dentro de la oportunidad prevista en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 el demandante se opuso a la alzada y resaltó que el señorío de marras se acreditó con las documentales, testimoniales y la inspección judicial arriba aludidas.

CONSIDERACIONES

1. Verificada la ausencia de irregularidades, se proferirá sentencia de fondo. Anuncia la Sala que revocará el fallo apelado, por encontrar de recibo los reproches que plantearon los señores Álvarez Yepes en orden a establecer que el demandante Aguilar Páez no acreditó -como era de su resorte- “la posesión ininterrumpida y la detentación material del inmueble” durante el término de diez años que prevé la Ley 791 de 2002, para que sea factible adquirir por usucapión.

2. Contrario a lo que sostuvo el juez de primera instancia, con base en las pruebas recaudadas en este litigio no había lugar a concluir que se acreditaron los hechos que posibilitan la implorada declaración de dominio.

Es sabido, que la “posesión” es una situación de hecho que el ordenamiento jurídico no presume y, por lo tanto, su acreditación debe ceñirse a las reglas probatorias generales previstas por el ordenamiento, entre ellas, la contenida en el artículo 167 del C.G.P., por cuya conformidad, “incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

Así lo destacó la Corte Suprema de Justicia en fallo de casación civil del 8 de septiembre de 2021 (SC3727-2021) al precisar que “La prescripción adquisitiva encuentra su fundamento en el hecho jurídico denominado posesión, que no es otra cosa que la confluencia entre la aprehensión de la cosa por el poseedor (elemento objetivo) y la intención de este último de ser dueño –o hacerse dueño– de aquella (elemento subjetivo). La posesión, entonces, está conformada por dos elementos estructurales: el *corpus*, esto es, el ejercicio de un poder material, traducido en un señorío de hecho, que se revela con la ejecución de aquellos actos que suelen reservarse al propietario (v.gr., los que refiere el artículo 981 del Código Civil²); y el *animus domini*, entendido como la voluntad o autoafirmación del carácter de señor y dueño con el que se desarrollan los referidos actos” y que “en lo que toca con la prescripción extraordinaria de inmuebles –que es la que ocupa la atención de la Corte–, el ordenamiento exige un mínimo de 10 años de posesión continua, siempre que los mismos se computen con posterioridad a la promulgación de la Ley 791 de 2002, hecho que acaeció el 27 de diciembre de ese año”.

Visto lo anterior, memora la Sala que, en su libelo incoativo, el actor –a quien le incumbía probar la concurrencia de los requisitos para el éxito de la acción de pertenencia- alegó que su posesión sobre el predio inició en los años 2002 o 2003 cuando se percató que en el edificio “nadie cancelaba arriendo” y que él optó por cobrar los cánones en el “paga diario”, pagar impuestos e iniciar una serie de mejoras, de cuya existencia darían cuenta los testigos.

Sin embargo, examinado en su conjunto el material probatorio recaudado, se tiene que -como lo resaltaron los apelantes- la parte actora

desatendió el gravamen procesal que pesaba sobre ella, en punto a la acreditación del señorío continuo e ininterrumpido que dijo haber ostentado sobre el predio, a partir de los años 2002 o 2003, o a más tardar desde el 5 de junio de 2007, esto es, una década antes de haber formulado su demanda de pertenencia (5 de junio de 2017).

2.1. Dentro de esos elementos probatorios, el Tribunal aborda en primer lugar los de naturaleza testimonial, esto con motivo de su enorme importancia en este tipo de controversias judiciales.

Ha precisado la jurisprudencia, que “si bien la prueba de la posesión no está sometida a una tarifa probatoria, es indiscutible la utilidad de la prueba testimonial cuando de acreditar el ejercicio de verdaderos actos de señor y dueño se trata” (CSJ., sent. de octubre 15 de 2008, exp. 2004 00022)¹.

Aquí solo se recaudaron dos testimonios, absueltos por los señores Miguel Villareal Montero y Paola Alegría Otálora Villanueva.

A partir de las manifestaciones literales de los testigos es palpable, como lo resaltaron los apelantes, que aquellos estuvieron muy lejos de corroborar las circunstancias de tiempo, modo y lugar que apoyaron la demanda con la que tuvo su inicio el litigio de la referencia.

Sobre la época de inicio de la alegada posesión, la cual la demandante remonta a los años 2002 o 2003, es clara la ineptitud de la prueba en comento, por cuanto el testigo Villareal Montero aseveró que conoció o empezó a tener algún trato personal con el pretendido prescribiente en el año 2008 y la señora Otálora Villanueva en el 2009, épocas en las que cada uno de ellos llegó a vivir a la “residencia” que funciona en el inmueble en disputa.

Pero los testigos no pararon ahí. Miguel Villareal Montero señaló que cuando llegó al inquilinato en el **año 2008**, quien le arrendó fue una señora conocida como Marta y que vino a conocer al señor Edgar Augusto Aguilar Páez “hace más o menos dos años” (es decir, en el año 2017, si se tiene en cuenta que su testimonio se recaudó en el 2019).

¹ TSB, sent. de octubre 15 de 2008, exp. 2004 00022 01.
OFYPSV 2017 00333 01

Por su parte, la señora Paola Alegría Otálora Villanueva relató que quien le arrendó una pieza fue la señora Marta, quien estaba a órdenes del “Tío” o “Gato” que es como los vecinos “conocen” al demandante, pero sin precisar desde cuando habría iniciado el señorío que este se atribuye, lo cual no le pudo constar por percepción directa, por cuanto la testigo, según su relato, apenas habría “conocido” al en el año 2008 al señor Edgar Augusto Aguilar Páez.

Tampoco los testimonios develaron conocimiento directo y certero la construcción e instalación de mejoras por parte del pretendido usucapiente, pues lo único que sobre el particular señaló Paola Alegría Otálora Villanueva fue que “tengo entendido que han pintado, sacado unos ladrillos, han sacado basuras y etc.”.

Nada de ello puede considerarse como mejora, a lo que se añade que, según el acta de la inspección judicial que acometió el juzgado de primer grado, “los pisos y los techos no están terminados y las instalaciones en general revisten un deterioro considerable que permiten penosamente la estancia de personas al interior del inmueble” (hoja 124 del PDF).

Por supuesto, para ameritar credibilidad, era indispensable que los testigos hubieran expuesto circunstancias de tiempo, modo y lugar, concernientes a los actos verdaderos de señorío por un periodo no inferior a los 10 años, contados retrospectivamente desde la formulación de la demanda de pertenencia. Lo que emerge de esos dos testimonios es que los deponentes apenas visitaban esporádicamente el lugar; poco trataron personalmente al pretendido dueño, de quien ni siquiera supieron referir el nombre completo, y que, a lo sumo el señor Aguilar Páez fungió como arrendador de los cuartos del inmueble, condición que, por sí sola, no impone dar por probado el señorío, y menos que se hubiera extendido por más de 10 años.

Por lo demás memórese que el predio en disputa corresponde a una casa de varias plantas y habitaciones que, al decir del demandante, desde el año 2003 arrendaba a diario a terceros y sobre la cual aseveró haber efectuado mejoras y mantenimiento. Sin embargo, los testigos en mención, los únicos que aquí se escucharon, no refirieron siquiera hechos que envolvieran o reflejaran un verdadero conocimiento sobre circunstancias precisas que

pudieran dar verdaderas luces sobre la suerte del predio, para la etapa crucial, ya se dijo, anterior a junio 5 de 2017 y no inferior a 10 años.

2.2. Desechada la utilidad de la totalidad de la prueba testimonial recaudada, es del caso agregar que las únicas pruebas documentales que aportó la parte actora con el propósito de acreditar el señorío del demandante, fue el recibo de pago de los impuestos prediales que, a través del Banco Davivienda, efectuó el señor Aguilar Páez. No obstante, revisados con detenimiento esos papeles, cual lo sugirieron los apelantes, emerge que esos pagos al fisco -de los períodos 2012 a 2016-, se verificaron el **31 de octubre de 2016** (ver hojas 7 a 12 del pdf contentivo del cuaderno uno), lo cual poco ayuda en la demostración de los hechos posesorios que habrían iniciado, según el actor, en el año 2003.

Tales documentos, así se asumiera que reflejan un verdadero señorío en cabeza del actor (aserto por lo menos discutible si se repara en que el pago de esos rubros no necesariamente proviene del propietario de un inmueble, sino que bien podrían ser costeados por quien lo detenta en calidad de mero tenedor), en el mejor de los escenarios para la parte actora apenas darían cuenta de circunstancias ocurridas pocos meses antes de la fecha en que se radicó la demanda de pertenencia.

Ningún otro medio de convicción se recaudó tendiente a demostrar el momento a partir del cual habría iniciado la posesión que el demandante se atribuye; ni tampoco para acreditar la realización de las mejoras que dijo haber construido

Desde luego que el Tribunal no encuentra apto como medio de prueba para acreditar la fecha en que tuvo su inicio el señorío del señor Aguilar Páez, lo que él mismo relató al absolver el interrogatorio de parte. Y es que, como es sabido, **“a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte**, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, ‘mutatis mutandis’, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal”².

² CSJ, sents. de abril 4 de 2001, exp. 5502, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, y junio 27 de 2007, exp. 2001 00152 01, M.P. Edgardo Villamil Portilla.

2.3. Tampoco cabía predicar mayores consecuencias adversas a los demandados determinados por el hecho de no haber contestado la demanda, ni derivar de dicha omisión confesión alguna respecto de la posesión del accionante, que fue un argumento que esgrimió el juez *a quo* en respaldo de la sentencia que hoy el Tribunal revoca.

Y es que, por disposición expresa del artículo 375 (num. 6°) del C.G.P., en los procesos de pertenencia es perentoria la citación (como demandados) de todas “las personas (indeterminadas) que se crean con derechos sobre el respectivo bien”. Así las cosas, dado que el extremo pasivo del litigio está conformado por un litisconsorcio necesario, las “confesiones” (expresas o fictas) que eventualmente efectúe alguno de los demandados determinados, a lo sumo podrían tenerse como “testimonio de tercero” (ver art. 192, C.G.P.), que habrán de valorarse en consuno con los demás elementos de juicio que obren en la foliatura, los cuales, en este caso, no son suficientemente indicativos de la posesión requerida para el éxito de la demanda.

2.4. Insistió el demandante al replicar la sustentación de la apelación de su contraparte, percepción que de alguna manera compartió el juez *a quo*, sobre el respaldo que a su posesión pudiera derivar de la diligencia de inspección judicial que aquí se practicó.

Aunque útil esa modalidad de medio de prueba, en especial en lo atinente a la identificación y certeza de la existencia del bien, es limitada, como quiera que por lo regular solo arroja elementos existentes para la fecha en que se surtió (en este caso el 7 de noviembre de 2019).

Y es que, *per se*, la verificación de tal inspección judicial no es idónea para dar por probada la posesión que, por supuesto solo puede concernir a una etapa anterior al proceso, en este caso previo a la radicación de la demanda de pertenencia de 5 de junio de 2017, en la que se alegó señorío desde el año 2002.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, sobre ello que **“la inspección judicial practicada en el trámite también resulta insuficiente para acreditar los actos posesorios alegados por el**

demandante durante más de dos lustros, en tanto que el propósito de dicho medio persuasivo es el «examen ocular, es determinar la situación física del inmueble para la fecha en que el funcionario de conocimiento se traslada a él». (CSJ SC10189 de 2016, rad. 2007-00105). Con otras palabras, ese elemento probatorio da cuenta al juzgador de las condiciones en que se encuentra un bien para la época de su visita, de donde resulta exiguo a efectos de acreditar los actos posesorios ejercidos por espacio de varios años, como resultaba forzoso en el sub iudice si se pretendía obtener una decisión estimatoria de la pretensión” (Sentencia SC4826-2021 de 18 de noviembre de 2021, M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

3. Según se advirtió desde el inicio de estas consideraciones, la prosperidad de la demanda exigía que el expediente reflejara, con suficiente vigor, **la concurrencia** de los presupuestos que la acción de dominio requiere, entre ellos, la prueba de la prolongación del señorío del usucapiente por un término no inferior a 10 años que debió transcurrir, a cabalidad, para el momento en que se radicó el libelo incoativo y como aquí esa exigencia no se satisfizo a cabalidad, como a espacio se expuso en las consideraciones precedentes, no se requieren lucubraciones adicionales para colegir que no anduvo afortunado el juez de primera instancia en cuanto despachó favorablemente las pretensiones.

4. En resumidas cuentas, prospera la apelación en estudio y se declarará probada, de oficio, la excepción de falta de acreditación de la concurrencia de los requisitos para el éxito de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Sexta de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia que el 24 de agosto de 2021 profirió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal promovido por Edgar Augusto Aguilar Páez frente a Claudia Milena Ospina Cardona, Alexandra Álvarez Yepes, Leonardo Álvarez Yepes y personas indeterminadas.

En su lugar, DECLARA demostrada de oficio la excepción de falta de acreditación de la totalidad de los requisitos para el éxito de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y, en consecuencia, se deniegan todas las pretensiones incoadas por el señor Edgar Augusto Aguilar Páez.

Costas de ambas instancias a cargo del demandante. Liquidense por el juez *a quo*, quien incluirá como agencias en derecho de la alzada la suma de \$1'000.000, según lo estima el Magistrado Ponente. Remítase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese

Los Magistrados,

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

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

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:

**51c15ded0d1d3010c914b4c165d11e008fdec53ec85c2e2c45d0b434
545a17c7**

Documento generado en 06/04/2022 01:58:59 PM

**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., seis (06) de abril de dos mil veintidós
(2022).*

*REF: EJECUTIVO de GRUPO FACTORING DE
OCCIDENTE S.A.S. contra MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-
EJERCITO NACIONAL CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE
ESPECIALIZADA DE INGENIEROS (CENAD) Exp. 2021-00548-02.*

*1.- Por reunir los requisitos previstos en el artículo
316 del C.G.P, se ACEPTA el desistimiento que presentó la parte apelante
del recurso que había formulado frente al auto proferido el 29 de octubre del
2021, en el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá.*

*2.- Sin condena en costas, comoquiera que no se
encuentra integrada la Litis.*

*3.- Ejecutoriado el presente proveído, regrese el
expediente a la autoridad de primera instancia.*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001-31-99-003-2020-04345-01**
PROCESO : **VERBAL**
DEMANDANTE : **RODRIGO ALFONSO BUSTOS BRASBI**
DEMANDADO : **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S. A.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por las partes, frente a la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el asunto del epígrafe.

I. ANTECEDENTES:

1. El gestor de este juicio, en el libelo incoativo, solicitó como pretensiones principales: *“Declarar a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. responsable (...) por no haberse comportado con buena fe exenta de culpa en el período precontractual al informarle, durante esa etapa ‘un cálculo base de variación de la UVR simulada al 18% anual efectiva, la cual puede variar en el futuro, por consiguiente no son cifras garantizadas, **pero permiten una idea aproximada** de los valores ... expresados en pesos[;] De igual forma declarar a [la pasiva] responsable (...) por el incumplimiento a la normatividad vigente en materia de protección al consumidor, al presentar una oferta de contrato en condiciones muy atractivas, a sabiendas de que ellas se encontraban totalmente fuera de las condiciones de mercado, con el único propósito de inducirlo a contratar. En consecuencia, se [le condene] (...) a indemnizar los perjuicios causados al (...) [demandante] por las conductas descritas en los numerales que anteceden. (...); que por lo anterior, se [le] condene (...) al pago de (...) \$286’710.900,00, (...) suma que se ha debido pagar en el evento de haberse comportado con buena fe exenta de culpa durante el período precontractual y sin vulnerar las normas en materia de protección al consumidor, y que corresponde a lo señalado en la póliza como pago de dividendo al final del período del plan.*

(...) Se condene a pagar (...) el valor de los intereses moratorios calculados a la tasa máxima certificada (...) para cada período de mora sobre la suma a la que resulte condenada (...) desde el 31 de julio de 2020, cuando se presentó la solicitud de pago, hasta que se haga efectivo el pago de la obligación. [En subsidio de los réditos peticionados, reclamó la indexación de la suma reconocida desde el 31 de julio de 2020 y hasta la fecha de su efectivo recaudo]."

En subsidio de las anteriores reclamaciones, pidió que se declare que la aseguradora intimada incumplió con su obligación de pagar al actor el valor del "DIVIDENDO" pactado en la póliza materia de este litigio, y, en consecuencia, se ordene el desembolso de \$30'566.969,50, que corresponde al 50% del valor del capital asegurado alcanzado al día de la expiración de la vigencia de la póliza, junto a los intereses moratorios, a la tasa máxima legal vigente, desde el 31 de julio de 2000 y hasta su pago efectivo. En subsidio de los memorados réditos, deprecó el reconocimiento de la actualización del monto dinerario antes descrito, a partir del 31 de julio de 2020 y hasta su efectiva solución.

2. Como sustento de sus aspiraciones, expresó haber tomado con la sociedad encartada una póliza de seguro de vida individual denominado "PLAN DE SEGURO DE VIDA REAJUSTABLE EN UNIDAD DE VALOR REAL UVR", con número de solicitud 06057678, y un valor asegurado inicial de \$24'725.058,00, con cobertura de 20 años, iniciando su vigencia el 18 de julio de 2000 y culminando el 18 de julio de 2020.

Relató que en el instrumento se pactó "*(...) la opción de prima de dividendo como porcentaje de la prima de seguro del 50%*", y que antes de la suscripción del seguro, la querellada le entregó una cotización en la que le informó, entre otras cosas: "*se simula con una base de comportamiento ideal de pago de primas y con una variación de la UVR fecha del 13/07/2000 por valor de \$100,9000 (...) Un cálculo base de variación de la UVR simulada al 18% anual efectiva la cual puede variar en el futuro por consiguiente no son cifras garantizadas, pero permiten una idea aproximada de los valores de [ilegible] expresados en pesos*", y con base en la "anterior aseveración, le informó que el valor asegurado alcanzado a la expiración de la vigencia de la póliza sería la suma de \$573'421.800,00. [Por lo que, a]nte semejante oferta, a todas luces bastante atractiva, (...) decidió tomar la póliza de seguro en las condiciones ofrecidas."

Manifestó que al final de la vigencia del contrato de seguro, aplicando los incrementos de la UVR, el capital asegurado ascendió a \$60'133.939 -según la aseguradora- monto bastante distante de la suma de \$573'421.800, presentada en la oferta que, según la entidad, daría una idea aproximada de los valores expresados en pesos.

Historió que, agotado el tiempo acordado en el seguro, como el asegurado no falleció, solicitó el pago dividendo acordado; sin embargo, con sorpresa, mediante correo electrónico, se le informó que solo tenía derecho a recibir \$13'627.672,00, por dicho concepto y pese a que realizó una reclamación directa respecto del monto ofrecido en la cotización, la negativa de la accionada se mantuvo.

3. En su oportunidad, la compañía Seguros se opuso a lo ambicionado en el introductor, para lo cual formuló las excepciones rotuladas: *"inexistencia de obligación en los términos pretendidos en la demanda - La suma reconocida por la Compañía se ajusta a las condiciones contractuales y el valor de la UVR es certificado por el Banco de la República"; "inexistencia de incumplimiento contractual por parte de Axa Colpatria Seguros de Vida S.A- cumplimiento de los deberes legales y contractuales - legítima liquidación de la aseguradora del valor asegurado y del dividendo"; "mora de recibir atribuible a la Sr. Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi"; "Cuarta (subsidiaria): ausencia de causación de intereses moratorios causados al Sr. Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi"; "inexistencia de conducta alguna violatoria de los derechos del consumidor financiero"; "incumplimiento de las buenas prácticas de protección propias del consumidor financiero a cargo del Sr. Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi"; "pago"; "Buena fe"; y la "genérica".*

II. SENTENCIA APELADA

1.- Agotado el trámite correspondiente a esta clase de asuntos, el funcionario de primera instancia, tras desestimar las excepciones propuestas por la enjuiciada, la declaró contractualmente responsable respecto de la pretensión subsidiaria de la demanda y en consecuencia le ordenó pagar al actor la suma de \$30'566.969,00, así como los intereses de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio, causados desde el 1º de septiembre de 2020 y hasta la fecha efectiva del desembolso. Las demás pretensiones fueron denegadas, e impuso a la

accionada la condena en costas en un 70%, ante la prosperidad parcial del *petitum* de su contraparte.

Para arribar a tales ultimaciones, luego de llamar la atención en la no discusión sobre: **i)** la existencia del contrato de seguro de vida individual reajutable en UVR, por un valor asegurado de \$24'725.058,00, para el año 2000, su cobertura por 20 años; **ii)** la reclamación elevada por el impulsor, junto a la respuesta de la aseguradora indicándole que el valor a pagar es \$13'.627.672,00, y **iii)** que el inicio de la relación surgió con ocasión de un ofrecimiento realizado por Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. en el mes de julio de 2000, determinó que el problema jurídico a resolver en la sentencia era si la convocada se encuentra obligada a reconocer las sumas requeridas por el activante a título de dividendo.

En desarrollo de tal cometido, consideró que la cotización entregada al interesado "(...) *no garantizaba los valores que allí se consignaba[n] y estaba sujeto a la variación futura de la UVR que como unidad de cuenta refleja el valor adquisitivo sobre la suma a reconocer*", inferencia que sumada a las conclusiones que arrojó el peritaje decretado de oficio, sirvieron de insumos para que señalara que la "(...) *liquidación que en su momento se realizó por la entidad aseguradora, de acuerdo con el producto contratado, se sujetó a las condiciones técnicas del seguro adquirido (...)*". De ahí que "(...) *las pretensiones principales no están llamadas a ser acogidas, por cuanto no se ajusta[n] a las condiciones de la póliza (...)*" adquirida por el impulsor en el año 2000.

Luego, al dar estudio a las súplicas subsidiariamente presentadas, manifestó que de las pruebas recaudadas no se atisba que en la cotización del seguro, su solicitud, o en sus condiciones se hubiere referido al demandante que el porcentaje de reconocimiento de los dividendos ascendiera al 23.10%, que aparece aludido en las pólizas arrimadas con la contestación de la demanda; por lo que, "(...) *remitiendo[se] a la información (...) suministrada al consumidor – asegurado, al momento de la vinculación, se advierte que dentro de la solicitud de la cotización se hace mención a que el porcentaje por concepto de dividendos corresponde al 50% y no a otro, por lo que no podría pasarse a aplicar un porcentaje diferente, menos aún cuando no existe parámetro acreditado en la actuación distinto del que surge de las contestaciones a la reclamación previa a la acción y a las documentales (...) allega[das] con la contestación de la demanda. (...)* Por las

razones así expuestas, el valor pretendido en la pretensión subsidiaria por la suma de \$30'566.969,00 está llamado a ser reconocido por tratarse del 50% del monto de que surgió como capital, luego de los 20 años pactados para efectos del reconocimiento de los dividendos, sin que esté en discusión que no se allegaron los requisitos pactados en la póliza para su reconocimiento."

Al cerrar, indicó que, al ser este asunto de naturaleza mercantil, accedía al reconocimiento de intereses comerciales desde el 1º de septiembre de 2020 y condenó en costas a la encartada en un 70%.

III. LAS APELACIONES

1. En desacuerdo con tal determinación, la procuradora judicial del querellante esgrimió sus razones de disenso, arguyendo, de un lado, que el sentenciador no determinó adecuadamente el problema jurídico a resolver en la sentencia, conforme a las pretensiones principales, siendo este el establecimiento de si la aseguradora actuó bajo el principio de la buena fe exenta de culpa, so pena de indemnizar por perjuicios. De otro, criticó que el dictamen decretado de oficio solo devela el inadecuado comportamiento del ente aseguraticio en la etapa precontractual, al no señalarle específicamente al tomador las condiciones del producto, que es lo que precisamente hace que ella sea responsable en los términos solicitados en la demanda. En tercer lugar, reparó que al tomarse en cuenta la liquidación efectuada conforme a lo ofrecido al gestor de la contienda inicialmente, la suma a reconocer ascendería a \$156'297.423,00 y no a la indicada en el fallo de primer grado; amén de que la condena "*(...) parte de la base de un valor alcanzado que no corresponde a lo ofrecido al momento de la contratación, como claramente lo indica el dictamen, ni al porcentaje real contenido en esa cotización."*

2. A su turno, el mandatario judicial de Axa Colpatria Seguros de Vida fincó su censura en los siguientes puntos torales: **i)** desconocimiento del dictamen decretado de oficio por el despacho; **ii)** error en la valoración de la prueba, al confundirse el porcentaje de la prima destinada a generar el dividendo con el porcentaje de dividendo pactado en la póliza; **iii)** no hay generación de intereses, dado que el actor se negó a recibir la suma liquidada; y **iv)** la condena en costas no es proporcional a la obligación impuesta en la sentencia ni al *petitum* instaurado.

3. Dentro de la etapa sustentatoria de que trata el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo demandante insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia en los mismos términos de los reparos manifestados inicialmente, ahondando, particularmente, en la determinación inadecuada del problema jurídico planteado en la sentencia, el cual dejó de lado el escrutinio sobre la ausencia de la buena fe exenta de culpa por parte de la aseguradora en la fase precontractual, al no brindar la información completa y veraz al consumidor sobre la condiciones que regirían la relación aseguraticia. Inculpó que, partiendo de la liquidación realizada conforme a lo ofrecido por el demandante, debió ordenarse el pago de \$156'297.423,00, y no la cantidad aludida en la sentencia.

4. En su oportunidad, la compañía de seguros rebatió la condena que se le impuso, por cuanto se desconocieron las conclusiones del peritaje decretado de oficio por la delegatura; adujo haberse errado en la valoración probatoria al confundirse el porcentaje de la prima destinada para generar el dividendo con el porcentaje de dividendo pactado en la póliza; la improcedencia del reconocimiento de intereses, ante la negativa del demandante en recibir la suma liquidada, y la falta de proporcionalidad de las costas imputadas en relación con la obligación impuesta y las reclamaciones demandatorias.

CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales necesarios para adoptar la decisión de fondo correspondiente a esta instancia, y verificada la inexistencia de alguna irregularidad capaz de invalidar lo rituado, debe precisarse que, dada la forma como fueron planteadas las impugnaciones, el Tribunal abordará su resolución sin limitaciones, en los términos establecidos por el inciso 2º del artículo 328 del Código General del Proceso.

2. Clarificado lo anterior, en el caso en ciernes se tiene que el juzgador *a quo* declaró contractualmente responsable a la aseguradora respecto de la pretensión subsidiaria de la demanda, tras la desestimación de las defensas propuestas por el extremo contradictor. En consecuencia, ordenó el pago de \$30'566.969,00, así como los intereses comerciales;

denegó las demás reclamaciones y condenó en costas a la pasiva en un 70%. Para cimentar sus conclusiones, inauguralmente apuntaló no haber incertidumbre sobre la existencia del seguro de vida individual reajutable en UVR, el valor asegurado, su cobertura por 20 años. Acto seguido, destacó que el problema jurídico a resolver en la sentencia era determinar si la convocada se encontraba obligada a cubrir las sumas peticionadas por el activante por concepto de dividendo; marco factual en el que consideró que la cotización dada al interesado no garantizaba los valores allí enunciados, al estar sujetos a la variación futura de la UVR, acaecimiento que sumado a las ultimaciones contenidas en el concepto técnico ordenado de oficio, lo llevó a inferir que la liquidación efectuada por la entidad aseguradora se sujetó a las condiciones técnicas del seguro adquirido, por lo que las reclamaciones principales resultaban inviables, al no ajustarse a las condiciones de la póliza. Al abordar las solicitudes subsidiarias, resaltó que en la documentación entregada al actor en la etapa precontractual no se observa que el porcentaje de reconocimiento de los dividendos ascendiera al **23.10%**. Por lo que, acudiendo a la información suministrada al consumidor, el valor a reconocer, por concepto de dividendo, es \$30'566.969,00.

Esta decisión fue rebatida por el accionante, al increpar, cardinalmente, la inadecuada determinación del problema jurídico planteado en la sentencia, el cual dejó de lado el escrutinio sobre la ausencia de la buena fe exenta de culpa por parte de la aseguradora en la fase precontractual, tras no brindar la información completa y veraz sobre las condiciones que regirían la relación aseguradora, y que, partiendo del estado de cuenta efectuado con base en el ofrecimiento dado al demandante, el reconocimiento debió ascender a \$156'297.423,00.

Por su parte, Axa Colpatria Seguros de Vida S. A. refutó que: **i)** se desconocieron las conclusiones del peritaje decretado de oficio por la delegatura; **ii)** la valoración probatoria fue defectuosa al confundirse el porcentaje de la prima destinada para generar el dividendo con la proporción del dividendo pactado en la póliza; **iii)** la inviabilidad del reconocimiento de réditos y la falta de simetría de las costas decretadas respecto del monto concedido, así como las pretensiones de la demanda.

3. Delimitada, de esta forma, el escenario dialectico, importa memorar que el artículo 78 de la Carta Política protege los derechos del consumidor, que en materia financiera es definido como *“todo cliente, usuario, o cliente potencial de las entidades vigiladas”*, de conformidad con el artículo 2, literal d), de la Ley 1328 de 2009, disposición legal que *“(…) al consagrar la definición de consumidor financiero, no hizo cosa diferente que enfocar la noción cardinal de consumidor, a los sujetos eventuales o potenciales de bienes y servicios que ofrecen las entidades de los sectores bancario, financiero, asegurador y de valores, vigiladas por la Superintendencia Financiera, conforme al mercado en el que participan, en calidad de productor/proveedor (entidades vigiladas) y consumidor (cliente o usuario), propio de la actividad económica que protege la Constitución, pero con las connotaciones ya esbozadas en acápite anteriores. Sin embargo, los componentes de desigualdad y asimetría, advertidos por [la Corte Constitucional] en punto a los extremos de negocios, con fundamento en los postulados del artículo 78 superior, no suponen una aplicación diferenciada frente al consumidor nato o al calificado, como para entender excluidos de la noción de consumidor, a actores de una u otra condición o característica, por eventuales supuestos de igualdad y/o correspondencia en la relación de consumo, dado que lo importa y trasciende no es exactamente esa condición o característica, sino el reconocimiento que ha dado el derecho constitucional de las hondas desigualdades o desequilibrios inmanentes al mercado y al consumo en las diversas actividades económicas, a partir de la mencionada relación productor/proveedor - consumidor o usuario.”*¹

4. En concordante conexión con las antepuestas reglas, y de cara al escrutinio de las inconformidades esbozadas por la parte demandante, de entrada se impone llamar la atención en que el *thema decidendum* desarrollado en el fallo opugnado corresponde al litigio fijado en la audiencia celebrada el 27 de abril de 2021, cuyo objeto fue establecer la probanza de si *“(…) Axa Colpatría Seguros de Vida S.A. se encuentra contractualmente obligada a reconocer y pagar las sumas reclamadas por el actor por concepto de dividendo, de conformidad con las condiciones de la póliza de vida individual reajutable en (...) UVR”,*² planteamiento que al no haber sido rebatido por los contendores en su oportunidad y ser la materia abordada por la delegatura en la sentencia, difícilmente podría alcanzarse su revocatoria bajo el argumento de que no hubo un pronunciamiento

¹ CC. Sentencia C-909/12.

² Minuto 20:28 a 22:25, audiencia celebrada el 27 de abril de 2021

sobre la mala fe endilgada a la intimada, puesto que, de manera implícita, la delegatura sí lo analizó al definir la improcedencia de las reclamaciones principales y acceder a las subsidiarias.

5. Sin perjuicio de lo anterior, a fin de dar una respuesta específica a los cuestionamientos elevados por el extremo querellante, es de puntual pertinencia acentuar que no hay duda de que la ubérrima buena fe debe imperar en cualquier etapa del contrato de seguro, instituto³ sobre el que el Alto Tribunal de Justicia ha decantado que “(...) *es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual –en un sentido amplio-: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post-contratual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico 'proceso', integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección (4). De consiguiente, a las claras, se advierte que la buena fe no es un principio de efímera y menos de irrelevante figuración en la escena jurídica, por cuanto está presente, in extenso, amén que con caracterizada intensidad, durante las etapas en comento, tanto más si la relación objeto de referencia es de las tildadas de 'duración', v. gr: la asegurativa, puesto que sus extremos -in potentia o in concreto-, deben acatar fidedignamente, sin solución de continuidad, los dictados que de él emergen (prédica conductiva). Es en este sentido que los artículos 863 y 871 del C. de Co y 1.603 del C. C., en lo pertinente, imperan que 'Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual...'; 'Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe...', y 'Los contratos deben ejecutarse de buena fe....’”.⁵*

Asimismo, la Corte explicó que el memorado principio de derecho se torna bifronte en lo que a su alcance concierne, apellidado “(...) 'buena fe subjetiva' (creencia o confianza), al igual que en la 'objetiva'

³ Al respecto, La Corte en sentencia SC 2218 -2021, reiterando la sentencia del 6 jul. 2007, expediente 1998-00058-01, puntualizó que “principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción al cual deben actuar las personas -sin distinción alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación”, así como que dicho postulado presupone ‘que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces’ y que, desde otro ángulo, se identifica ‘con la confianza, legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo ‘fe’, puesto que ‘fidelidad quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará’ (Cas. Civ., sent. de 2 de agosto de 2001).”

⁴ Cfme: Ricardo L. Lorenzetti. Esquema de una teoría sistémica del contrato, en Contratación Contemporánea, Palestra Editores y Temis, Bogotá, 2.000, p.p. 33 y s.s y Guido Alpa. Il Contratto, en la Disciplina generale dei contratti. Giappichelli. Turin. 1998. Pág. 547.

⁵ CSJ SC del 2 de agosto de 2001. Exp. 6146.

*(probidad, corrección o lealtad) (...)", entendiéndose por la primera "(...)[aquella que] propende por el respeto -o tutela- de una determinada apariencia que ha sido forjada con antelación, o por una creencia o confianza específicas que se han originado en un sujeto, en el sentido de estar actuando con arreglo a derecho, sin perjuicio de que se funden, en realidad, en un equívoco, todas con evidentes repercusiones legales, no obstante su claro y característico tinte subjetivo ('actitud de conciencia' o 'estado psicológico'), connatural a la situación en que se encuentra en el marco de una relación jurídica, por vía de ejemplo la posesoria." Y la segunda, que "(...) se traduce en una regla -o norma- orientadora del comportamiento (directiva o modelo tipo conductual) que atañe al dictado de precisos deberes de conducta que, por excelencia, se proyectan en la esfera pre-negocial y negocial, en procura de la satisfacción y salvaguarda de intereses ajenos (deberes de información; de claridad o precisión; de guarda material de la cosa; de reserva o secreto, etc.)."*⁶

6. Partiendo de este breve marco jurisprudencial, en el caso de marras la parte accionante funda la mala fe de la aseguradora en dos situaciones concretas: **a)** haberle ofrecido en la cotización del seguro un reajuste de la suma asegurada, cercano a los \$573'421.800,00, con base en una tasa del UVR del 18% E.A. y al final de la vigencia solo liquidarle, a título de dividendo, \$13'627.672,00; y **b)** no informar en la etapa precontractual que el beneficio a percibir estaría condicionado al porcentaje del 23.10%, pretermitiéndose que lo enunciado en la propuesta del negocio fue el 50%, sin distingo alguno.

6.1. Frente a la actualización del capital asegurado, efectuada en la cotización del seguro, no llama a discusión que allí se plasmó que "(...)[l]a presente oferta se hace teniendo en cuenta las siguientes características: Se simula con una base de comportamiento ideal de pago de primas y con una variación de la UVR fecha del 13/07/2000 por valor de \$110,9000. **Un cálculo base de variación de la UVR simulada al 18% anual efectiva la cual puede variar en el futuro por consiguiente no son cifras garantizadas, pero permiten una idea aproximada de los valores (...) expresados en pesos**", descripción que sin bien hace referencia a una aproximación de los montos, también lo es que, de manera clara e irrefutable, la aseguradora le puso de presente al interesado que las cifras

⁶ Idem.

no eran garantizadas, dado que podrían variar en el futuro, al estar atadas a la UVR.

Y es que, a decir verdad, la utilización de la expresión "*idea aproximada*", por parte de la encartada en la oferta presentada, no puede servir de resorte para que, sin más, se pretenda tener como valor asegurado -actualizado a la fecha de culminación de la relación aseguraticia- el monto señalado en la simulación efectuada en la etapa preliminar del negocio, por cuanto, de la literalidad del ofrecimiento elevado por la demandada, logra extraerse que dicho aspecto se condicionó a la UVR, haciéndole ver al actor su eventual fluctuación en el futuro, así como su imposibilidad de garantizar la cantidad pecuniaria allí descrita, debido a la glosada variación; evidencias que sumadas a la confesión efectuada por Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi, cuando en su interrogatorio de parte afirmó ser consciente de que el producto financiero ofertado era un seguro de vida reajutable en unidad de valor real, en el que la UVR podía cambiar en el tiempo y que no había un monto fijo asegurado, pero sí una cifra aproximada, son insumos demostrativos que permiten entrever que lo esperado por el consumidor no correspondía a las sumas dinerarias reseñadas en la cotización.

Es más, si a lo anterior se agrega que el producto financiero solicitado por el convocante fue un "*Plan de Seguro de vida reajutable en UVR con o sin dividendos*", como se desgaja de la documental visible a folio 13 del derivado 001, del expediente escaneado, el simple hecho de que el querellante se hubiere formado una expectativa, a raíz de los resultados de la simulación entregada por la enjuiciada en la etapa precontractual, no es una razón sólida para conseguir el reconocimiento petitionado en las reclamaciones principales de la demanda, si en mente se tiene que Axa Colpatria le hizo saber expresamente al impulsor -en el prenotado *iter* precontractual- que las cifras detalladas en la cotización "**no eran garantizadas**", explicándole las razones que le impedían hacerlo, es decir, que éstas estaban supeditadas a la UVR, que podría fluctuar en el tiempo.

Situadas de este modo las cosas, el proscenio comprobatorio *ut supra* examinado descarta, sin más, algún reproche al comportamiento desplegado por la pasiva, a la luz de la buena fe de que trata el artículo 863 del C. de Co., en concordancia con el canon 97 del Decreto Ley 663

de 1993, vigente para la fecha de las explanadas tratativas,⁷ dado que la entidad financiera le brindó la información necesaria al accionante para formar su convencimiento sobre la subordinación del valor asegurado a la UVR, y que ante su variación en el tiempo las cifras indicadas no podían garantizarse.

6.2. Otro de los puntos en que el convocante cimentó la vulneración a la buena fe, tiene que ver con la falta de información del condicionamiento del dividendo pactado al porcentaje del 23.10%, desconociéndose que en la cotización del seguro se enunció que éste sería del 50%, sin distingo alguno, tópico sobre el que es pertinente traer a colación los siguientes medios de persuasión:

6.2.1. Cotización del seguro de vida individual entregado al demandante, por parte de la aseguradora, en el que, entre otras cosas, se indicó "**Dividendos: 50.00%**".⁸

6.2.2. Solicitud N° 06057678 de fecha 17 de julio de 2000, suscrita por el gestor de esta contienda, en la que aparece relacionado "**OPCIONES PRIMA DIVIDENDO (%) PRIMA DE SEGURO** (x) **50**".⁹

6.2.3. Condiciones generales forma V 2096 de abril de 2000, entregadas al actor al momento de la celebración del contrato en la que aparece definido: "*Dividendo. Es la suma pagadera al asegurado, si sobrevive a la fecha de terminación de este seguro y se determina aplicando al capital asegurado reajustado a dicha fecha, el porcentaje que aparece indicado en la carátula de la póliza*"; "*Pago del dividendo. A la terminación del período del plan, siempre que a dicha fecha el contrato estuviere en vigor el asegurado tendrá derecho al pago del dividendo contratado (...) [m]ediante la presentación de la póliza y la respectiva prueba de sobrevivencia (...)*".¹⁰

6.2.4. Dictamen pericial rendido por el experto Diego Alejandro Monroy Álvarez en el que manifestó: "*3.3. Tanto en las estimaciones presentadas en la cotización como la prima registrada en la solicitud y pagada con ocasión de la póliza son consistentes con un dividendo equivalente al **23,10%** del capital asegurado reajustado alcanzado al cabo del*

⁷ Esta normativa enseñaba: "[l]as entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado".

⁸ Folio 13, derivado 001 Demanda y anexos, expediente escaneado.

⁹ Folio 12, *ídem*

¹⁰ Folio 16, *ibídem*.

período de cobertura. No obstante, es necesario dejar constancia que este porcentaje no se encuentra registrado ni en la Cotización ni en la solicitud, a pesar de lo enunciado en el literal B del numeral 2.2. de las condiciones Generales." ¹¹(Negrillas del Tribunal).

Bajo el acopio de los elementos suasorios descritos en precedencia esta Colegiatura es del criterio de que, en el *sub judice*, no logró acreditarse con la solidez debida que el señor Rodrigo Alfonso Bustos Brasbi hubiera acordado y puesto en conocimiento por la aseguradora que el porcentaje a aplicar para la liquidación del dividendo sería del **23.10%**. A *contrario sensu*, las diferentes pruebas relacionadas en líneas precedentes patentizan que en la cotización del producto no se le enteró al interesado la mentada cifra, así como tampoco en la solicitud del seguro, ni mucho menos se avista enunciado en las condiciones generales que el fueron entregadas al momento de su vinculación,¹² inferencia que no solo se logra sustentar en la apreciación de las reseñadas piezas documentales, sino también en las aseveraciones esbozadas en el peritaje que milita en las diligencias, toda vez que en éste se dejó constancia de la aludida circunstancia.

Si esto es así, como en efecto lo es, la notable omisión de la entidad aseguradora querellada pone de relieve la inobservancia al deber de información comprensible, transparente y oportuna que se encontraba a su cargo, como profesional del ramo, en la fase preparatoria del contrato a perfeccionar, preterición que palmariamente desdice del postulado de la buena fe que debe imperar en esta estirpe de relaciones mercantiles y que, en este caso en particular, viabiliza el éxito de las pretensiones elevadas subsidiariamente, en el sentido decretado por el *a quo*; máxime si, en palabras de la Corte Constitucional, “[l]a información suministrada por las entidades a los consumidores financieros tiene por objetivo fundamental equilibrar la situación de indefensión en la que normalmente se encuentra el usuario, empoderándolo en el conocimiento y ejercicio efectivo de sus derechos. Se espera entonces que la información otorgada, (i) dote a los consumidores financieros de elementos y herramientas suficientes para la toma

¹¹ Folio 10, derivado 81, del cuaderno escaneado.

¹² En el interrogatorio de parte del representante legal de la entidad demandada, quien a la pregunta de, *¿si al accionante se le dieron a conocer las condiciones aplicables al seguro cuando lo contrató, Axa Colpatria tiene soporte de esa situación?*, contestó: “(...) Dentro de la solicitud póliza que fue firmada el 17 de julio del año 2000, aparece unos renglones antes de la firma que el señor Rodrigo manifiesta haber recibido la forma V 2096, pues este clausulado se entregaba para el conocimiento del tomador asegurado de acuerdo a las condiciones que iban a ser aplicables al producto”. Minuto 12:23 a 13:08, audiencia celebrada el 27 de abril de 2021, derivado 040, expediente escaneado.

de decisiones; (ii) facilite la adecuada comparación de las distintas opciones ofrecidas en el mercado, y (iii) propenda por que conozcan suficientemente los derechos y obligaciones pactada. (...). En suma, el acceso completo, veraz y oportuno a la información -que es una condición elemental, inherente a toda actividad de consumo- adquiere especial trascendencia en el marco del sistema financiero, en razón a los contratos de adhesión que suelen ofrecer las entidades vigiladas en el mercado, a la complejidad de los términos contractuales que se manejan y al estado de indefensión en que se encuentran los usuarios. Siendo así, la información es una de las herramientas clave para empoderar al ciudadano en su ejercicio contractual, tanto antes de la celebración de un contrato, como durante su ejecución y aún después de la terminación del mismo, con el fin de precaver que la libertad contractual se emplee abusivamente en detrimento de otros derechos fundamentales.¹³

Para cerrar este capítulo, tampoco se diga que según los datos señalados en la propuesta negocial alcanzaría para que el demandante recibiera por concepto de dividendo la suma de \$156'297.423,00, puesto que el valor de la prima y el monto de capital asegurado no son los mismos que se aludieron en la solicitud del seguro, y además, la proyección del comportamiento del afianzamiento partió de un supuesto 18% del UVR, el cual no cumplía con la variación certificada por el gobierno nacional.

7. Ahora, la parte pasiva se quejó de la decisión de primer grado porque, en su opinión, se dejaron de lado las conclusiones plasmadas en el informe técnico decretado de oficio, así como la confusión de que, a su parecer, se incurrió con el porcentaje de la prima destinada para generar el dividendo en relación con la proporción aludida en la póliza; argumentaciones que resultan exiguas para producir la revocatoria petitionada por dicho extremo procesal, dado que, al estudiar de manera conjunta las pruebas arrimadas al legajo, a pesar de haberse revalidado en el laborío técnico la liquidación del dividendo realizada por la encartada y manifestarse que ésta es consistente con: **i)** los parámetros de la póliza, **ii)** el valor asegurado inicial, **iii)** el índice de reajuste (UVR), **iv)** las bases metodológicas consignadas en la Nota técnica 2011, **v)** la opción de dividendo marcada en la solicitud "prima dividendo" igual al 50% de la "prima de seguro" y **vi)** con el valor de la prima registrado en la solicitud, lo

¹³ Sentencia T-136/13.

verídico en este asunto es que Axa Colpatria no probó haber informado en la etapa genitiva del contrato de seguro, ni al momento de la celebración del mismo, la concertación del porcentaje del **21.30%**, que aplicó para liquidar el dividendo; omisión que no solo lleva a predicar su actuar de mala fe al aplicarla inconsultamente, sino también a desestimar la liquidación propuesta por la aseguradora, pues, aunque las operaciones para determinar el monto del dividendo fueron avaladas por el experto, lo cierto es que el auxiliar de la justicia dejó constancia de que el porcentaje alegado no se encuentra informado en los documentos inicialmente entregado al reclamante, situación que impide tener en cuenta sus guarismos.

Ahora, con independencia de que en la solicitud del seguro aparezca enunciado "*opciones prima dividendo (%) prima seguro*", cuya marcación descrita es "**50**", y, en gracia de discusión, si se aceptara que dicho porcentaje hace referencia a la porción de la prima destinada a conformar el rubro del dividendo, lo que aquí se devela indiscutible es que ni en la cotización, las condiciones generales, ni mucho menos en la glosada solicitud, el beneficio se hubiera supeditado al **21.30%**; panorama suasorio que analizado bajo la égida de la sana crítica, pone en tela de juicio que en las diligencias este porcentaje hubiera sido orquestado por las partes y que este fuere aceptado por el tomador de la póliza; deficiencia probatoria no susceptible de tenerse por superada con las pólizas arrimadas con la contestación de la demanda, toda vez que la conminada, por intermedio de su representante legal, confesó no tener conocimiento de que esa se le haya informado sobre el pluricitado porcentaje al convocante y que esa documentación contractual eran reproducciones que fueron impresas para el presente caso, carentes de la firma del aquí demandante, pese a que, si se oponía a las imploraciones elevadas en el libelo introductor, era de su resorte aportar los instrumentos aseguraticios inicialmente aceptados y suscritos por el asegurado.

En esa medida, como no se encuentra acreditado el enteramiento del referido 21.30% a su tomador en la fase preliminar del contrato, al momento de su vinculación al seguro, o en la ejecución de éste, no puede afirmarse con grado de certeza que los supuestos

numéricos empleados por la aseguradora para liquidar el beneficio correspondan a los originalmente acordados, por lo que dicho porcentaje no es posible tenerlo en cuenta para la causación del glosado dividendo.

8. Por lo demás, en lo tocante a la improcedencia del reconocimiento de intereses rebatidos por la parte accionada, basta con señalar que, al tenor de lo establecido en el artículo 1080 del C. de Co., el asegurador está obligado a efectuar el pago del siniestro a su asegurado o beneficiario dentro del mes siguiente a la acreditación de las exigencias de que trata el precepto 1077, *ejusdem*, so pena de que se generen réditos comerciales. De ahí que, siendo un tema pacífico tal demostración en el caso de marras, y fuera de ello estar convenido en las condiciones generales de la póliza que *"transcurridos sesenta (60) días después de la fecha de terminación del contrato se suspenderá el reajuste del dividendo, si el asegurado no se presenta a reclamar dicho valor, Colpatria constituirá a su favor depósito por la cantidad alcanzada a la fecha"*,¹⁴ actuar que no fue probado por la pasiva, no hay motivo para revocar su reconocimiento; siendo menester acotar que la renuencia del acreedor para recibir lo debido no impide la causación de réditos, la que, ciertamente, sólo puede frenarse con el respectivo pago, el cual *"es válido aún contra la voluntad del acreedor, mediante consignación"*,¹⁵ lo que tampoco aparece realizado.

9. Finalmente, ningún reproche puede prosperar sobre la condena en costas impuesta a la conminada, si se tiene en cuenta que ésta fue vencida en el litigio, al prosperar las pretensiones elevadas en subsidio, acaecimiento que se encuadra en lo previsto por la regla 1ª del artículo 365 del Código General del Proceso. Ahora, aunque la parte demandada se esforzó por situar el debate planteado en su apelación sobre el porcentaje de la condena que se le impuso en primera instancia, el inconforme olvidó que el valor de las pretensiones y aun el monto reconocido, son aspectos a tener en cuenta al momento de determinar la cuantía de las agencias en derecho, tal y como lo estatuye la regla 4ª del artículo 366 del C. G del P.; monto que en este escenario no puede ser objeto de controversia según lo pregona la regla 5ª, *ibídem*. Por tanto, al ser patente que frente a la quejosa prosperaron las súplicas invocadas en

¹⁴ Folio 18, Derivado 001, expediente escaneado.

¹⁵ Artículo 1656 del C.C.

subsidio, el 70% de las costas causadas resulta un porcentaje razonable y acorde a la solución del litigio.

10. Todo lo delantadamente dilucidado es suficiente para confirmar el fallo apelado, sin que haya lugar a imponer costas en esta instancia por la forma en que se dirimieron las alzas interpuestas por ambos extremos procesales.

DECISIÓN:

En 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 de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de octubre de 2021, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el asunto del epígrafe.

SEGUNDO.- SIN CONDENA en costas en esta instancia.

TERCERO.- En oportunidad, por Secretaría, ofíciase a la Delegatura de origen informándole sobre la presente decisión, y remítasele copia magnética de la presente providencia, para que haga parte del respectivo expediente electrónico.

NOTIFÍQUESE,

JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(003-2020-04345-01)

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

Magistrado
(003-2020-04345-01)

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Magistrado
(003-2020-04345-01)

Firmado Por:

Juan Pablo Suarez Orozco

Magistrado

Sala Civil

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

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

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: **5c9fcd22a813e95a37f7744f24fc4c5f4cd0bf05afc1bbfcd48583ccd4f01caa**
Documento generado en 06/04/2022 02:28:31 PM

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., seis (06) de abril de dos mil veintidós
(2022).

REF: RECURSO DE REVISIÓN de ANDRES
JOVANNY SABOGAL ROJAS contra el BANCO DAVIVIENDA S.A. Exp. 2021-
01984-00.

Comoquiera que el profesional Andrés Fernando Pinto Calderón no dio cumplimiento al requerimiento efectuado en auto anterior, la renuncia presentada no surte los efectos pretendidos. Es de memorar, que de conformidad con el inciso 4° del artículo 76 del Código General del Proceso “[l]a renuncia no pone término al poder sino cinco (5) días después de presentado el memorial de renuncia en el juzgado, acompañado de la comunicación enviada al poderdante en tal sentido” (Énfasis no es original), no obstante, como se indicó en proveído de 4 de marzo del año en curso, no se adjuntó la misiva enviada a los sucesores del causante a propósito de la determinación tomada por el togado, amén de que conforme al inciso 5° del mismo canon, “[l]a muerte del mandante o la extinción de las personas jurídicas no ponen fin al mandato judicial si ya se ha presentado la demanda, pero el poder podrá ser revocado por los herederos o sucesores”.

Así las cosas, y en atención a los informes secretariales que anteceden, habida cuenta que la parte actora no dio cumplimiento a lo ordenado en el auto de 24 de noviembre de la pasada anualidad, en aplicación del inciso segundo del numeral 1° del artículo 317 del Código General del Proceso, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR TERMINADO el presente proceso de revisión por desistimiento tácito.

SEGUNDO: Sin condena en costas, de conformidad con lo previsto en el numeral 8° del artículo 365 ib.

TERCERO: En firme este proveído, archívense las presentes diligencias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., seis (6) abril de dos mil veintidós (2022)

Ref: Proceso verbal de José Alfonso Méndez Guerrero contra
Fiduciaria Corficolombiana S.A.

En orden a resolver el recurso de apelación que la parte demandada interpuso contra el auto de 23 de febrero de 2022, proferido por la Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso de la referencia, para negar el decreto de unos testimonios, basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. No se discute que el artículo 212 del CGP le impone a las partes el deber de informar el nombre, domicilio y lugar de residencia de las personas que presenten como testigos, para que el juez, en la oportunidad procesal respectiva, ordene su citación, como lo señala el artículo 213 de ese mismo estatuto. Ocurre, sin embargo, que las formas no se imponen por el sólo prurito de la forma, de suerte que tales requerimientos pueden ser satisfechos por el interesado en la prueba sin apego a expresiones sacramentales, como aquí sucedió, pues la sociedad recurrente no sólo mencionó los nombres de los testigos (Jaime Andrés Toro Aristizábal, José Jaramillo Bonilla, Sebastián Restrepo Arboleda, Mónica Alexandra Mejía Atehortua y Claudia Cristina Rodríguez Vanegas), así como el lugar donde podían ser citados (oficinas de la fiduciaria en Medellín y Bogotá), sino que precisó, además, que darían testimonio “sobre lo que le conste sobre todos y



cada uno de los quince hechos... concernientes a la demanda y su contestación”¹.

Luego, una cosa es que la parte guarde silencio sobre el objeto de la prueba, y otra que lo haga remitiéndose a otra parcela de la demanda, específicamente a los hechos que en ella plantea, hipótesis en la que constituiría un exceso de formalismo exigirle que, en todo caso, debió reproducir los hechos ya relatados.

Pero, además, téngase en cuenta que el derecho a probar, de raigambre constitucional (art. 29), no puede ser afectado en su núcleo esencial por la sola inadvertencia de una formalidad relativa al medio probatorio. Es el caso del requisito atinente al domicilio y residencia de los testigos, lo mismo que a la expresión sucinta del objeto de prueba, exigencias que, en sí mismas consideradas, no quitan ni ponen ley a la hora de decretar y practicar la prueba, máxime si se considera que el legislador excusó en otras normas la observancia de esas formalidades, al punto que para citar de oficio a los testigos únicamente exige que “aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes” (CGP, art. 169, inc. 1º), lo que significa que basta que aquellos se refieran por su nombre para que sea posible decretar el medio de prueba, máxime si se considera que la convocatoria de los testigos es un acto que, en principio, corresponde a la parte misma (art. 217, ib.).

Y si a ello se agrega que la parte demandada, al pedir la prueba, refirió que los testigos podían ser ubicados en las oficinas de la fiduciaria de Medellín y Bogotá², dirección de la primera que aparece en los escritos de contestación y llamamiento en garantía, y la segunda en internet³, es

¹ 01CuadernoPrincipal, doc. 13FiduciariaContestaciónDemanda, p. 16.

² 01CuadernoPrincipal, doc. 13FiduciariaContestaciónDemanda, p. 16.

³ <https://www.corficolombiana.com/contactanos>



claro que no podía negarse su decreto so pretexto de que no se indicó el lugar donde podían ser citados. No se olvide que cualquier duda en la interpretación de una norma procesal debe resolverse, por mandato del artículo 228 de la Constitución Política y del artículo 11 del Código General del Proceso, dándole prevalencia al derecho sustancial, favoreciendo el acceso a la justicia y facilitando el ejercicio de las garantías constitucionales.

2. Puestas de este modo las cosas, se revocará el auto apelado en lo que concierne a los testimonios solicitados por la parte demandada, los cuales se decretan. No se impondrá condena en costas, por la prosperidad del recurso.

RESUELVE

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto de 23 de febrero de 2022, proferido por la Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso de la referencia para, en su lugar, decretar los testimonios de los señores Jaime Andrés Toro Aristizábal, José Jaramillo Bonilla, Sebastián Restrepo Arboleda, Mónica Alexandra Mejía Atehortua y Claudia Cristina Rodríguez Vanegas, quienes deberán ser citados para la audiencia de instrucción y juzgamiento.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

República de Colombia



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

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:

15fea1d98fc9be16653a3d13067095d33b94b143f9ef0bb79d55c648ee417d82

Documento generado en 06/04/2022 02:35:27 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., seis de abril de dos mil veintidós

Ponencia presentada y aprobada en Sala Civil de Decisión Extraordinaria según acta de la fecha.

Proceso:	Verbal.
Demandante:	Inversiones Darién S.A.
Demandados:	Acción Sociedad Fiduciaria S.A. – Acción Fiduciaria.
Radicación:	110013199003201801217 01
Procedencia:	Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá, D.C.
Asunto:	Adición sentencia
AI-043/22	

Decide la Sala la petición de adición de la sentencia emitida por este Tribunal el 19 de enero de 2022, por la parte la aseguradora llamada en garantía, SBS Seguros de Colombia S.A.

ANTECEDENTES

1. En escrito presentado dentro del término de ejecutoria de la sentencia proferida en segunda instancia en el proceso del epígrafe, el apoderado de la parte la aseguradora solicitó su complementación para que se haga pronunciamiento respecto de: i) el artículo 1055 del Código de Comercio, en el sentido que el dolo del asegurado es inasegurable y una estipulación al respecto es ineficaz de pleno derecho, por tanto, no podían ser cubiertos bajo el contrato de seguro de responsabilidad civil profesional; ii) que conforme al artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero los amparos y exclusiones estarían destacados desde la primera página y, iii) explicar las razones por las cuales se apartó de las decisiones SC4527-2020 y SC-4126-2021.

CONSIDERACIONES.

1. En cuanto concierne a la complementación o adición de providencias, el artículo 287 del estatuto procesal civil dispone que es viable cuando “omita la resolución de cualquier de los extremos de la litis, o de cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”, la cual puede ser de oficio, o a solicitud de parte, siempre y cuando sea dentro del término de ejecutoria. Precepto acerca del cual ha indicado la jurisprudencia¹:

“2.1. El instituto invocado, en los términos del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido, en esencia, es el mismo del artículo 287 del Código General del Proceso, vigente en forma integral a partir del 1º de enero de 2016, en virtud del Acuerdo PSAA15-10392 del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, simplemente busca purgar omisiones decisorias, a efectos de agotar la jurisdicción.

Por esto, su aplicación resulta improcedente, al decir de la Sala, cuando busca “(...) tocarse lo ya resuelto o definido”², bajo cualquier pretexto, verbi gratia, la insuficiente motivación, a fin de obtener una decisión distinta a la espetada, pues si esa es la aspiración, como en otra ocasión se señaló, “(...) esto implica que hubo un pronunciamiento sobre el particular, con independencia de las razones que se hayan aducido para el efecto”³.

2.2. Frente a lo anterior, en el caso, al pretender la parte interesada cambiar sustancialmente lo resuelto, como es la admisión en casación del cargo fundado en un error de procedimiento, en lugar de su inadmisión, ante la falta de citación de los sucesores procesales del demandado fallecido, no obstante actuar por conducto de apoderado, salta de bulto, lo impetrado no es de recibo. Atendiendo las directrices que acaban de evocarse, la posibilidad de solicitar aclaración de las providencias, no habilita para volver sobre cuestiones ya definidas, buscar explicaciones adicionales u obtener la revocatoria o modificación de las decisiones; ni tampoco para absolver las dudas, inquietudes o consultas personales de los apoderados ni de sus mandantes.”

Es indiscutible que la sentencia no puede ser reformada ni revocada por el mismo juez que la profirió, lo que prevé la norma en cita es la posibilidad de su complementación pero siempre y cuando en la providencia se hayan dejado de resolver puntos planteados por una de las partes, o cuando se omita pronunciamiento integral sobre lo pedido.

Conforme a lo expuesto pronto se colige la improcedencia de la solicitud, pues de la lectura de la sentencia no se observa que la Sala

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, AC1262-2016, de 7 de marzo de 2016. MP. Luis Armando Tolosa Villabona. Radicación: 11001-31-10-001-1995-00229-01

² CSJ. Civil. Auto de 14 de noviembre de 1997, CCXLIX-1438.

³ CSJ. Civil. Auto 027 de 27 de enero de 2006, expediente 25941.

de Decisión hubiera dejado de proveer sobre alguno de los puntos sometidos a estudio, ni tampoco que la decisión contenga frases ambiguas o dudosas que figuren en su parte resolutoria o que incidan en ella.

De una lectura integral, detenida y juiciosa de la providencia, se observará que de manera amplia se analizó la controversia y se consignó el sustento jurídico, jurisprudencial y probatorio en que se erigió, particularmente centrada en los reproches del apelante dentro de la órbita de competencia del Superior a tono con los artículos 320, 322, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012, sin que sea necesario transcribir aquí toda la disertación de la Sala.

Las inquietudes que ahora plantea el apoderado se encaminan a cuestionar la hermenéutica vertida en la sentencia y, por esa senda a modificar el sentido de la decisión, propósito con el cual no fue concebida la adición de providencias pues, como ya se dijo, *“la sentencia no es revocable por el juez que la pronunció”*.

4. En ese orden de ideas, la Sala no pretermitió el análisis y resolución de alguno de los puntos sometidos a estudio,

Por tanto, se denegará el pedimento impetrado.

DECISION

Por lo consignado, la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., **RESUELVE:**

NEGAR la petición de adición de la sentencia proferida por esta Sala el 19 de enero de 2022.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

110013199003201801217 01

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Magistrada

110013199003201801217 01

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA.

Magistrado

110013199003201801217 01

Firmado Por:

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

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

**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: **eba9da6097721fed598bb1348953c5aaea66f56ef84c5a647f05915be27972c5**

Documento generado en 06/04/2022 04:00:42 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

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

Ref: Proceso verbal de José Alfonso Méndez Guerrero contra Fiduciaria
Corficolombiana S.A.

Para resolver el recurso de apelación que la parte demandada interpuso contra el auto de 18 de noviembre de 2021, proferido por la Delegatura para funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso de la referencia, para negar un llamamiento en garantía, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Ya el Tribunal se ha pronunciado –y en múltiples oportunidades- sobre el deber que tienen las superintendencias, como autoridades administrativas que ejercen funciones jurisdiccionales, de tramitar y decidir la relación jurídica que vincula al llamante con el llamado. Así, en auto de 29 de abril de 2021, esta Corporación puntualizó que,

Contrario a lo que sostuvo la Superintendencia en el auto censurado, en virtud de las funciones jurisdiccionales que le fueron otorgadas por la ley, suyo es el deber de tramitar y decidir la relación jurídica que vincula al llamante con el llamado en el marco de una acción revocatoria –cuando así lo solicitan y exista negocio jurídico de garantía-, puesto que el ejercicio de esa tarea está sujeta, desde el 12 de junio de 2012, a las reglas trazadas en el artículo 24 del CGP, que acogió el principio de simetría funcional (par. 1, 3 y 4, ib.), en torno del cual ha dicho esta Corporación que,

Quiso, pues, el legislador que no hubiese diferencia entre jueces y autoridades administrativas a propósito del ejercicio de la función jurisdiccional, por lo que la controversia respectiva debe ser resuelta por cualquiera de ellos a través del mismo proceso (identidad procesal), en



única o en primera instancia, según lo hubiere previsto la ley (identidad funcional), y con garantía de apelación respecto de aquellas providencias a las que el legislador les concedió ese beneficio (identidad de recursos), impugnación que, además, tendrá un mismo juez de cierre en instancias (identidad en Tribunal de apelaciones). Al fin y al cabo, no existe ningún fundamento constitucional ni legal que justifique la diversidad de tratamiento procesal para un asunto litigioso, por el sólo prurito del juez que conoce de él a prevención: el ordinario o la autoridad administrativa con función jurisdiccional.¹

Por eso también ha sido enfática en señalar que,

...la naturaleza, en principio “restrictiva”, de la función jurisdiccional de las Superintendencias, no constituye un obstáculo, y menos infranqueable, para que el extremo pasivo del litigio, en ejercicio de una de las aristas de su derecho de defensa, convoque a juicio a la, o las, personas que estime responsables, en última instancia, de las reclamaciones que directamente le formuló el consumidor de un bien o servicio.

(...)

En ese escenario, se impone colegir que, para dirimir las contingencias procesales que, en adelante, se llegaren a presentar en la actuación, la respectiva superintendencia (quien, se insiste, ya asumió el conocimiento del proceso) habrá de aplicar las mismas pautas y reglas que para esos efectos previó, en abstracto, el legislador, lo cual incluye, a falta de previsión expresa en contrario², lo atinente al llamamiento en garantía, para cuya admisión y viabilidad (así sean decididas por una autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales) el ordenamiento jurídico ya no exige la invocación de una relación de consumo entre llamante y llamado, sino, únicamente, la de un vínculo jurídico que, por lo menos en principio, parezca evidenciar que el llamado sea quien deba responder civilmente por la condena que eventualmente se imponga al demandado (art. 64, C. G. del P.).³

¹ Auto de 6 de junio de 2017; exp.: 002201401193 01; MP. ÁLVAREZ GÓMEZ Marco Antonio.

² Memórese que “allí donde no distingue el legislador, no le es dable distinguir al intérprete” (CSJ., sent. de casación civil del 29 de junio de 2007, exp. 1993 01518).

³ Auto de 20 de febrero de 2019; exp.: 001201720381 01; MP. YAYA PEÑA Oscar Fernando.



Esta posición ha sido reiterada, incluso, en reciente oportunidad, al precisarse que,

...dentro del radio de competencia de la SIC, debe entenderse incluida la posibilidad de que se llame en garantía a un tercero, en estos procesos, porque en asunto [que] guarda similitud, tanto este Tribunal como la Corte Suprema de Justicia, han aceptado esa vinculación en juicios de protección al consumidor, sin alterar la facultad de la respectiva entidad administrativa.

Así, en la citada sentencia STC6760-2019 de 29 de mayo de 2019, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que aunque la competencia a prevención, de la Superintendencia de Industria y Comercio en funciones jurisdiccionales autorizadas por la Constitución y la ley, se limite a ciertos conflictos especiales, esa autoridad no puede desconocer las vicisitudes que afloran en el interior de los procesos, y “como juez de la causa no puede dejar de brindarle la solución jurídica que... requieran”.

(...)

De ahí que, agregó, sin perjuicio del traslado excepcional de competencias a autoridades administrativas, debe apreciarse en concreto que “si para la acción de protección al consumidor, como uno de los específicos casos en que el Estado le otorga esas facultades a la Superintendencia de Industria y Comercio para dirimirlo, correspondía a esa entidad desatar la controversia suscitada, lo que implica tramitar y definir las etapas procesales previstas en el estatuto adjetivo, entre ellas la tramitación del llamamiento en garantía como figura jurídica admisible en esos juicios, como lo haría el juez ordinario permanente si se le hubiera asignado el conocimiento del caso.”⁴

Luego es claro que, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de este Tribunal Superior, es viable el llamamiento en garantía en asuntos contenciosos tramitados por las autoridades administrativas con funciones jurisdiccionales. Sostener lo contrario equivaldría a cercenar -por vía de interpretación- una de las posibilidades de ejercicio del derecho de defensa, lo que, sin duda, resulta contrario a la Constitución Política (art. 29).⁵

⁴ Auto de 16 de abril de 2021; exp.: 001201982090 01; MP. ISAZA DÁVILA José Alfonso.

⁵ Exp. 002201700059 02, MP. ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio.



2. Desde esta perspectiva, si este proceso, como declarativo que es, admite el llamamiento en garantía previsto en el artículo 64 del CGP; si las acciones de protección al consumidor reciben el trámite de verbales; si la Ley 1480 de 2011 no prevé ninguna regla especial que excluya la intervención de otras partes, y si toda duda de interpretación en materia procesal debe resolverse mediante la aplicación de los principios generales (CGP, art. 11), entre ellos el de economía, resulta incontestable que la Superintendencia Financiera no podía traer a colación la excepcionalidad de sus tareas judiciales, para impedirle a la fiduciaria demandada ejercer un derecho que le reconoce la ley de enjuiciamiento.

Con otras palabras, se dijo en una de las providencias aludidas, “quien funja como juez, que obre como tal en el ámbito de sus competencias. Que le abra, entonces, las puertas a los usuarios para ejercer sus derechos, en lugar de clausurarlas so pretexto de una visión restringida de las funciones que el legislador le otorgó”⁶.

Y si a ello se agrega que la Fiduciaria Corficolombiana S.A. plantea, en últimas, que sea el Grupo Stirling S.A.S. el que reembolse – o pague - el monto que tuviere que entregarle al demandante como resultado de la sentencia, sociedad esa con la que firmó, el 19 de enero de 2017, un contrato de “encargo fiduciario de administración de recursos en fase previa” para recaudar y administrar los dineros de inversionistas interesados en adquirir unidades comerciales dentro del proyecto “Estación San Pedro”, en el que dicha persona jurídica se obligó a defender, indemnizar y mantener libre de responsabilidad a la demandada de cualquier “acción, daños y perjuicios que surjan como resultado de cualquier

⁶ Exp. 002201700059 02, MP. ÁLVAREZ GÓMEZ, Marco Antonio.



reclamo, acción o proceso efectuado o entablado contra la Fiduciaria por un tercero... durante el desarrollo del presente contrato y aún después de su cancelación, terminación y liquidación”⁷, es claro que sí se abría paso el llamamiento en garantía, no sólo porque el demandante lo que pretende es que la Fiduciaria le devuelva \$110'000.000,00 que le transfirió el 11 de julio de 2016, como parte de pago del local identificado en planos con el No. 221 del centro comercial Estación San Pedro⁸, sino también porque en el contrato de encargo se estableció que, “en el evento de que en cualquier proceso pretenda hacerse efectiva responsabilidad alguna frente a la Fiduciaria o al presente encargo, la Fiduciaria se reserva la facultad de efectuar el correspondiente llamamiento procesal en garantía frente al encargante, quien... se obliga a hacerse parte dentro del correspondiente proceso y a salir en defensa de la Fiduciaria”⁹, por lo que, en principio, se configuraba la hipótesis prevista en el artículo 64 del CGP.

Téngase en cuenta que el propósito de esta figura es hacer efectivo el principio de economía procesal, para que ante un mismo juez y en un solo juicio se dilucidan todas las controversias que se susciten con ocasión de los hechos que dieron origen al litigio. Por supuesto que será en la sentencia en la que se defina, dado el caso, si hay lugar a conceder la pretensión del llamante.

3. Por estas razones, se revocará el auto apelado. No se impondrá condena en costas, por la prosperidad del recurso.

⁷ 01CuadernoPrincipal, doc. 019Anexosllamamiento, cláusula 26, p. 19.

⁸ 01cuadernoPrincipal, doc. 001Demanda.

⁹ 01CuadernoPrincipal, doc. 019Anexosllamamiento, cláusula 26, p. 19.

República de Colombia



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

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto de 18 de noviembre de 2021, proferido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia dentro del proceso de la referencia.

En su lugar, se **admite** el llamamiento en garantía formulado por Fiduciaria Corficolombiana S.A. contra el Grupo Stirling S.A.S. Notifíquese a la convocada, informándole que cuenta con el término de veinte (20) días para ejercer su derecho de defensa, según lo dispuesto en el artículo 66 del Código General del Proceso.

NOTIFIQUESE

Firmado Por:

**Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 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:

0321b7bbdf5eeef86c9c6e6aa4e0a0f0d0866a16773bda370a48d5f35623b1c5

República de Colombia



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

Documento generado en 06/04/2022 02:42:53 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 DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL**

Magistrada Ponente

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

**ASUNTO. PROCESO ORDINARIO (RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL) PROMOVIDO POR LA SOCIEDAD MANSAROVAR ENERGY COLOMBIA LTDA. CONTRA LA SOCIEDAD SEGUROS COLPATRIA S.A. HOY AXA COLPATRIA SEGUROS S.A.
RAD. 007 2012 00187 02.**

Discutido y aprobado en Sesión de Sala de Decisión de 6 de abril de 2022, según acta No. 13 de la misma fecha.

Procede la Sala a decidir la solicitud de aclaración y adición que formuló el apoderado de la demandada respecto de la sentencia de segunda instancia que profirió este Tribunal el 7 de marzo de 2022, dentro de este asunto.

ANTECEDENTES

1. La sociedad Mansarovar Energy Colombia Ltda. formuló demanda contra la compañía Seguros Colpatria S.A. (hoy AXA COOLPATRIA SEGUROS S.A.) con el fin de que se declare que es responsable por el incumplimiento del contrato de seguros contenido en la póliza de seguros de Minas y Petróleos No. 206 y, en consecuencia, se le ordene pagar la suma de \$2'746.791 dólares junto

con los intereses de mora causados desde el 29 de agosto de 2011 que venció el término legal para el pago del siniestro, hasta la fecha de la sentencia.

2. Mediante sentencia del 27 de enero de 2021, el Juzgado 47 Civil del Circuito de esta ciudad negó las pretensiones de la demanda, determinación que revocó este Tribunal en decisión calendada el 7 de marzo de 2022.

3. En esta oportunidad, el apoderado de la sociedad demandada solicitó la aclaración y adición de la sentencia, con sustento en que no se indicó la tasa de cambio que debe aplicarse a efectos de calcular el valor en pesos de la condena para luego hacer lo propio con los intereses de mora, esto es, la de la fecha en que ocurrió el siniestro o aquella a partir de la cual se deben reconocer tales intereses.

Al efecto, agregó que el interés moratorio es aplicable a las obligaciones en pesos colombianos, no en divisas, así como que no resulta aplicable la TRM actual *“toda vez que ello implicaría usar para el cálculo una variable presente de forma retroactiva, cuestión que generaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de la demandante”*, máxime cuando la determinación del IBC y por contera el interés de mora son valores certificados y empleados en el territorio nacional respecto a obligaciones en moneda local.

CONSIDERACIONES

1. Para resolver, es preciso memorar que en virtud de lo estatuido en el artículo 285 del Código General del Proceso, la sentencia podrá ser aclarada *“cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella”*, figura que encuentra cabida cuando la providencia contiene conceptos expresados en la parte

resolutiva, que no son lo suficientemente explícitos; y que de conformidad con lo consagrado en el canon 287 *ibídem* deberá ser adicionada cuando “omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento”.

2. Atendidas las anteriores previsiones normativas pronto emerge que la solicitud de aclaración elevada por el apoderado de la demandada deviene infructuosa, puesto que en la parte resolutiva de la sentencia no se observan frases o conceptos que ofrezcan verdaderos motivos de duda en cuanto a la tasa representativa del mercado respecta, en tanto, según se dijo en la parte final de los considerandos (concretamente el ítem 5), corresponde a la vigente a la fecha del pago, lo que descarta la posibilidad de aplicar cualquier otra.

Además, nótese que la providencia es resultado de la valoración probatoria que hiciera la Sala frente a los elementos de convicción obrantes en el expediente, que en manera alguna puede ser modificada o adicionada en esta oportunidad, en razón a que se atendió puntualmente que los valores de la póliza quedaron pactados por las partes en dólares (Cfr. fl. 4 archivo 08CuadernoPrincipal1.pdf contenido en la carpeta 01CuadernoPrincipal del expediente digital), así como lo establecido en la ley en cuanto a la moneda en que debe hacerse el pago y la oportunidad para efectuarlo respecto de la indemnización (arts. 874 y 1080C.Co. y art. 79 Res. 8 de 2000 J.D. Banco de la República).

De igual manera, la Sala evidencia que la decisión no omitió resolver sobre cualquiera de los extremos de la *litis* o cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, que es el fin de la figura de la adición, punto en que conviene memorar que esta institución no está contemplada para obtener del funcionario un pronunciamiento necesariamente favorable al litigante solicitante o ajustado a su interpretación del contenido de la providencia, sino para complementarla en aquellos eventos en que

se haya incurrido en alguna de las omisiones aludidas, lo que no se advierte que se configure en el emitido por esta sede.

3. Por ende, es evidente que la petición del togado desborda el marco trazado por el legislador para la aclaración y adición de sentencias; luego, deviene inviable acogerla en la forma y términos propuestos.

Coherente con lo anterior, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE

NEGAR la petición de aclaración y adición que formuló el apoderado de la sociedad demandada respecto de la sentencia emitida por esta Corporación el 7 de marzo de 2022.

NOTIFÍQUESE,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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:
da001fcc2d0b59a9f05f4b22e4506327f9b72ded9a62f21c748464f4c3dbcb86

Documento generado en 06/04/2022 04:54:36 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

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

Ref.: Proceso ejecutivo de John Alexander Rodríguez Maldonado contra Norberto Sáenz Piña y otros.

En orden a resolver el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra el auto de 27 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 2º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad dentro del proceso de la referencia, para decretar la terminación del proceso por desistimiento tácito, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. El Tribunal confirmará el auto apelado porque, ciertamente, se estructuraron los requisitos para finalizar el pleito con soporte en el numeral 2º del artículo 317 del CGP, que “simplemente presupone que el proceso o actuación ha permanecido inactivo en la secretaría por un determinado plazo, que será de un año en primera o única instancia, si aún no se ha proferido sentencia o auto que ordena seguir adelante la ejecución, o de dos años cuando ya media una de esas determinaciones”, hipótesis en la que “no es necesario requerimiento alguno, como tampoco debe el juzgador verificar de quién dependía el impulso de la actuación: si del juez o de las partes. Será suficiente el hecho objetivo de la permanencia del proceso en la secretaría del despacho, ‘porque no se solicita o realiza ninguna actuación’”¹

¹ Auto de 25 de marzo de 2015. Exp. 4200800700 01.

República de Colombia



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

Por consiguiente, como la notificación del último auto que se expidió tuvo lugar el 14 de enero de 2019², época desde la cual el expediente permaneció inactivo en la secretaría por un tiempo superior a dos (2) años –término que se cumplió el 28 de mayo de 2021-, bien podía el juez finiquitar el juicio, sin más consideraciones, lo que se afirma, incluso, descontando los días de suspensión de actividad judicial, según los Acuerdos Nos. PCSJA20-11517 y PCSJA20-11567, de 15 de marzo y 5 de junio de 2020, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura, y aplicando el artículo 2º de Decreto Legislativo 564 de esa misma anualidad, conforme al cual “los términos procesales de inactividad para el desistimiento tácito previstos en el artículo 317 del Código General del Proceso... se reanudarán un mes después, contado a partir del día siguiente al del levantamiento de la suspensión que disponga el Consejo Superior de la Judicatura”.

Nada cambiaría si se aceptara, en gracia de la discusión, que los términos judiciales estuvieron suspendidos los días 21 de enero y 21 de febrero de 2020, así como 25 y 26 de mayo de 2021, pues aun descontándolos, para el 27 de agosto pasado el proceso había permanecido inactivo el tiempo previsto en la norma para declarar la terminación del proceso.

Y como ninguna actuación adelantó al apoderado, no queda más que confirmar la providencia apelada. Se condenará en costas a la parte recurrente, por aparecer causadas.

² 02CuadernoDos, 01CopiaCuadernoMedidas, p. 327, y 05CuadernoTribunal, doc. 03ConsultaProcesosRamaJudicial, p. 2.

República de Colombia



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

RESUELVE

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., Sala Civil, **CONFIRMA** el auto de 27 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado 2º Civil Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad dentro del proceso de la referencia.

Se condena en costas a la parte recurrente. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de \$500.000,00.

República de Colombia



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

NOTIFÍQUESE,

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 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:

**b7fed44d802067f8a5833a86100446180dae095f7e55a7699b2dcb68a
1ee8aec**

Documento generado en 06/04/2022 02:54:53 PM

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., seis (6) de abril de dos mil veintidós
(2022).

**REF: EJECUTIVO SINGULAR de INVERSIONES
SAN CARLOS S.A.S. contra JHON LEONARDO PÁEZ Y OTROS. Exp. 2016-
00699-02.**

Se **RECHAZAN** por improcedentes los recursos de “reposición y/o súplica” interpuestos por Jhon Leonardo Páez Niño contra el proveído de 18 de marzo de 2022, el cual resolvió la impugnación contra el auto de 21 de septiembre de 2021 que profirió el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, en virtud del cual se resolvió sobre una solicitud de nulidad. Lo anterior, por cuanto de manera expresa, el primero “no procede contra los autos que resuelvan un recurso de apelación, una súplica o una queja”, según lo prevé el inciso 2° del artículo 318 del Código General del Proceso.

Y el segundo, en consideración al inciso 1° del artículo 331 ibídem señala que tal medio “no procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja”.

Finalmente, tampoco hay lugar a dar aplicación a lo dispuesto en el parágrafo del artículo 318 del Código General del Proceso, toda vez que conforme se advierte, la providencia que resuelve sobre el recurso de apelación no es susceptible de ningún otro.

Por Secretaría remítase el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

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

Bogotá, D. C., seis de abril de dos mil veintidós
(aprobado sala virtual ordinaria de 6 de abril de 2022)

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

11001 3103 004 2020 00281 02

Ref. Proceso ejecutivo incoado por International Footwear Corporation S.A.S contra VD el mundo a sus pies S.A.S. en reorganización.

La Sala denegará las solicitudes de “aclaración” y “adición” que formuló la parte ejecutada respecto de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2022, con el que se desestimó en su integridad el recurso vertical que la parte opositora impetró contra la sentencia de 15 de septiembre de 2021, por cuyo conducto se ordenó proseguir la ejecución en los términos del mandamiento de pago.

En rigor, esas solicitudes de “aclaración” y “adición”, se esgrimieron con miras a que se resuelva “el reparo frente a las facturas electrónicas, las cuales fueron enviadas a un correo diferente al de la sociedad demandada, incumpliendo con lo ordenado en la Resolución 042 del 5 de mayo de 2020, de la DIAN”, para lo cual pidió el memorialista que se aclare “la interpretación” de la Sala frente a la Resolución en cita.

Para decidir según se anunció, bastan las siguientes consideraciones:

1. La sociedad ejecutada no denunció propiamente que en el proveído sobre el que versa su solicitud se hubiera dejado de resolver alguno de los asuntos que, por ley, debían ser objeto de pronunciamiento, sino que solicita una motivación adicional a la ya dispensada, efecto este que no puede ser aplicado por la vía procesal a la que acudió la memorialista, pues ello excede los alcances que el legislador concede al mecanismo de “adición” previsto en el artículo 287 del C.G.P.

Tampoco la memorialista señaló que dicho fallo contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, ni tampoco que, como lo exige el

artículo 285 del C. G. P., la parte resolutive de esa decisión -de 23 de marzo de 2022- fuere incongruente con las razones que se invocaron para no revocar la sentencia del juez a quo.

2. En realidad, lo que solicita la opositora es que la Sala profiera una sentencia complementaria y se pronuncie sobre unos planteamientos que solo fueron traídos a cuento al momento de sustentación de la alzada y que no hicieron parte de los reparos que, en la oportunidad prevista en el artículo 322 del C.G.P. debió plantear la apelante ante el juez *a quo*, contingencia que no ignoró el Tribunal.

En efecto, en el fallo cuya complementación se implora se dijo que “Tampoco la Sala entrará a dilucidar en torno a argumentos adicionados en la fase de sustentación sobre los que previamente no había recaído reparo alguno, esto es, **1) si el medio por el que se remitieron las facturas electrónicas a la ejecutada, cumple lo preceptuado en la Resolución 042 de 5 de mayo de 2020 de la DIAN; 2) que la dirección de correo electrónica a la cual se enviaron las facturas digitales era la equivocada**” (con fundamento en la allí citada sentencia SC3148-2021 de 28 de julio de 2021, M.P., Álvaro Fernando García Restrepo, R. 2014 00403 02).

Es palmario, entonces, que la Sala no dejó de decidir sobre los reparos concretos que fueron sustentados (art. 320 y 328 C. G. P.) y, lo que es más importante, la parte resolutive de la sentencia de 23 de marzo de 2022 no ofrece verdadero motivo de duda (como lo exige el inciso 1° del artículo 285 del C.G.P.). Allí quedó definido, sin dar margen a dubitación alguna, que la determinación adoptada por este Tribunal fue la de refrendar, a plenitud, el fallo recurrido en apelación.

Nada en sentido contrario -ni tampoco ambiguo, con incidencia en lo resolutive-, se dijo en la motivación de esa providencia de 23 de marzo de 2022.

3. Ahora, si lo que quiere la parte actora es que, a manera de recurso horizontal, el Tribunal revoque (total o parcialmente) su propia providencia, ha de ponerse en relieve que tal vicisitud no es factible, por prohibición expresa del artículo 285 del C.G.P., a cuyo tenor “la sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció”.

Asunto bien distinto es que la memorialista no comparta los razonamientos

expuestos en esa providencia, sobre lo cual ha de memorarse que “no ha pretendido el legislador que en pos de aclarar la sentencia encuentre la parte la vía expedita para replantear el litigio, o en utilizar la aclaración para que se decida sobre la legalidad de lo ya resuelto en fallo, o en procurar que se analice y explique situaciones ya definidas”, y que “una cosa es la falta de claridad, palabra que hace alusión a la inteligibilidad de la frase, por su oscuridad, por la imprecisión de sus términos, por su mala redacción que induzca a comprensiones diferentes, por lo inapropiado de las palabras utilizadas de tal suerte que su interpretación genere duda, por el uso de términos que distorsionen la capacidad técnica de un vocablo para indicar una acción o un efecto, o para calificarla, y otra bien distinta **no compartir los razonamientos jurídicos acertados o no contenidos en la pieza procesal y en su parte resolutive, o que tengan definitiva injerencia en la comprensión de ésta**” (CSJ, autos de mayo 17 de 1996, exp. 3626; abril 25 de 1997, exp. 6568; octubre 26 de 2004, exp. 2004 00552 y agosto 11 de 2008, exp. 2005 00611.)

DECISION. Así las cosas, la Sala Sexta de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, DENIEGA las solicitudes de “aclaración” y “adición” que formuló VD el mundo a sus pies S.A.S. en reorganización respecto de la sentencia que, en segunda instancia se profirió el 23 de marzo de 2022 en el asunto de la referencia.

Devuélvase el expediente, sin dilación alguna, al juez de primera instancia.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

JUAN PABLO SUAREZ OROZCO

GERMAN VALENZUELA VALBUENA

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

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

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:

26e58c07458141bc372e8948e4913031c5dcb9c7bcf45bfd1cadf0420c36a9c4

Documento generado en 06/04/2022 02:07:03 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

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

Ref.: Proceso ejecutivo de Clara Bibiana Rocha Merchán contra
Cooindependencia S.A.S. y otros.

Para resolver el recurso de queja que la parte demandante interpuso contra la providencia de 25 de agosto de 2021, en virtud de la cual el Juzgado 18 Civil del Circuito de la ciudad se abstuvo de conceder –por improcedente- la apelación formulada dentro del proceso de la referencia respecto del auto de 24 de septiembre de 2020, bastan las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Las cosas en este asunto ocurrieron de la siguiente manera: (i) el 20 de febrero de 2020, la jueza declaró terminado el proceso por pago total de la obligación¹, providencia contra la cual la parte demandante interpuso recurso de reposición² que fue resuelto de manera desfavorable en auto de 24 de septiembre siguiente³, y (ii) el 2 de octubre de ese año, la ejecutante planteó recurso de apelación contra ésta última decisión⁴, que fue rechazado por improcedente el 25 de agosto de 2021⁵.

Así las cosas, para declarar bien denegado el recurso basta precisar que, según el inciso 4º del artículo 318 del CGP, “el auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior”. Y como la providencia de 24 de septiembre de 2020 mantuvo

¹ 01CuadernoPrincipal, 01CuadernoPrincipalHasta16Nov201, p. 231 y 232.

² 01CuadernoPrincipal, 01CuadernoPrincipalHasta16Nov201, p. 235 a 239.

³ 01CuadernoPrincipal, 01CuadernoPrincipalHasta16Nov201, p. 251 a 253.

⁴ 01CuadernoPrincipal, 01CuadernoPrincipalHasta16Nov201, p. 254 a 262.

⁵ 01CuadernoPrincipal, 01CuadernoPrincipalHasta16Nov201, p. 271.

República de Colombia



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

–en su integridad– la proferida el 20 de febrero de ese año, que declaró terminado el proceso, luce correcta la decisión emitida por la juzgadora.

Tampoco cabría la apelación si se sostuviera que el recurso cuestionó el auto de 20 de febrero de 2020, puesto que sería extemporáneo, habida cuenta que no se planteó, cuando menos en forma subsidiaria, dentro de su ejecutoria, como lo disponen los numerales 1, inciso 2, y 2 del artículo 322 del CGP.

2. Por estas razones, se declarará bien denegado el recurso. Se impondrá condena en costas a la parte recurrente, por aparecer causadas.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **DECLARA BIEN DENEGADO** el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra el auto de 24 de septiembre de 2020 proferido por el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia.

Se condena en costas a la parte ejecutante. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de \$500.000.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

República de Colombia



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

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:

11d44c23b506962731d5e971274b6faf350210f8dea245ec7f13120a8474a9b7

Documento generado en 06/04/2022 02:57:54 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*

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

Bogotá, D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022).

En virtud de la condena en costas a la parte demandante se fija la suma de un SMLMV para cada uno de los demandados y en ½ SMLMV para la llamada en garantía, de conformidad con el numeral 4º del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'R. Acosta Buitrago', written over a horizontal line.

RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Magistrado Sustanciador:

RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE : CAMILO ERNESTO VALENCIA CHAVARRO.
DEMANDADO : CONDOMINIO BOSQUE RESIDENCIAL LA
RESERVA P.H, AIG SEGUROS COLOMBIA
S.A. Y COMPAÑÍA DE VIGILANCIA
CENTRO EMPRESARIAL DE SEGURIDAD
PRIVADA SCANNER LTDA.
CLASE DE PROCESO : VERBAL -responsabilidad civil-
MOTIVO DE ALZADA : APELACIÓN SENTENCIA

ASUNTO

La Sala entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia que el Juzgado 39 Civil del Circuito, el 24 de agosto de 2021, en este proceso.

ANTECEDENTES

1. Con demanda radicada el 17 de abril de 2017¹, reformada con posterioridad², Camilo Ernesto Valencia Chavarro pidió que se declare que el Condominio Bosque Residencial La Reserva P.H. y la Compañía de Vigilancia Centro Empresarial de Seguridad Privada Scanner Ltda., Seguridad Scanner Ltda. -en adelante Scanner- “incurrieron en responsabilidad civil extracontractual, en virtud de los hechos ocurridos el 5 de febrero de 2017, dentro del apartamento 206, de la torre 3 del Condominio... ubicado en la carrera 7 No. 144-02”. Por esta razón, son “civil y solidariamente responsables... del pago de los perjuicios patrimoniales y extra patrimoniales causados”. En

¹ Págs. 752 a la 774, Archivo 01CuadernoPrincipalFls1a1074.

² Pág. 1449, ib.



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

consecuencia, se les condene **(i)** al pago de \$1 289 508 088, por daño emergente consolidado o pasado, suma que reiteró en el juramento estimatorio, y 50 SMLMV por daño moral; **(ii)** a AIG Seguros Colombia S.A. a pagar "hasta el valor máximo asegurado, en virtud de la póliza No 10000821, con vigencia desde el 27 de marzo de 2016 y hasta el mismo día y mes del año 2017, cuyo tomador, asegurado y beneficiario es el Condominio" demandado; y **(iii)** a todos los convocados a la indexación de esos valores y al pago de costas.

2. Para sustentar lo pedido informó que el 3 de febrero de 2014 suscribió cesión del contrato de leasing habitacional No. 113184-6, en calidad de cesionario, respecto del apartamento 206 ET3 TR 3 y dos parqueaderos sencillos, con depósito, y uno doble, identificados con los folios de matrícula inmobiliaria Nos. 50N-20482158, 50N-20482179, 50N-20482217 y 50N-20482180. Desde el año 2014 reside en el inmueble. Los días 3, 4 y 5 de febrero de 2017 estuvo en su casa de campo ubicada en Sopo-Cundinamarca, junto con su familia. El 6 de febrero, Duván Londoño, conductor, y Leonor Ruíz, empleada doméstica, ingresaron al apartamento y notaron "un vidrio roto de la ventana de la zona de lavandería que corresponde a una ventana exterior del apartamento que comunica con un balcón", "destrozos en la parte del closet de la alcoba principal donde se encontraban las joyas y relojes", "la puerta del balcón de la sala abierta", y la "puerta ventana que conduce a un balcón de una de las habitaciones que da a la parte de parqueaderos del edificio". El demandante se comunicó con la Policía Nacional SIJIN que hizo presencia en el lugar, lo interrogó, recolectó elementos materiales probatorios, evidencia y física; él formuló la denuncia ante la Fiscalía en la que "efectuó una relación de los bienes que a primera vista habían sido objeto de hurto" -60 ítems- y en la ampliación hizo "aclaración de las series y consecutivos de algunos relojes" y adicionó otros elementos. Esos bienes los ha comprado en sus viajes fuera del país con el "fin de aumentar la colección que desde



hace varios años había iniciado” y relató hechos relacionados con la existencia de los relojes y joyas.

Comunicó el suceso a la administración del condominio, solicitó copia del contrato con la empresa de seguridad, así mismo, indagó si se habían presentado otros casos de hurto y le respondieron por correo electrónico sobre dos ocurridos previamente, los días 26 y 28 de diciembre, pero la copropiedad “continuó con la ejecución del contrato de servicio de vigilancia en los términos pactados” y no adoptó “ninguna medida... a efectos de evitar una situación similar”. Para el momento de los hechos el condominio tenía vigente un seguro -póliza No. 10000821- con Aseguradora AIG Seguros Colombia S.A. y contrato de prestación de servicios con Scanner, la que a su vez disponía de una póliza con Seguros del Estado. El demandante, por su posición económica y trabajo, contaba con los recursos para la adquisición de los elementos hurtados: relojes, joyas, gafas, billeteras y corbatas.

3. La demanda se admitió el 26 de mayo de 2017, su reforma el 24 de julio del 2018. El Condominio Bosque Residencial La Reserva P.H. la contestó y propuso como defensa la ausencia de legitimación en la causa por pasiva, de prueba del hurto de los elementos que se aseveran estaban en el inmueble y la genérica³. La compañía de vigilancia alegó la inexistencia de responsabilidad, intervención de terceros anónimos, “falta de interés legítimo del demandante para ser titular de la acción indemnizatoria con Scanner por sus joyas y bienes de alto valor presuntamente hurtados, por responsabilidad civil extracontractual” y, por ende, “falta de interés legítimo para ser demandada”, ausencia de nexo causal, límites de la responsabilidad para con la copropiedad, de conformidad con el contrato de vigilancia privada número 245 y la genérica⁴; además,

³ Pág. 848 a la 862 y 1566 a la 1570 Archivo 006C1Folios1A1473.

⁴ Pág.883 a la 943 y 1552 al 1563, Archivo 006C1Folios1A1473.



llamó en garantía a Seguros del Estado S.A., sociedad que se notificó por aviso, pero guardó silencio⁵. AIG Seguros Colombia S.A. propuso el rompimiento del nexo causal, el hecho de un tercero, no encontrar probados los elementos de la responsabilidad civil extracontractual que se endilga a las demandadas, inexistencia y/o sobrestimación de los perjuicios reclamados, los hechos que dan origen al presente proceso se encuentran expresamente excluidos de la cobertura de la Póliza No. 1000821, ausencia de cobertura porque ampara únicamente áreas comunes y no ampara los bienes hurtados, circunscribirse a los términos de su clausulado y no cubrir daños extrapatrimoniales⁶. Todos objetaron el juramento estimatorio.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Después de aludir a los tres elementos de la responsabilidad civil extracontractual, el daño, la culpa y la relación de causalidad, determinó que no podrían endilgársele al Condominio pues ni la Ley 675 del 2001, ni el reglamento de propiedad horizontal, le imponen la obligación de cuidado y custodia de los bienes privados de los copropietarios. Además, la administración fue insistente, con varios avisos, en alertar a los dueños sobre la inseguridad presentada en los edificios. Sobre la empresa de seguridad, consideró que la acción de responsabilidad extracontractual había sido orientada de indebida manera, toda vez que la relación entre los copropietarios y Scanner se rige por los contratos suscritos entre ellos; sin embargo, al interpretar la demanda por vía contractual, el pedimento tampoco podría prosperar porque las convenciones excluyen cualquier reclamación sobre joyas o relojes, como los que fueron hurtados al demandante. Concluyó que no se probó la negligencia a esa sociedad en tanto, previamente al hurto, había designado seguridad adicional; por el contrario, Valencia

⁵ Archivo 01Cdno7LlamadoGarantiaSegurosEstado.

⁶ Pág. 1317 a la 1353, Archivo 01CuadernoPrincipalFls1a1074.



Chavarro no tomó todas las precauciones en la custodia de sus bienes, pues como lo declararon, varios de sus colaboradores tenían llaves y acceso a su apartamento. En punto al daño, determinó que no se encontraba probado ya que de los testigos convocados ninguno pudo dar fe de la existencia de las propiedades hurtadas, ni se tuvo certeza del valor de ellas al momento del agravio.

EL RECURSO DE APELACIÓN

(i) La sentencia debía resolver atendiendo la responsabilidad civil extracontractual alegada porque entre la compañía de vigilancia y el señor Camilo Ernesto Valencia Chavarro no se celebró contrato alguno, como lo exige el principio de congruencia; **(ii)** los empleados de Scanner se quejaban a la administración debido a las diferentes falencias de seguridad que, aparentemente, presentaba el condominio, e incluso que se requería la contratación de más personal, pero aquella siempre tuvo una actitud pasiva; **(iii)** no se demostró que las circulares emitidas para que no se dejaran joyas en los apartamentos las recibió a satisfacción; **(iv)** el hurto se presentó porque el personal de vigilancia permitió el acceso de los maleantes al edificio; se demostró que lo hicieron por la entrada principal, ya que no se había roto la cerca o algún elemento de seguridad. El 5 de febrero de 2017, ingresó por la portería un automotor que permaneció apostado en el área donde se ubica el apartamento del demandante y luego salió en forma intempestiva; **(v)** los empleados del demandante eran de confianza, no aparece ninguna minuta de la vigilancia o información que indique que ellos ingresaron al apartamento el sábado 4 o domingo 5 de febrero de 2017; **(vi)** los perjuicios fueron probados con documentos y un dictamen pericial, que los demandados no lograron refutar en su descripción ni en los valores de los objetos hurtados; **(vii)** se probaron los elementos de la responsabilidad.



CONSIDERACIONES

1. Por no estructurarse una causal de nulidad que invalide lo actuado, la decisión será de fondo; se estudiará si se presentó la incongruencia alegada por el demandante, de acuerdo con los hechos relatados en la demanda y las excepciones debatidas en el proceso para establecer cuál era el tipo de responsabilidad con la que se debe analizar el caso frente a cada uno de los convocados; una vez establecida, se estudiará si se configuró y cómo respecto de las demandadas y se finalizará con la prueba del daño.

2. El artículo 42, numeral 5º del Código General del Proceso prevé el poder-deber del juez de *"interpretar la demanda de manera que permita decidir el fondo del asunto"*, siempre respetando el *"derecho de contradicción y el principio de congruencia"*. Esto quiere decir, no cosa diferente, que la actividad judicial no es rígida, ni mucho menos irrazonada, aunque se encuentre limitada por las pretensiones y las excepciones probadas o alegadas, mediante los hechos que las soportan, conforme lo exige el artículo 281 ib.; con otras palabras, son las partes quienes demarcan los límites del litigio en los que se puede mover el razonamiento del juez en su discreta autonomía para valorar las pruebas del proceso.

Sobre la apreciación del escrito incoativo de la acción, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *"la torpe expresión de las ideas, per se, no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda"*⁷, en tanto, la *"intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también*

⁷ CSJ. Sentencia de 16 de febrero de 1995 expediente 4460. Doctrina reiterada en fallos de 18 de diciembre de 2012 radicación 001769 y de 21 de junio de 2016 (expediente 00043).



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

en los fundamentos de hecho y de derecho”⁸. Así mismo, que “la tarea de interpretar la demanda, además, garantiza caros principios, entre otros, el libre acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal... de modo que el juez debe superar los equívocos en la formulación de la pretensión, para buscar el sentido de lo realmente querido, escrutando desde lo fáctico... con independencia de los yerros de las partes, por cuanto la tarea del juez constitucional no es atarse a formulismos muchas veces vacuos, prescindiendo de auscultar qué es cuanto realmente se halla ventilado y probado para hacer justicia”⁹. Por ello, esa Corporación, siempre “se ha opuesto a criterios restrictivos, por ejemplo, si, **en materia de responsabilidad la víctima demanda equivocadamente bajo la cuerda de la extracontractual, debiendo seguir el curso de la contractual, compete al juez interpretar las circunstancias en causa, para resolver el fondo de la controversia otorgando el derecho de acuerdo a los hechos probados a quien corresponda y no arrojarse en fórmulas estériles para subyugar el derecho material**”¹⁰ (se destaca).

Según el apelante, debía resolverse su acción de acuerdo con la responsabilidad civil extracontractual porque así se admitió la demanda, los convocados no lo discutieron, y de esa manera se fijó el litigio. En la alzada, el recurrente se mantiene en su argumento de haber invocado la acción correcta, toda vez que no celebró contrato con la empresa de seguridad.

Recuérdese que cualquier persona, natural o jurídica, puede estar llamada a indemnizar los perjuicios que ocasione, ya sea por el incumplimiento de una obligación contractual o por la comisión de un hecho delictivo o culposo. Entonces, la diferencia surge por la existencia de un vínculo jurídico previamente establecido entre las

⁸ CSJ. Sentencias de 23 de octubre de 2004 (radicado 7279), de 19 de septiembre de 2009 expediente 00318 y de 17 de octubre de 2014, radicado 5923.

⁹ CSJ. SC 3729 del 5 de octubre del 2020.

¹⁰ Ib.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

partes y, en su ausencia, por la ocurrencia de hecho ilícito o culpable. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que *"la primera tiene por venereo el incumplimiento de una obligación convencional, al paso que la segunda nace con prescindencia de todo vínculo contractual y tiene lugar cuando una persona, con motivo de una conducta ilícita (dolosa o culposa), le irroga daño a otra"*¹¹. Pero, en cualquiera de las dos, resulta indispensable la concurrencia de sus elementos, culpa, daño y nexo causal. Entendida la primera como el hecho que se atribuye al agresor, con el cual contraviene *"el estándar de conducta que le era exigible, resultante de la decisión consciente de desconocerlo o de la negligencia, imprudencia o impericia"*. El segundo, el *"consiste en el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimientos, vida de relación o bienes de especial protección constitucional de la víctima..."*. Y, por último, el nexo causal, como el vínculo entre la culpa y el daño, en virtud del cual aquélla se revela como la causa de aquél¹².

Sobre el tipo de responsabilidad que debía estudiar frente a Scanner, el juez de primer grado cimentó su argumentación en una providencia de este Tribunal donde se afirmó que: *"si los copropietarios son los beneficiarios directos del contrato de vigilancia y, al propio tiempo, son las personas en cuyo favor obró la administración, es claro que aquellos... se encuentran legitimados para elevar una pretensión de responsabilidad contractual contra la empresa de vigilancia, en orden a obtener la reparación de los daños que se les hayan ocasionado como consecuencia del incumplimiento total, defectuoso o tardío de las obligaciones contraídas por aquella"*¹³, pero esto se dijo en la providencia porque, en ese caso específico, *"en la demanda no se expresó de manera concreta el tipo de responsabilidad civil que se*

¹¹ CSJ SC 5170-2018

¹² Sentencia SC282 del 15 feb. 2021 y SC 4455 del 26 de octubre 2021.

¹³ Sentencia proferida el 19 de junio de 2007, Proceso No. 37200300439 01.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

endilgaba a la compañía de vigilancia". Tampoco tuvo en cuenta que ese razonamiento apuntaba a la legitimación que tenía la copropietaria para reclamar la desatención contractual de la empresa de vigilancia, así no hubiera participado directamente del negocio, pues, afirmó que *"aquella no puede ser considerada como un tercero ubicado en la periferia de dicha relación negocial, a la que pudiera oponerse el principio de la relatividad de los contratos, para impedirle formular, al amparo del negocio en cuestión, una pretensión de responsabilidad contractual contra la compañía de vigilancia".* Luego, lo que se afirma en esa decisión es que un copropietario puede demandar la responsabilidad contractual de la empresa de seguridad contratada por la administración que los representa, lo que no impide sostener que, en ciertos y específicos casos, y en atención a los perfiles del sujeto afectado, pueda afirmarse una responsabilidad aquiliana, máxime si se considera que cuando hay duda, ella se debe despejar después del análisis de los hechos propuestos en la demanda y los medios exceptivos de la defensa.

Para imputar responsabilidad a la empresa de vigilancia, el actor alegó: *"la Copropiedad cuenta con cámaras de circuito cerrado de vigilancia para la época de los hechos, proporcionado por la compañía Scanner Ltda., tiene un sistema biométrico de huella al ingreso de cada torre para el personal residente y para el ingreso de los guardas de seguridad asignados a cada torre, quienes deben abrir la puerta de ingreso y dejarlas registradas en los libros correspondientes"* –hecho 56 de la reforma-; *"las medidas de seguridad eran las necesarias a efectos de evitar daños y hurtos en la copropiedad... no se explica... cómo pudo fallar tan alta seguridad"* – hecho 58 ib-; ***"es obvio que la empresa de seguridad y vigilancia al permitir el ingreso y salida de un grupo de delincuentes en forma irregular, es responsable de los hechos... por cuanto no cumplieron con el objeto del contrato, como era prestar***



seguridad en la propiedad horizontal” –hecho 59 ib-. Ante lo cual, esa demandada, entre sus excepciones, afirmó que: *“el demandante no es titular de la acción indemnizatoria para reclamarle... ya que Scanner ha celebrado un contrato de vigilancia individual, privado y específico con la Administración del Condominio... donde están incluidas todas las personas de la comunidad... él... es residente de dicho condominio y por tanto está legitimado para demandar... solo por responsabilidad contractual”*¹⁴.

Y con miras a establecer la imputación endilgada a la Copropiedad, se observa que el demandante no aludió al incumplimiento de obligaciones contractuales pues censuró que, *“pese a los hurtos presentados en la copropiedad, la administración NO tomó ninguna medida a efectos de evitar que presentaran más casos de hurto”*–hecho 47 de la reforma-, *“continuó con la ejecución del contrato de servicio de vigilancia en los términos pactados”* –hecho 48 ibidem-. El Condominio enfiló su defensa alegando, conforme con lo establecido en la Ley 675 de 2001, que *“no existe una obligación genérica de comportamiento... que [lo] obligue a custodiar los bienes que están supuestamente contenidos en las unidades privadas... dentro de la copropiedad”*, lo que no es impedimento para derivarle *“alguna responsabilidad... en tanto y en cuanto se le demuestre negligencia en materia del cumplimiento de la obligación de vigilancia sobre las zonas comunes, que implique la pérdida que ocurra dentro de las zonas privadas”*, escenario en el que estará sometida al *“régimen general de prueba del daño, culpa y nexo causal”*¹⁵.

En esos términos, es claro que el demandante reclamó la responsabilidad extracontractual de la copropiedad, pero la contractual de Scanner por el incumplimiento del servicio de vigilancia, sin

¹⁴ Págs. 1552 al 1563, Archivo 006C1Folios1A1473.

¹⁵ Págs. 1552 al 1563, Archivo 006C1Folios1A1473.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

argumentar, de forma alguna, ni relacionar los hechos por los que le atribuía otro tipo de responsabilidad, asunto que el abogado de Scanner sí puso de presente en la etapa de fijación del litigio¹⁶.

3. Entonces, una adecuada interpretación de la demanda, acogiendo los hechos planteados y el rumbo que tomó el debate, lleva a concluir que el juez debió abordar el asunto por la vía extracontractual con la copropiedad y la contractual frente a Scanner, tal como lo visualizó el Tribunal en la decisión que invocó la sentencia, porque no está en discusión que el servicio de vigilancia y seguridad fue *“celebrado en desarrollo de las funciones de administración que le corresponden a la propiedad horizontal”*, lo que quiere decir que *“obró en interés y para beneficio de los copropietarios del conjunto residencial”*, de allí que *“se encuentran legitimados para elevar una pretensión de responsabilidad contractual contra la empresa de vigilancia”*¹⁷. Por eso, la Sala, para no demeritar el entendimiento de la demanda, estudiará el caso de la compañía Scanner desde esta doble perspectiva.

3.1 En el contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada No. 245, suscrito con el Condominio Bosque Residencial La Reserva P.H. y su OTROSI No. 1, Scanner se comprometió a *“prestar los servicios de vigilancia las 24 horas del día”* -cláusula primera-, *“con personal competente y eficiente”* - séptima-. El contratista nunca asumió obligaciones de resultado, involucrando su objetivo claro, preciso y determinado en las de medio, entendidas como aquellas donde *“el azar o el acaso, es parte constitutiva de su contenido, y el resultado no depende directa y necesariamente de la actuación diligente del deudor”*¹⁸. Esto es relevante porque, conforme

¹⁶ min. 1:09:47 al 1:11:22, Archivo 07CdFolio1034Audiencia3Julio2019.

¹⁷ Sentencia proferida el 19 de junio de 2007, Proceso No. 37200300439 01..

¹⁸ Sentencia SC3847 del 13 de octubre de 2020.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

lo aceptó el propio apelante, aun estudiando la responsabilidad desde el punto de vista contractual, la carga probatoria se traslada al demandante, siendo este *"a quien le incumbe acreditar la negligencia o impericia..."*¹⁹, aspecto que no se demostró.

Nótese que Valencia Chaparro adujo que la responsabilidad de Scanner devino del incumplimiento del contrato porque permitió *"el ingreso y salida de un grupo de delincuentes en forma irregular"*. En su recurso afirmó que *"el personal de vigilancia permitió el acceso... por la entrada principal"* y el 5 de febrero de 2017 a *"un automotor que permanece... donde se ubica el apartamento del señor demandante y luego... salió en forma intempestiva del condominio"*.

En el expediente obró un *"informe de novedad del servicio"*, diligenciado por John Herver Serrano Gutiérrez, supervisor motorizado, que sobre el *"ingreso vehículo sospechoso"* el 5 de febrero de 2017, aseveró: *"siendo las 19 hrs aproximadamente... guardia de monitoreo... me informa la novedad presentada en el conjunto, me traslado inmediatamente para el lugar de los hechos, llegando aproximadamente a las ocho horas... el guardia Ricardo Arrieta manifiesta [que] el vehículo sospechoso Mazda blanco, vidrios polarizados, ingresa sobre las 19:00... y él pensó en el momento que eran los residentes del apartamento 3-206... les abre la talanquera sin ningún problema, argumentando que en el momento estaba atendiendo a persona peatonal visitante y domiciliario... pero al igual se le informó al guarda Gabriel Sánchez, quien según él, también le hizo seguimiento 'en carreras' ... con la linterna alumbró al panorámico, cuando vio una cabeza al volante escondiéndose... procedió a llamar a la Policía del cuadrante... quienes llegaron muy tarde, los sospechosos huyeron por*

¹⁹ Sentencia SC4455-2021 del 26 de octubre de 2021.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

*la salida vehicular dañando la talanquera*²⁰. Parte de esta versión fue ratificada por Carlos Ramírez, jefe de operaciones de Scanner, en punto a que el vehículo ingresó con normalidad, precisando que salió a baja velocidad, doblando la talanquera²¹. Pero que este hecho se haya demostrado, su relación con el hurto denunciado no; es decir, no se recaudó elemento alguno para acreditar que fue ese error, descuido o negligencia, -permitir el ingreso del vehículo sospechoso-, la causa que dio lugar a la pérdida de los objetos en el apartamento del demandante.

Es más, en su declaración Mario Jesús García, jefe de investigaciones de la empresa de vigilancia reiteró esta versión y agregó que, con autorización de dos miembros del Concejo de Administración observaron las grabaciones de seguridad advirtiendo que *“si, efectivamente se observa el carro que va saliendo muy lentamente, el vigilante trata de pararlo, dobla la talanquera y sale... ese carro, lo que logramos ver... es que no dura más de cinco minutos dentro del conjunto”*²². Continuó el testigo, *“el carro ingresa aproximadamente a las 7, detrás de otros vehículos por donde están ingresando los residentes... se cuadra en la parte externa donde está la torre tres, en la cámara no se observa que alguien se baje del carro”*²³ y concluyó: *“el caso del vehículo que sale es un caso totalmente aislado al que se está discutiendo en esta audiencia”*²⁴.

Así las cosas, la culpa que pretende endilgarle el demandante a la empresa de seguridad a partir de la presunta omisión o negligencia de los vigilantes al permitir el ingreso de un automotor externo a la copropiedad, sin autorización de algún residente, no fue probada; además, el propio afectado manifestó que el espacio del

²⁰ Pág. 1208, Archivo 01CuadernoPrincipalFIs1a1074

²¹ Min. 3:23:59 al 3:24:41, Archivo 08CdFolio1060Audiencia08Agosto19Parte1

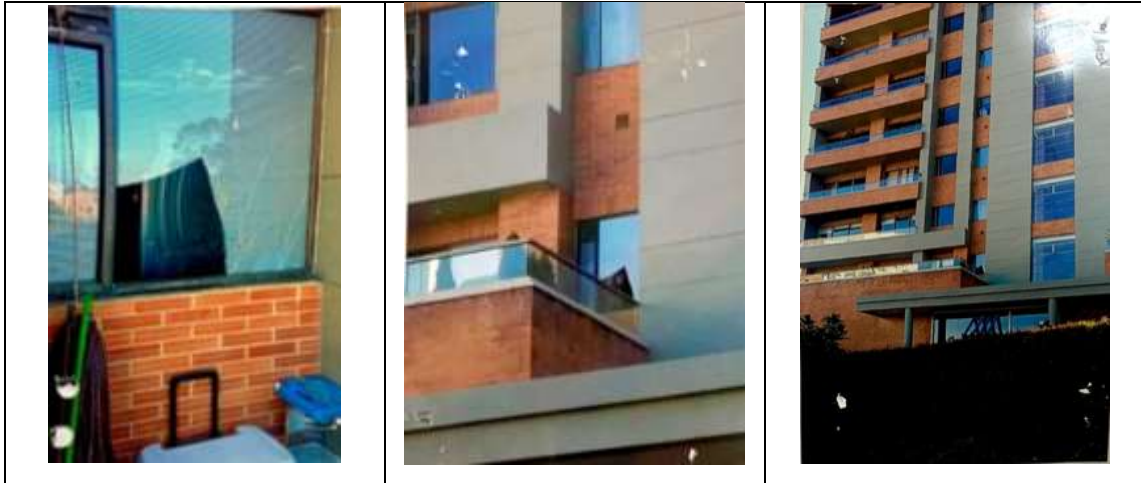
²² Min. 4:14:09 al 4:15:00, Archivo 08CdFolio1060Audiencia08Agosto19Parte1

²³ Min. 4:16:00, Archivo 08CdFolio1060Audiencia08Agosto19Parte1

²⁴ Min. 14:19, Archivo 10CdFolio1182Audiencia11Febrero2021Parte1



apartamento violentado, además del closet, fue “un vidrio roto de la ventana de la zona de lavandería”, pero que es “exterior que comunica con un balcón” (hecho 9), lo que se evidencia del siguiente registro fotográfico:



Entonces, si, aparentemente, el ingreso de los ladrones al apartamento fue por la parte exterior del edificio, no se informó ningún daño en la puerta de acceso al apartamento, los videos de seguridad muestran que el carro sospechoso no permaneció más de cinco minutos dentro del Conjunto, que nadie se bajó de ese vehículo y salió por la entrada doblando la talanquera, que en las fotos no se aprecia que la zona de parqueaderos se encuentre en el mismo costado de la edificación donde aparece la ventana rota, entonces, los dos acontecimientos, el robo y el ingreso del automotor, pierden conexidad arruinando aún más las alegaciones del censor, a partir de las cuales pretende derivar la culpa de la empresa en razón al error de seguridad en día de los hechos, el 5 de febrero.

Aunado a lo anterior, como lo advirtió el *a quo* en su sentencia, ningún reclamo por la vía contractual le cabe a la vigilancia frente al hurto y el daño padecido porque, puntualmente, en el contrato que aportó con la demanda Valencia Chaparro, suscrito el 1 de septiembre de 2015, el parágrafo de la cláusula décimo segunda, pactó:



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

“el contratista no responderá en ningún caso por el extravío o hurto de los siguientes elementos: joyas... dejadas al interior de los apartamentos y de los vehículos y todos aquellos artículos que sean difíciles de detectar. El contratante y cada uno de los copropietarios de las unidades privadas, deberán tomar todas las medidas de seguridad necesarias para la protección de sus bienes dentro de la copropiedad y para el retiro de los mismos, además, deberá tomar todas las precauciones para evitar la sustracción de bienes de su propiedad”²⁵, sin que sea este el proceso para discutir el contenido de esa disposición contractual.

3.2. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que la responsabilidad que concierne a Scanner es extracontractual, también se echaría de menos el elemento de culpa, pues además de no estar probada la negligencia o impericia causante del perjuicio ocasionado al actor, lo que sí se acreditó es que esa demandada mantuvo una conducta constante para tratar de garantizar la seguridad de la copropiedad. Nótese que, en reiteradas oportunidades, recomendó la actualización de los sistemas tecnológicos para complementar y mejorar la labor humana de vigilancia, como instalación de cámaras adicionales al CCTV actual, de una cerca eléctrica o infrarroja perimetral, ingreso con tarjeta o sistema biométrico, ampliar las talanqueras, agregar un vigilante que hiciera recorridos entre las torres. Esto lo evidencian los estudios de seguridad del Conjunto Bosques de La Reserva y su actualización²⁶; carta enviada a la administración el 4 de febrero de 2016, solicitando *“la ampliación de las talanqueras de ingreso y salida del condominio de tal forma que evite que personas atraviesen por los espacios que actualmente hay*

²⁵ Págs. 24, Archivo 01CuadernoPrincipalFls1a1074. Estipulaciones similares aparecen en el contrato que aportó Scanner de febrero de 2008, en las cláusulas décimo segunda y décimo tercera, y en el de julio de 2010. pág. 973, 975, 983 y 985.

²⁶ Págs. 989 a la 1022 y 1051 a la 1000, 1127 a la 1150, Archivo 01CuadernoPrincipalFls1a1074.



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

entre las mismas"²⁷; otra, del 16 de enero del 2017, informando las acciones preventivas agotadas frente los robos ocurridos en noviembre y diciembre del 2016, como fortalecimiento de protocolos de seguridad, cambios de vigilantes, adelantamiento de investigaciones²⁸.

Todas estas actuaciones, están en consonancia con las disposiciones del *"Protocolo de Operación para el Servicio de Vigilancia y Seguridad Privada Prestados en el Sector Residencial, expedido por la Superintendencia de Vigilancia y Seguridad Privada"*²⁹, que impone a las empresas de seguridad la obligación de realizar diagnóstico General con el fin de *"crear un vínculo directo empresa - cliente, y realizar el análisis de seguridad, la evaluación de riesgos, y las necesidades y vulnerabilidades del cliente, que tienen como fin establecer los riesgos a los que se encuentra expuesto el contratante"* -núm. 5.8-; así mismo, se evidencia que su respuesta ante el robo, fue acorde a los parámetros allí previstos, pues al enterarse del suceso acudió a la Policía Nacional, sin poder realizar actuación adicional ante la negativa del demandante de permitir la entrada a la unidad privada violentada, actuación acompañada con el artículo 93 de la Ley 356 de 1994, que consagra: *"la finalidad de los servicios de vigilancia y seguridad privada, en cualquiera de sus modalidades, es la de disminuir y prevenir las amenazas que afecten o puedan afectar la vida, la integridad personal o el tranquilo ejercicio de legítimos derechos sobre los bienes de las personas que reciben su protección..."*.

En conclusión, no puede atribuírsele culpa sea cual sea la arista desde la que se estudie la responsabilidad de Scanner, en tanto no está acreditado ni el incumplimiento de sus obligaciones contractuales para con la copropiedad, ni legales o reglamentarias

²⁷ Pág. 1115, Archivo 01CuadernoPrincipalFls1a1074.

²⁸ Pág. 1215 a 1219, Archivo 01CuadernoPrincipalFls1a1074.

²⁹ Del 24 de julio de 2017 Consultable en <https://www.supervigilancia.gov.co/publicaciones/5563/protocolo-de-operacion-servicios-de-vigilancia-y-seguridad-privada-para-el-sector-residencial/>



como empresa prestadora del servicio de vigilancia y seguridad. Luego, sin culpa no hay tampoco nexo causal.

3.3. Sobre la responsabilidad extracontractual atribuida al Condominio el demandante sustentó sus reclamos en dos hechos particulares: el primero, que “pese a los hurtos”, la Copropiedad no tomó medida alguna “a efectos de evitar que se presentaran más casos” y, segundo, continuar con la ejecución del contrato de servicio de vigilancia en los términos pactados sin adoptar otras para evitar que se repitiera una situación similar.

Para la Sala está probado que, en efecto, la administración del conjunto no asumió una actuación diligente, pero no por haber mantenido el contrato con Scanner después de los robos que se presentaron en noviembre y diciembre de 2016 pues, como se concluyó en precedencia, la empresa de seguridad estaba respondiendo de acuerdo con su contrato y realizando una actividad diligente de vigilancia acorde con los protocolos de la Superintendencia de Vigilancia y la reglamentación aplicable; por lo mismo, no puede achacársele a los órganos de dirección del Condominio por el hecho de no haber finalizado de inmediato esa relación contractual.

La conducta omisiva podría derivar de no haber acatado recomendaciones que le hizo Scanner, desde por lo menos el año 2015, y para agosto de 2016 no atender la de instalación de cerca eléctrica o infrarroja perimetral que “*permita detectar intrusiones de la parte posterior del condominio, por la cercanía que se tiene con el vecindario colindante, en especial Bosques de la Cañada, en donde el tránsito es libre y totalmente incontrolado por ser vía pública*”³⁰. Esta sería la infracción al deber de cuidado de la administración, pues contratada

³⁰ Pág. 1144, Archivo 01CuadernoPrincipalFIs1a1074.



una empresa para velar por la seguridad de los copropietarios, no atendió las sugerencias que le hacía con ese propósito.

No obstante, es la relación de causalidad la que se echa de menos porque no quedó acreditado en el curso del proceso cómo este actuar omisivo pudo ser la causa eficiente del despojo de los bienes del demandante y su daño consecuencial reclamado, conforme pasa a explicarse.

Primero, no se estableció la forma como se produjo el acto, porque el señor Valencia no dejó inspeccionar el sitio por los demandados, ni aún después de la intervención de las autoridades, para poder determinar la vía de ingreso al apartamento, el mecanismo de acceso y de escape, que permitieran elaborar una hipótesis del hecho y sus posibles causas. Segundo, el perfil del hurto, pues teniendo en cuenta que solo fueron hurtados los bienes de la colección que había logrado el demandado en sus distintos viajes, como lo afirmó en la demanda (joyas y relojes, gafas, billeteras y corbatas), sin que ningún otro objeto de valor, que hubiere en el lugar, se reportara desaparecido. Tercero, en la denuncia informó que “al momento de salir del apartamento dejó puertas y ventanas aseguradas”, pero el viernes anterior al hurto, lo “cerró la empleada HILDA y el señor escolta de mi esposa”³¹, que el inmueble cuenta con muchos sistemas como “chapas de seguridad en el acceso principal, tiene vidrios con película de seguridad, alarma sonora, interna y externa, sensores de movimiento, pero no está conectada a una central, llega una alarma al celular de mi esposa a una aplicación donde le informan la activación y desactivación de la misma”³², sin que informara que fueron vulnerados, salvo la ruptura del vidrio y la puerta del closet, donde se encontraban las joyas, como informó en la ampliación que hizo en la Fiscalía, aunque observó

³¹ Pág. 82, ib.

³² Pág. 85, ib.



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

que el “modem principal de la alarma del apartamento estaba encima del sofá de la sala de televisión desconectado, al igual que el cable de poder”³³. Cuarto, que su propia versión a los entes de investigación, de alguna manera, dio lugar a que se entendiera que quienes los hurtaron, tenían noción de los objetos específicos de valor que poseía el demandante y, probablemente, del lugar donde las guardaba, al punto que fue objeto de pregunta por el funcionario investigador si sospechaba de alguien, a lo que contestó que había personas que conocían “la ubicación de las joyas al interior del apartamento”³⁴, evidenciándose una falla de seguridad del propio demandante que lo dejó expuesto al riesgo de pérdida de sus bienes, de alta estimación económica y sentimental -razón para reclamar no solo el daño material sino también el moral-, al mantener tantos elementos de valor sin mayores medidas de seguridad o protección. Hasta aquí está claro que existen varias circunstancias ajenas a cualquier actuación u omisión de la administración de la copropiedad que pudiera ser la causa del daño.

Entonces, no se acreditó que el hurto fuera producto de fallas en el sistema de seguridad, provocadas por falta de implementación de las sugeridas por la empresa, o si se debió a la imprudencia del mismo Valencia Chavarro.

4. Ahora, lo dicho hasta el momento sería suficiente para relevarse del estudiar el reparo específico del daño, pues sin conducta lesiva ni nexos causal no hay forma de derivar responsabilidad. Pero la particular cuantía de los bienes perdidos y el énfasis que en la prueba de su valor alegó el apelante amerita alguna consideración.

La Sala quiere resaltar que no se puede dudar que al actor les fueron sustraídos objetos significativos económicamente en un

³³ Pág. 90, ib.

³⁴ Pág. 92, ib



hurto, materializado en la pérdida de joyas, relojes y otros haberes; que demostró tener un patrimonio declarado como para haberlos adquirido. También que hizo un esfuerzo probatorio reconocible para establecer su existencia como su posible valor, pero que no fueron lo suficientemente demostrativos del daño, y en esto se debe coincidir con el fallador, pues aparte de algunas facturas presentadas a nombre del demandante, poco descriptivas de los artículos comprados y no muy representativas en valor³⁵ respecto del monto informado en la pretensión, los otros documentos corresponden a cotizaciones³⁶, o facturas sin el nombre del comprador³⁷ y evidencias fotográficas, algunas de las cuales tienen la mención de haber sido obtenidas de internet, por lo que no acreditan el tipo de objeto que realmente podría ser de propiedad del actor, porque son imágenes de exhibición o publicitarias. Las ratificaciones que hicieron los testigos de sus declaraciones extra procesales no fueron del todo consistentes³⁸, develando, por lo demás, que fue el propio demandante quien elaboró la relación de los objetos incluidos allí, sin que ninguno de los declarantes los conociera o recordaba en su totalidad. El mejor ejemplo fue Felipe Solano Castañeda, quien manifestó que “conocí uno que otro de sus relojes... o joyas de la señora”³⁹, ante lo cual el juez lo cuestionó por la falta de concordancia con su versión extra juicio, que contiene una lista detallada, a lo cual aclaró que “muchos... pero enumerarlos es muy difícil”⁴⁰, y después, si la lista la hizo el demandado, respondió: “se hizo una lista y él la revisó con su señora”⁴¹. También fue insuficiente la experticia adosada para valorarlos, pues dijo que al prepararla “presumió la propiedad a partir de la denuncia” que formuló el señor Valencia, tomó como fuente las facturas que él le entregó y

³⁵ Págs. 141, 143, 144, 145, 156, 158, ib.

³⁶ Págs. 146, ib.

³⁷ Págs., 147, ib.

³⁸ Las declaraciones están desde las Pág. 93 en adelante, 01CuadernoPrincipalFls1a1074

³⁹ Min. 2:26:40, Archivo 07CdFolio1034Audiencia3Julio2019.

⁴⁰ Min. 3:02:36, ib.

⁴¹ Min. 3:05:42, ib.



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

las fotografías “para dictaminar el valor de los artículos de los que no se me aportó factura alguna”. Además, tuvo en “cuenta únicamente el valor actual en el mercado” obteniéndolo de consultas en páginas de internet⁴², cuyas imágenes incluyó en su experticia; luego, buena parte de su concepto no se soportó en los documentos que acreditaran la compra o propiedad de los objetos, ni hizo un razonamiento sobre las condiciones que tendría que analizar para establecer el valor porque se limitó a buscar el precio a nuevo que tendría el bien (joya, reloj, corbata o billetera) si fuera adquirido en el comercio hoy, por lo cual la perito estuvo cuestionada insistentemente por la parte demandada al no ser experta en joyería, ni tener experiencia en este tipo de informes, pues así lo expresó en su documento.

En conclusión, los reparos del demandante no pueden prosperar, lo que implica que la sentencia de primer grado será confirmada, condenando en costas al recurrente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **RESUELVE CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado 39 Civil del Circuito, el 24 de agosto de 2021.

Se condena en costas al demandante y se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,

⁴² Págs. 553 y 555, archivo 01CuadernoPrincipalFls1a1074



Firmado Por:

Ricardo Acosta Buitrago

Magistrado

Sala Civil Despacho 015 Civil

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

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

Tribunal Superior De 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:

**291ec204ad6c6429efdccf432ea76050cecd44edd3c97c4a0506
7a49ca861fb0**

Documento generado en 06/04/2022 03:37:38 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 DE
BOGOTÁ
SALA CIVIL**

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022).

RAD. 110013199 002 2021 00273 01

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto emitido el 26 de noviembre de 2021, proferido por la Superintendencia de Sociedades en el proceso verbal promovido por Berta Cecilia Rueda Bossa contra Inversiones Orjuela Quintero Ltda.

ANTECEDENTES

1. La demanda propuso excepciones previas, entre las que planteó la de “*cláusula compromisoria*”¹ con fundamento en el artículo 43 de los estatutos de la sociedad; luego, la pretensión de nulidad aquí planteada no puede ser conocida por la Superintendencia de Sociedades.

¹ Cuaderno principal, archivo 24 del Expediente digital.

2. El *a quo* resolvió acogiendo ese medio exceptivo; en consecuencia, dispuso la terminación del proceso, y se abstuvo de imponer condena en costas.

Para decidir así consideró que se pretende la declaratoria de nulidad absoluta de las decisiones adoptadas por la Junta de Socios de Orjuela Quintero Ltda. y, en particular, se debate la aprobación del informe de gestión preparado por el representante legal, así como la de los estados financieros correspondientes al ejercicio del año 2020; luego, el conflicto societario se habría generado en la ejecución del contrato social. En tales condiciones, la cláusula compromisoria comprende el objeto de este proceso.²

3. La demandante formuló recursos de reposición y apelación, que sustentó así:

a) Jurisprudencialmente se ha establecido que la cláusula compromisoria es un negocio jurídico autónomo y privado, por lo que *“no puede predicarse que su reforma o extinción respecto del contrato social pueda surtirse respecto de una mayoría social, sino que, por el contrario, se requiere para tal propósito de la voluntad unánime de las partes que lo celebraron o adhirieron”*.

b) La Corte Constitucional ha reconocido el principio de *“habilitación voluntaria de la justicia arbitral”*, con fundamento en el artículo 116 de la Carta Magna, en cuyo desarrollo la

² Archivo 27 ibidem.

doctrina especializada sostiene que la inclusión, modificación o supresión de una cláusula compromisoria en la escritura pública de constitución de una sociedad requiere en todos los casos el consentimiento unánime de los sujetos interesados en acudir a la justicia arbitral; no obstante, en el presente caso no reposa elemento de juicio alguno que demuestre que la demandante consintió en forma autónoma, expresa y libre esa estipulación³.

3. La reposición fue decidida de modo desfavorable a la parte impugnante, y se concedió el recurso de apelación.⁴

CONSIDERACIONES

1. El compromiso y la cláusula compromisoria como excepciones previas. El artículo 100 del C.G.P. consagra de forma taxativa las excepciones previas que podrán ser propuestas por el demandado dentro del término de traslado de la demanda. El numeral 2 del referido precepto consagra el compromiso (cuando ya existe la disputa jurídica o aparece latente) y la cláusula compromisoria (si el pacto es anterior al surgimiento del conflicto), en cuya virtud las partes acuerdan sustraer un específico asunto del conocimiento de los jueces ordinarios, para someterlo a un tribunal de arbitramento.

Centrados en la cláusula compromisoria, de la cual se trata en este caso, no se discute que tenga entidad suficiente

³ Archivo 03 del Expediente digital del Tribunal

⁴ Archivo 33 ibidem.

para constituir objeto propio del correspondiente contrato; por lo mismo, tiene autonomía y entidad que le reconoce la ley de modo expreso. Así está previsto en el canon 5° de la Ley 1563 de 2012; pero no se puede ignorar lo dispuesto en el segundo inciso de tal preceptiva. En efecto, el texto literal de todo el precepto es el siguiente:

“ARTÍCULO 5o. AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA. La inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato no afecta la cláusula compromisoria. En consecuencia, podrán someterse a arbitraje las controversias en las que se debata la existencia, eficacia o validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea inexistente, ineficaz o inválido.

La cesión de un contrato que contenga pacto arbitral, comporta la cesión de la cláusula compromisoria.”

(Subrayas extra texto).

En este preciso aspecto de los efectos del pacto arbitral en los casos en los que se presentan transferencias de derechos, o hay sucesiones de partes, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dijo recientemente que: *«si bien la cláusula compromisoria se adoptó en los estatutos de la sociedad en vigencia del artículo 194 del Código de Comercio, este último es una norma procesal y, por tanto, no resulta aplicable al pacto arbitral a voces del canon 38 de la Ley 153 de 1887, pues dicha normatividad, además de haber sido derogada, se trata de una*

prescripción adjetiva, sujeta al principio de aplicación inmediata de la ley»⁵.

Y, con respecto al denominado principio de habilitación arbitral, invocado por el impugnante aquí, esa Corporación también explicó que *«la causahabencia es un principio que se sobrepone a la habilitación especial que un sector de la Doctrina reclama frente a la cláusula arbitral para exigir en forma expresa la adhesión de todos los cesionarios a ella. En consecuencia, no se requiere que el accionista hereditario pacte una cláusula compromisoria que ya su causante había aceptado al momento de la celebración del contrato»*.⁶

Por otro lado, la Sala de Casación Civil también ha dicho con toda claridad que *«(...) los herederos representan la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Ellos reciben el patrimonio de su autor, en la situación que tenía en el momento de morir éste, y, por lo tanto, los vinculan activa y pasivamente los contratos en que éste intervino, como si hubiesen estado representados en ellos por aquél, y esos contratos les empecen o benefician de igual modo que a éste, salvo que se trate de derechos inherentes a la persona del mismo o cuyo ejercicio le sea estrictamente personal e intransmisible»*. (G.J., t. CXIX, pág. 198.).

2. El caso *sub iudice*. Con sujeción a los reproches que puntualmente ha formulado la impugnante – porque así lo

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, STC11746-2020, 16 de dic. De 2020.

⁶ STC 1779-2016, 15, feb. De 2016, reiterada en STC1857-2016 y STC2511-2016.

impera el canon 328 del C. G. P. – y teniendo como referentes de soporte los reseñados en precedencia, se advierte de una vez que habrá de confirmarse la decisión de primer grado. Es así por las siguientes razones:

(i) En el certificado de existencia y representación legal de la demandada Inversiones Orjuela Quintero Ltda. consta que *“por Escritura Pública 1221 de la Notaría 2 de Chía (Cundinamarca), del 31 de mayo de 2018, inscrita el 19 de diciembre de 2018, bajo el no. 02406849 del libro IX, en la sucesión de Orjuela Pardo Jhony Alonso se adjudicaron las cuotas sociales que poseía en la sociedad de la referencia a favor de Rueda Bossa Berta Cecilia”*.

Así que la calidad de socia de la demandante deriva de la transferencia de cuotas sociales que se le hizo en el proceso de sucesión del causante Jhony Alonso Orjuela Pardo (artículos 673 y 1008 del C.C.), quien fue uno de los otorgantes del documento de constitución de la sociedad Inversiones Orjuela Quintero Ltda., como lo demuestra la escritura pública n° 1211 de 23 de octubre de 2007. En el artículo 43 de los estatutos del referido ente societario, se pactó la cláusula compromisoria en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 43. Toda diferencia o controversia relativa a este contrato y a su ejecución y liquidación se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por la Cámara de Comercio de Bogotá (...)”⁷.

⁷ Folio 53, Archivo 23 Anexo AAA del Expediente digital

En este orden de ideas, es claro que la demandante tiene la titularidad de las acciones sociales en las mismas condiciones del causante de quien las heredó; luego, la cláusula compromisoria establecida en aquellos estatutos con los cuales fue constituida la referida sociedad, sí la vincula también a ella, por ser la causahabiente del socio fallecido.

Ciertamente hay libertad y autonomía para decidir si se pacta o no una cláusula compromisoria; y no es admisible que sea incluida esta en un determinado negocio jurídico sin el consentimiento de los contratantes. Pero, por otro lado, cuando ya se ha incluido ese pacto, y en el mismo se presenta una sustitución o sucesión de partes contratantes, no es tampoco admisible – como aquí se pretende – negarle toda eficacia legal a la misma, por no contener el consentimiento declarado de modo expreso y aparte por quien se vincula a la relación jurídica sustancial después de haber sido acordada entre otras personas. Quien implicaría una total inseguridad jurídica porque nunca tendrían cabal eficacia las cláusulas pactadas en los contratos, por el cambio de algunos de los contratantes.

3. Conclusión. Se habrá de confirmar la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción previa de cláusula compromisoria.

LA DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE:

PRIMERO: Se Confirma lo decidido en auto de 26 de noviembre de 2021, proferido por la Superintendencia de Sociedades, en el proceso verbal promovido por Berta Cecilia Rueda Bossa contra Inversiones Orjuela Quintero Ltda.

SEGUNDO: Se condena en costas en esta actuación a la impugnante Berta Cecilia Rueda Bossa a favor de Inversiones Orjuela Quintero Ltda. Como agencias en derecho se fija la suma de \$1.000.000. Hágase la liquidación en la oportunidad y forma que ordena el canon 366 del C.G.P.

TERCERO: En la oportunidad correspondiente, devuélvanse las diligencias a la oficina 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:

68c088e7f325f28368294d510ba34ad72e9df6b13c37f049
27d6b9606ac75f42

Documento generado en 06/04/2022 04:09:02 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 SEXTA CIVIL DE DECISIÓN

Magistrado Ponente
OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

Bogotá D. C., seis de abril de dos mil veintidós
(aprobado en sala virtual ordinaria de 6 de abril de 2022)

11001 3103 039 2016 00010 05

Se decide la apelación que interpuso Termotécnica Coindustrial S.A.S. contra la sentencia que el 28 de junio de 2021 profirió el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso verbal que promueve la impugnante contra Occidental Andina LLC.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA REFORMADA. En su condición de contratista, en el negocio jurídico de “ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexión y despacho e ingeniería de detalle y construcción de sistemas contraincendios en el campo La Cira-Infantas” N° CLCI-0287 de 6 de agosto de 2012, y con soporte muy marcado en la acción que recoge el artículo 868 del Código de Comercio, sobre lo cual a espacio ilustró en el acápite de fundamentos de derecho” reclamó la demandante, quien atribuyó, también, a su contraparte, comportamientos ajenos al deber de la buena fe contractual y los que tienen las contratantes cuando se está ante un grave desequilibrio contractual sobreviniente lo siguiente:

(i) que se declare que en la ejecución del referido negocio jurídico sufrió un desequilibrio contractual “producto de las circunstancias en que debió ejecutar el contrato y/o el acaecimiento de situaciones imprevisibles presentadas durante la ejecución”; (ii) que se declare que la opositora (contratante) es responsable “frente al reconocimiento y pago de los mayores costos en que tuvo que incurrir”; (iii) que, en consecuencia, se declare que la demandada debe asumir el pago de los perjuicios económicos sufridos por la actora; (iv) que se declare la nulidad del numeral 3.4 de la cláusula tercera del contrato, por ser manifiestamente abusiva para el contratista y (v) que se declare a la contratista a paz y salvo, por todo concepto respectos de sus obligaciones contractuales.

Como pretensiones de condena, reclamó la contratista que se condene a la opositora al pago de “los sobrecostos” en que tuvo que incurrir, los que estimó en \$9.468’564.550, con sus intereses corrientes y moratorios de esa cifra capital y las costas del proceso.

Relató la parte actora que el prenombrado negocio jurídico tuvo sus inicios el 6 de agosto de 2012, por un precio inicial de \$11.701’490.999; que se suscribieron 7 otrosíes; que el negocio jurídico fue cumplido a satisfacción por la contratista y que terminó el 27 diciembre de 2013 y 31 de enero de 2014, según consta en las respectivas actas.

Destacó que durante la ejecución del contrato se generaron circunstancias imprevisibles que ameritaron una mayor permanencia del contratista en la obra y una alteración de los gastos y costos, que se pueden resumir así: (a) “modificación de la contratante de la jornada diaria laboral por acuerdo con la Unión Sindical Obrera”; (b) “emisión tardía de los permisos diarios de trabajo por parte de Occidental Andina”; (c) “las vías de hecho iniciadas por los trabajadores sindicalizados de la USO y la comunidad aledaña al campo La Cira Infantas”; (d) “fuga de sulfuro de hidrógeno, responsabilidad única y exclusiva de la entidad contratante”; (e) “entrega tardía de la definición de la ingeniería de las plataformas, zona de tanques del sistema contra incendios”; (f) “directrices e instrucciones de Oxyandina en el señalamiento del personal que debía contratarse para la ejecución del contrato” y (g) el no pago de gastos reembolsable por suministro de transporte que asciende a \$1.231’200.676.

Añadió que, en ejercicio de su posición dominante, la hoy demandada redactó el documento que recoge las obligaciones contractuales, tanto que “hacen adherir al contratista a las diversas políticas de la empresa contratante” y que la cláusulas que se tornan abusivas *-verbi gratia*, la contenida en el numeral 3.4 del canon tercero-, implica una “renuncia” de la contratista a solicitar “las respectivas indemnizaciones”, por lo que “no podrán ser aplicables como excusa o fundamento para no reconocer todo aquello a lo que mi mandante tiene derecho” (fl. 528 y siguientes).

2. LA CONTESTACIÓN. La opositora excepcionó (i) “*venire contra factum proprium non valet*. No es posible para la parte demandante ir en contra de su propia voluntad pactada a través del contrato CLCI 0287 y siete (7) otrosíes”; (ii) “no hay lugar a la declaración de la teoría de la imprevisión puesto que el contrato ya no se encontraba en ejecución al momento de la demanda”; (iii) “Oxyandina y Termotécnica acordaron prórrogas de los plazos y modificación

de las tarifas”; y (iv) “Pago. Oxyandina pagó todo lo que debía a Termotécnica. No es posible hacer un doble pago a título de daño emergente y lucro cesante como lo pide la parte demandante”.

Finalmente objetó el juramento estimatorio, tras considerarlo exorbitante y fuera de la realidad.

3. EL FALLO IMPUGNADO. La juez *a quo* denegó todas las pretensiones que impetró la parte actora.

Sostuvo, con soporte en el artículo 868 del Código de Comercio, que “lo que refiere a la ocurrencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles ajenas al afectado que variaran significativamente las condiciones económicas del contrato, generadas con posterioridad a la celebración del contrato y antes de su terminación, tal exigencia no concurre como presupuesto de la acción, puesto que para el momento en que se radicó la demanda el contrato ya se encontraba terminado”.

Agregó que “no es factible sostener que la sociedad demandada impuso las condiciones y términos del contrato objeto del litigio a la empresa demandante, específicamente en lo que atañe a la fijación de las tarifas establecidas en el aparte contractual del que se pide su anulación”; que “no se puede tener por cierto que la sociedad demandante no tuvo la oportunidad de discutir la estipulación contractual tildada como abusiva o que la sociedad demandada le impuso esas condiciones sin mediar acuerdo, de manera tajante, arbitraria o caprichosa” y que “las adiciones al contrato permiten evidenciar que los términos, alcances y la ejecución de lo pactado fue objeto de un debate previo hasta el punto de aceptarse modificaciones al valor de la oferta inicial”.

Por lo mismo, la juez de primera instancia consideró inocuo entrar a dilucidar si se acreditó la causación de los perjuicios que la demandante dijo haber recibido.

4. LA APELACIÓN. La parte inconforme esgrimió los siguientes reparos: (a) “falta de congruencia entre las pretensiones de la demanda, las consideraciones de la sentencia y las decisiones de dicha providencia”; (b) “inexistencia, falta y/o ausencia de análisis de los fundamentos jurídicos invocados en la demanda, principalmente, pero sin limitarse a los de responsabilidad contractual, buena fe contractual, deberes de corrección y lealtad negocial”; (c) “inexistencia, ausencia y/o falta de análisis de las

circunstancias y/o hechos que generaron el desequilibrio y la responsabilidad contractual a la luz de pruebas arrimadas al proceso las que tampoco fueron apreciadas en su totalidad por la jueza de primera instancia”; (d) “falta y/o ausencia de análisis del peritaje contable y falta ausencia y/o deficiente análisis de las demás pruebas recaudadas en el curso del proceso”; (e) “la sentencia de primera instancia omitió pronunciarse y/o realizar un análisis de la responsabilidad contractual a partir de la culpa del contratante, el principio de la buena fe, abuso de la posición y otros principios”; (f) “se omitió realizar un análisis acerca de las principales características de los contratos en virtud del principio de conmutatividad el cual debe estar presente en todos los contratos y que se quebró con la alteración y/o desequilibrio de las prestaciones ejecutadas”; (g) “cláusulas abusivas – no se analizó la prueba en el expediente, ni la cláusula de cual se depreca su nulidad a la luz del principio de la buena fe contractual y la posición dominante del contratante”; (h) “ausencia y/o falta de pronunciamiento sobre la tacha formulada al perito técnico presentado por Oxy” e (i) “no es posible concluir que no se logró probar la responsabilidad contractual atribuida a la demandada cuando no se hace el análisis ni la valoración de las pruebas arrimadas al proceso, ni el estudio de los fundamentos facticos y jurídicos que hacen parte de la demanda”.

5. LA RÉPLICA. La parte opositora sostuvo (i) que “la teoría de la imprevisión solo le es aplicable a contratos vigentes”; (ii) que “la demandante sí alegó el desequilibrio contractual, teniendo en cuenta que en la primera pretensión solicita que se declare que sufrió un desequilibrio contractual por la ejecución del contrato en situaciones imprevisibles” y que “aún si no hubiese invocado el artículo 868 del Código de Comercio, el juez bajo el principio *iura novit curia*, tiene la potestad de ajustar el derecho aplicable a la controversia”; (iii) “el contrato fue celebrado de manera libre y voluntaria por las partes, en su negociación, elaboración y celebración participaron tanto Termotécnica como SierraCol, y durante la ejecución del mismo se elaboraron acuerdos adicionales que denotan que no es un contrato de adhesión y que no contiene ninguna cláusula abusiva” y que “la totalidad de las pretensiones deben ser desestimadas, teniendo en cuenta que Termotécnica no logró probar que aquellas situaciones que fueron descritas como imprevisibles realmente lo fueren, ya que todas y cada una de ellas eran conocidas por la demandante o, incluso, le eran atribuibles”.

CONSIDERACIONES

1. Se constata la concurrencia de los presupuestos procesales y la ausencia de anomalías que impidan desatar de fondo la resumida apelación.

Precisado lo anterior, la Sala anuncia que confirmará la sentencia de primera instancia por no encontrar de recibo las argumentaciones que esgrimió la apelante (contratista) al plantear sus reparos ante la juez *a quo* y que sustentó a plenitud en la oportunidad prevista en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, y con los que reclama que -como fallador *ad quem*- este Tribunal declare contractualmente responsable a la opositora (contratante) por los mayores costos en que la contratista tuvo que incurrir por el advenimiento de situaciones imprevisibles.

Como tales, la inconforme refirió la reducción de la jornada de trabajo; problemas de orden público; demora en autorizaciones de órdenes de trabajo; y fuga de sulfuro de hidrógeno, los cuales, en su sentir, condujeron a que se generara una mayor permanencia del contratista en la obra y una alteración de los gastos y costos durante la ejecución del contrato de “ingeniería de detalle y construcción de los sistemas de interconexión y despacho e ingeniería de detalle y construcción de sistemas contraincendios en el campo La Cira-Infantas” N° CLCI-0287 de 6 de agosto de 2012 y sus otrosíes.

2. Para despachar la alzada, el Tribunal se ocupará, primero, de las pretensiones que contienen la reclamación directa de la indemnización por los mayores costos en que habría tenido que incurrir la contratista y, destinará acápite a la pretensión restante, encaminado a resolver la implorada declaración de nulidad sustancial de que trata el numeral 3.4¹ de la cláusula tercera del contrato de obra que celebraron los extremos de este litigio.

2.1. Sobre el primer grupo de pretensiones (la 1^a, 2^a, 3^a, 5^a y las de condena) que son la mayoría de las interpuestas por la parte actora, en últimas, y según se registró en los antecedentes de esta providencia, la apelante le atribuye a la juez *a quo* crudo desconocimiento del principio de congruencia, en tanto que desató el asunto puesto a su consideración como si se tratara de un litigio con soporte en la acción de revisión contractual que gobierna el artículo 868 del Código de Comercio y no bajo los derroteros de “responsabilidad contractual, buena fe contractual, deberes de corrección y lealtad negocial” que fue sobre lo que, en definitiva, así lo dijo la inconforme, habría versado la demanda indemnizatoria.

Si se miran bien las cosas, y contrario a lo que en forma reiterada sostiene la parte actora, los hechos y pretensiones puestos a consideración de la jurisdicción

¹ 3.4 Las partes dejan expresa constancia de que la(s) tarifa(s) convenida(s) será(n) la única retribución que le corresponderá al CONTRATISTA por los servicios prestados a OXY en cumplimiento del presente CONTRATO U ORDEN y se mantendrá fija e invariable mientras dure la vigencia del mismo”.

se enmarcan plenamente en el supuesto de hecho que prevé el artículo 868 del Código de Comercio, norma sobre a la que a espacio se ilustró en el acápite de “fundamentos de derecho”.

Los hechos de la demanda, y en particular su pretensión primera, ponen en evidencia que el querer de la parte actora sí era la de exponer circunstancias “imprevistas o imprevisibles” que condujeron a la causación de unos mayores costos que alteraron las prestaciones a cargo de la contratista. En efecto, entre los fundamentos fácticos del libelo incoativo se narró que el desequilibrio contractual estaría dado por la modificación de la jornada de trabajo como consecuencia de acuerdos que pactó la parte contratante con la Unión Sindical Obrera; problemas de orden público; demora en autorizaciones de órdenes de trabajo; fuga de sulfuro de hidrógeno; entre otros, circunstancias que aumentaron el tiempo de ejecución de la obra y que, en su momento, se comunicaron a la contratante, todo con anterioridad a la elaboración de las actas de terminación del negocio jurídico de 27 diciembre de 2013 y 31 de enero de 2014.

Así las cosas, no cabe tildar de incongruente el fallo de primera instancia, máxime que en los fundamentos de derecho del escrito inicial se invocó específicamente el artículo 868 del Código de Comercio, oportunidad en la cual la demandante ilustró de manera prolija sobre las razones por las por las cuales había lugar a compensar el desequilibrio, e incluso trajo a cuento la doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que fue la que apalancó el fallo de primer grado –sentencia de casación de 23 de mayo de 1938- (fls. 520 y siguientes del cuaderno principal).

La norma sustancial tantas veces aludida prevé que “**cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión**” (inciso primero); que “el juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato” (inciso segundo) y que “esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea” (inciso tercero).

Visto entonces que -salvo la pretensión iv) a la que el Tribunal destinará el acápite siguiente (2.2), la demanda sí se enmarcó en el supuesto de hecho que regula el artículo 868 del Código de Comercio y como quiera que el contrato de obra

se había finiquitado con anterioridad a la formulación de la misma, entonces no era procedente la revisión contractual regulada en la norma en cita.

Además, ello es muy importante, de acuerdo con lo que se relató en la demanda, todos los hechos imprevisibles que ocasionaron los mayores gastos de la contratista fueron conocidos por esta durante la ejecución del contrato, nada de lo cual mereció que se iniciara este litigio antes de la terminación del negocio jurídico, como era de esperarse.

Sobre el particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que “A contrariedad, la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (*laesio superveniens*) por circunstancias posteriores, distantia temporis después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (*qui habent tractum successivum*). Bien se advierte del *factum normativo*, que la revisión versa sobre ‘la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes’, esto es, no cumplida ni extinguida. **La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado.** Distinto es que, para establecer la onerosidad de la prestación de futuro cumplimiento, deba valorarse completo, pleno e íntegro el contrato y en su conjunto prestacional, tanto cuanto más que, lo excesivo o el desequilibrio prestacional no deriva de una prestación aislada, sino del complejo tejido contractual, según la prudente, juiciosa o razonable ponderación por el juzgador del marco fáctico de circunstancias concreto y los elementos de convicción, atendiendo la equidad y justicia. **La revisión por imprevisión, es inadmisibile si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, lo cual salvo protesta, reserva o acto contrario, denota aceptación, tolerancia o modificación por conducta concluyente de la parte afectada.** Aún, satisfecha con reserva o protesta, al extinguirse definitivamente, clara es su improcedencia, por versar sobre la prestación cuyo cumplimiento posterior sobreviene oneroso en exceso, y predicarse de la relación vigente ad futurum. Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, en oportunidades, la revisión para corregir el desequilibrio, o en su caso, terminar el contrato, se frustra ante el cumplimiento o la terminación del contrato, en tanto obligada la parte a cumplir, el cumplimiento extingue la prestación, y extinguida por sustracción de materia, resulta entonces impertinente la revisión bajo la regla consagrada en el artículo 868 del Código de Comercio, juzga la Sala que reclamada

la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual” y que **“por consiguiente, ejecutado, terminado o concluido el contrato y extinguida por su cumplimiento la prestación, nada hay por revisar para reajustar, restablecer o terminar**. Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que ya no existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de ‘excesiva onerosidad’, no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico” (Sala de Casación Civil, sentencia de 21 de febrero de 2012, M.P. William Namén Vargas, R. 11001-3103-040-2006-00537-01).

Entonces, quedan sin piso todos los reparos con los que se insistió que la juez de primer grado faltó al principio de congruencia y que habría desconocido lo pedido por la parte demandante.

Al punto, es preciso recordar que autorizada doctrina ha destacado que la demanda “es el acto básico del proceso, no sólo porque lo incoa materialmente, sino porque **constituye su fundamento jurídico**”, y, además, porque **“la demanda circunscribe las cuestiones de una litis que entran en el proceso, o sea que delimita la pretensión y fija sus alcances”**². Con esa misma orientación, la Corte Suprema de Justicia, en fallo de casación civil del 24 de septiembre de 2004 (exp. 7491) precisó que “el juez no puede invadir los dominios del demandante para poner en ella lo que éste no planteó, pues con tal proceder el Juez desplaza a la parte en su actividad, irrumpe ilegítimamente en la esfera de la autonomía privada y menoscaba el principio dispositivo que ilustra el sistema procesal civil”³.

Vuelve y se insiste, vistos en su conjunto los hechos y pretensiones de las que se habla en este acápite –también los fundamentos de derecho-, propendían por los efectos de la revisión del contrato por circunstancias extraordinarias que, en el criterio de la apelante, ameritaban los ajustes económicos correspondientes, todo lo cual encaja en el supuesto de hecho del artículo 868 del Código de Comercio

² CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL, Parte General, Hernando Morales Molina, 8ª edición, Ed. ABC, pág. 309.

³ CSJ., sentencia de 24 de septiembre de 2004, exp. 7491.

y por lo mismo había de juzgarse este asunto con soporte en dicho mandato sustancial.

2.2. Tampoco la Sala estima de recibo los reproches con los que la apelante insiste en la declaratoria de nulidad del numeral 3.4 de la cláusula tercera del mismo negocio jurídico, la cual tilda de abusiva.

2.2.1. Sea lo primero poner en relieve que con motivo del principio de autonomía de la voluntad que rige en materia contractual, ha de convenirse en que estipulaciones de esa naturaleza solo pueden comprometer la eficacia de un negocio jurídico, cuando el consentimiento prestado por alguno de los contratantes haya sido anormal o ilegítimamente obtenido (por vía de ejemplo, mediante el aprovechamiento de alguna condición privilegiada de mercado de la contraparte o a través de la imposición de cláusulas ostensiblemente abusivas en contratos de adhesión que versen sobre bienes y servicios de necesaria contratación).

Ha precisado la Sala de Casación Civil que son “características arquetípicas de las cláusulas abusivas –primordialmente: a) que su negociación no haya sido individual; b) que lesionen los requerimientos emergentes de la buena fe negocial -vale decir, que se quebrante este postulado rector desde una perspectiva objetiva: buena fe probidad o lealtad-, y c) que genere un desequilibrio significativo de cara a los derechos y las obligaciones que contraen las partes” (cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp: 5670, reiterada en sentencia de 13 de diciembre de 2022, Exp. 6462, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

En el asunto *sub lite*, y muy a tono con lo que de alguna manera señaló la juez de primer grado, las pruebas recaudadas no imponen colegir que, a partir de las tratativas negociales que antecedieron al contrato de obra, la contratista se hubiere adherido sin más, a las cláusulas impuestas por su contraparte.

Por el contrario, esos elementos de convicción dan cuenta que la contratista ejerció un papel activo en la confección de los términos en que se celebró el negocio jurídico. Tal circunstancia se hace palpable de lo narrado por el representante legal de la parte demandante quien manifestó, entre otras cosas, que Termotécnica Industrial D.A., participó en una licitación pública compleja, cuya consolidación no se verificó de la noche a la mañana, en la que se discutieron con amplitud y de manera seria las pautas contractuales que finalmente, y sin salvedades aceptaron las partes.

En efecto, interrogado en la audiencia inicial surtida en la primera instancia y cual se resaltó en el fallo apelado, el representante legal de la contratista señaló que “los precios ellos los analizaron a una renegociación y por eso manifesté ahora que hubo un descuento de un 2 o 3% para poder firmar el contrato” y que **“esa negociación fue antes de firmar el contrato que es lo normal, ellos nos llamaron antes de mandar la carta de adjudicación, nos dijeron, están caros necesitamos que estudien un descuento, nosotros les ofrecimos un descuento y ya nos mandaron la carta de adjudicación y posteriormente fue la firma del contrato”**.

Así las cosas, se colige, a falta de prueba en contrario -la cual, sin duda, incumbía a la parte actora- que los términos vertidos en el clausulado son el reflejo de la voluntad así expresada por sus otorgantes, tal y como por lo regular ocurre en tratándose de negocios jurídicos antecidos por un proceso de libre negociación, en el que, en línea de principio, ninguno de los interesados está forzado a celebrar negocio jurídico alguno, ni a aceptar los términos que unilateralmente le quisiera imponer su contraparte.

2. 2. 2. También pone en evidencia la existencia de una relación bilateral simétrica entre los contratantes, el hecho, resaltado en el fallo de primera instancia, de que se hubieran celebrado múltiples otrosíes (7 en total) con el propósito de modificar las tarifas como consecuencia del mayor tiempo que duró la ejecución de la obra contratada.

Las circunstancias recién traídas a cuento, más que servir al éxito de la apelación, refuerzan su fracaso, como quiera que -en adición a lo dicho y para responder a otro de los reproches que planteó la apelante-, tanto la participación libre de la contratista en el proceso licitatorio, como las modificaciones en las tarifas con motivo de la firma de los otrosíes, lucen compatibles con el principio de buena fe, orientado en esta oportunidad a que finalmente se pudieran ejecutar y llevar a feliz término las prestaciones encomendadas al contratista.

Ha de observarse que, en rigor, lo perseguido aquí con sus múltiples pretensiones por la parte actora no va más allá del reconocimiento y pago del valor de los sobrecostos en que dijo haber incurrido, con sus accesorios. Visto desde otra perspectiva, en la demanda no se planteó que el contratante hubiera desatendido algunas de las prestaciones literalmente insertas en el documento que recogió el negocio jurídico de marras, o en los otrosíes en referencia, o de la naturaleza inherente al contrato de obra.

En ese escenario de pago total de las obligaciones verdaderamente convenidas, las iniciales y las pactadas en los otrosíes y como quiera que -por las razones antes examinadas, especialmente en las consideraciones 2.1., y 2.2.1.-, no había lugar a imponer el reconocimiento y pago de los sobrecostos materia de disputa, ha de agregarse que no hay forma de concluir que el contratante no obró con sujeción al deber de buena fe contractual, de corrección y de lealtad negocial, que es lo que plantea el apelante.

Sobre el tema, consagra el artículo 1603 del Código Civil, que **“los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”**, mandato que acompasa con el contenido en el artículo 871 del estatuto mercantil.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que **“aludir a la buena fe en materia de la formación y ejecución de las obligaciones, apareja ajustar el comportamiento a un arquetipo o modelo de conducta general que define los patrones socialmente exigibles relacionados con el correcto y diligente proceder, la lealtad en los tratos, la observancia de la palabra empeñada, el afianzamiento de la confianza suscitada frente a los demás; en síntesis, comportarse conforme se espera de quienes actúan en el tráfico jurídico con rectitud, corrección y lealtad.** Y cabalmente, a tan amplio espectro de actuación se refiere el citado artículo 863 del Código de Comercio, de manera, pues, que el proceso de creación de las relaciones obligatorias debe sujetarse a ciertas normas sociales concretas que subyacen en la conciencia ético-jurídica de las comunidades, o sectores de las mismas y **que imponen a las personas guardar fidelidad a la palabra dada, no traicionar la confianza despertada en los demás, no interrumpir abrupta e injustificadamente las negociaciones, entre otras”** (Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de agosto de 2000, exp. 5372, M. P. Jorge Antonio Castillo Rugeles).

2.2.3. Ahora, y si en simple gracia de discusión se prescindiera de la reseñado a lo largo de la consideración 2.2., y se admitiera que la cuestionada cláusula involucra una grave lesión para la contratista, pues a renglón seguido habría que añadirse que el efecto de la declaratoria de invalidación –según emana de la propia demanda- tenía como propósito allanar el camino a una eventual condena al pago de la indemnización reclamada por la actora, como consecuencia de los mayores costos en los que habría incurrido en el desenvolvimiento del negocio jurídico que celebraron las partes de este litigio.

Entonces, ante el fracaso de las pretensiones a las que se hizo alusión en la consideración 2.1. (la 1ª, 2ª, 3ª, 5ª y las de condena), resultaría inocua la declaración judicial de ilegalidad de la cláusula, por cuya virtud, “Las partes dejan expresa constancia de que la(s) tarifa(s) convenida(s) será(n) la única retribución que le corresponderá al CONTRATISTA por los Servicios prestados a OXY en cumplimiento del presente CONTRATO U ORDEN y se mantendrá fija e invariable mientras dure la vigencia del mismo”.

3. Por las razones expuestas en las precedentes consideraciones y como quiera que la sentenciadora *a quo* no incurrió en los yerros de incongruencia que le atribuyó la apelante, ni era viable el éxito de la acción de revisión prevista en el artículo 868 del Código de Comercio, ni tampoco había méritos para acoger la pretensión declarativa de nulidad de la cláusula tantas veces mencionada, la Sala tampoco efectuará consideraciones en punto a la valoración de la prueba pericial y testimonial que se recaudó en este litigio -que fue otro de los reparos frente al fallo de primer grado-, por innecesario.

Ello, por cuanto ese ejercicio de apreciación probatoria concierne, principalmente, a la causación y cuantificación de los perjuicios a cuyo resarcimiento no había lugar, como bien lo concluyó la misma sentenciadora.

4. En resumidas cuentas, se confirmará el fallo apelado pues, a decir verdad, con la demanda se reclamó la revisión judicial del contrato, en los términos del artículo 868 del Código de Comercio, como consecuencia de circunstancias imprevisibles que la parte actora conoció durante la ejecución del negocio jurídico, propósito inatendible por cuanto como lo admitió la actora al absolver su declaración de parte, para la fecha de formulación de la demanda con la que tuvo su inicio este litigio ya se había terminado la relación contractual (además, ver actas del 27 diciembre de 2013 y del 31 de enero de 2014).

En cuanto a la otra pretensión, la de ineficacia contractual por abuso de la posición dominante, la suerte no podía ser diferente, pues tampoco la parte actora satisfizo la carga de la prueba sobre ese particular. Lo que emerge del expediente, es que los términos que finalmente fueron recogidos en el negocio jurídico de marras obedecieron -como es frecuente en este tipo de negociaciones que involucran la ejecución de prestaciones de altas exigencias técnicas, y que en este caso alcanzan una muy significativa incidencia económica-, a un proceso de deliberación (además, medió licitación) en el que las partes tuvieron la oportunidad, y así lo hicieron, de defender de forma anticipada y consistente sus

intereses económicos tal y como consignó en el clausulado de la contratación, modificada con los otrosíes a que se ha hecho referencia.

Por último, se reitera que aquí no se planteó ni acreditó que la parte contratante hubiera desatendido las prestaciones que contrajo a favor de la parte actora, según se documentó en el escrito primigenio, y que con la suscripción de los otrosíes, se facilitó el camino para que la contratista pudiera cumplir con lo suyo, todo dentro del marco contenido en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del estatuto mercantil, y sin que sea factible atribuirle al contratante la desatención de los caros principios de corrección de buena fe contractual de los que se habló en la motivación de esta providencia.

5. No prospera, por ende, la apelación en estudio.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Sexta de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia que, el 28 de junio de 2021 profirió el Juzgado 40 Civil del Circuito de Bogotá en el proceso verbal que adelanta Termotécnica Coindustrial S.A.S. contra Occidental Andina LLC.

Costas de segunda instancia a cargo de la apelante. Líquidense por la juez *a quo*, quien incluirá como agencias en derecho de la alzada la suma de \$4'000.000, según lo estima el Magistrado Ponente.

Notifíquese

Los Magistrados,

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
JUAN PABLO SUAREZ OROZCO
GERMAN VALENZUELA VALBUENA

Firmado Por:

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

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

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:

81cec8c59cd13e6c2d44055214f8348f35607a775defd023abcbccc2fe7c79c

1

Documento generado en 06/04/2022 04:38:43 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
DE BOGOTÁ - SALA CIVIL
Rad. 110012203000201802893 00**

Bogotá D.C., seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

Ingresadas las diligencias al Despacho, para continuar con el trámite correspondiente, se señala las **9:00 A.M. del 20 de abril de 2022** para realizar la audiencia de que trata el artículo 358 del Código General del Proceso y, de ser posible escuchar los alegatos de conclusión y proferir la sentencia.

Razón por la cual, se decretan las siguientes pruebas:

PARTE DEMANDANTE:

1.- Téngase en cuenta para todos los efectos legales, las documentales allegadas con el escrito de demanda.

2.- Se ordena oficiar al Juzgado 3° Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, a fin que remita la totalidad del proceso con radicado No. 2007- 247 siendo demandante Rodrigo Caparro Barragán y demandados Ana Betulia Pachón y Maria Otilia Tobón.

3.- Se ordena oficiar al Juzgado 3° Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, a fin que remita la totalidad del proceso con radicado No. 2008-00575 siendo demandante Leiber Mario Tobon contra Rodrigo Chaparro Barragan y otros.

Las restantes pruebas solicitadas, ya se encuentran incorporadas al expediente.

INTERROGATORIO.

Cítese a interrogatorio a los demandados Alfonso Cañón Romero y Ana Betulia Pachón Montaña.

TESTIMONIO.

1.- La parte demandante deberá hacer comparecer a los señores William Armando Rodríguez y Reinaldo Gaita Perdomo para que hagan presencia en la audiencia fijada.

PARTE DEMANDADA

Los demandados solicitaron la inspección judicial sobre el predio base de la presente revisión, sin embargo, esta se denegará por cuanto no es conducente con las excepciones planteadas en sus escritos de contestación.

Notifíquese y Cúmplase,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado

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

Bogotá, D. C., seis de abril de dos mil veintidós.

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3023 2019 00496 02 - Procedencia: Juzgado 23 Civil del Circuito.
Proceso: Segundo Francisco Arias Ríos, cesionario Guillermo Arias Beltrán
vs. Constructora Parada Solórzano Sas.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual Avisos 11-12 /2022
Decisión: Revoca.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelve por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 16 de febrero de 2022, proferida por el Juzgado 23 Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Segundo Francisco Arias Ríos instauró demanda en contra de la Constructora Parada Solórzano Sas, con el propósito de que:

(i) Se declarara que la demandada incumplió el contrato de promesa de venta suscrito el 1º de septiembre de 2016. Y por ende, se declarara la resolución del referido negocio jurídico.

(ii) En consecuencia, se ordenara a la sociedad convocada restituir la máquina retroexcavadora (pajarita) marca Komatsu, WB140, 2N, serie A21607, modelo 2005. Y que fuera condenada al pago de perjuicios y se dispusiera la respectiva compensación con los dineros que el accionante debe retornar como parte del precio que recibió.

¹ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

2. Como fundamento de sus pretensiones adujo que:

a) Entre Segundo Francisco Arias Ríos y la sociedad Constructora Parada Solórzano Sas, el 1° de septiembre de 2016 se suscribió un contrato de promesa de venta sobre la máquina retroexcavadora (pajarita) marca Komatsu, WB140, 2N, serie A21607, modelo 2005.

b) El precio de la compra se fijó en \$110.000.000, de los cuales el demandante recibió \$50.000.000 el día de la firma del negocio, data en que el mueble se entregó a la sociedad demandada, y el saldo se pagaría en dos cuotas de \$30.000.000 cada una, el 5 de octubre y el 5 de noviembre de 2016.

c) La convocada no hizo los pagos de los meses de octubre y noviembre de 2016 como parte restante del precio, persona jurídica que ha explotado la máquina retroexcavadora durante un período de 34 meses con trabajos en los municipios de Fusagasugá (Cundinamarca) y Melgar (Tolima). Que antes de la firma del contrato el mueble estaba arrendado y se percibía una cifra mensual de \$6.000.000. Y el “juramento estimatorio” se basó en esos 34 meses para un total de \$204.000.000.

3. Una vez notificada, la sociedad Constructora Parada Solórzano Sas guardó silencio dentro del término legal que tenía para oponerse a la acción en su contra.

4. Mediante auto proferido en audiencia de 16 de junio de 2021 el a-quo aceptó la cesión de derechos litigiosos que efectuó el demandante a favor de Guillermo Arias Beltrán, persona ésta a la que le confirió la calidad de cesionario.

LA SENTENCIA APELADA

1. Luego de hacer consideraciones en torno a la nulidad que conlleva la falta de requisitos de un contrato como el que en su criterio acá se celebró, en la parte resolutive de su decisión el a-quo declaró que ‘no produjo efecto alguno’ esa promesa de compraventa suscrita entre las iniciales partes del litigio, y en tal virtud negó las pretensiones de la demanda, pero sin efectuar ninguna referencia a las llamadas restituciones mutuas.

Al efecto precisó que la promesa de compraventa suscrita entre las partes no contiene plazo y/o condición que fijara la época en la que iba a celebrarse el contrato futuro. Agregó que el negocio no se perfeccionaba con la simple entrega de la cosa, ya que se celebró sobre una retroexcavadora y según el artículo 31 de la Resolución 0012379 de 2012 todo acto que implique la traslación de vehículos automotores está sujeta a registro, a lo que adicionó que el artículo 2 de la Ley 769 de 2002 – Definiciones-, señala que un vehículo es *‘[t]odo aparato montado sobre ruedas que permite el transporte de personas, animales o cosas de un punto a otro por vía terrestre pública o privada abierta al público’*.

Por lo que concluyó que un bien *‘de esa clase, vale decir, una retroexcavadora, no podemos negar que es un aparato que está montado sobre ruedas y que permite el transporte, en este caso, animales o cosas, de un punto a otro’*. Es decir –explica el juez-, en el asunto se exigía una tradición especial en el registro nacional de maquinaria agrícola, industrial y de construcción autopropulsada –Rnma- ligada a la fecha en que se realizó el negocio, independientemente de que el mueble objeto del proceso fuera un modelo del año 2005, porque hubo un cambio en el titular.

LA APELACIÓN

La parte demandante expone que la retroexcavadora es un mueble de tipo industrial y en el contrato de promesa se estipuló que la entrega se haría al comprador el mismo día de la suscripción del convenio, por lo que el mismo se perfeccionó y no era necesario establecer un plazo para el cumplimiento de la supuesta obligación de realizar el traspaso que tendría el tradente sobre el adquirente.

Que la retroexcavadora no está sujeta a registro, pues conforme las disposiciones del Decreto 019 de 2012, reglamentado por la Resolución 1068 de 2015 expedida por el Ministerio de Transporte, el requisito en el sistema Runt es voluntario cuando se trata de maquinaria importada o ensamblada en el país con antelación a la expedición del citado decreto.

Expuso que declarada de oficio la nulidad del contrato el juez debió devolver las cosas al estado inicial y disponer de las restituciones mutuas.

CONSIDERACIONES

1. Se revocará la sentencia recurrida, y en su lugar se declarará la resolución del contrato objeto del litigio, comoquiera que el negocio acordado por los litigantes no se circunscribió a la simple promesa de realizar otro contrato futuro; por el contrario, de su contenido lo que emerge es que la verdadera intención de las partes fue la de celebrar una compraventa respecto de la máquina retroexcavadora (pajarita) marca Komatsu, WB140, 2N, serie A21607, modelo 2005, independientemente del nombre que con el que se rotulara el documento. Y por tanto, desde la óptica de la voluntad de las partes, la falta de registro ante la entidad de

tránsito no constituye un motivo fundante de la nulidad absoluta, como a continuación se explica.

2. Lo primero que se debe despejar es lo relativo a la validez del contrato, que los convenidos denominaron de *'promesa de compraventa'*, para establecer si produce efectos jurídicos entre las contratantes, pues de ello dependerá si hay lugar o no a efectuar el estudio de los demás requisitos para la prosperidad de la pretensión resolutoria.

Recuérdese *“que en la órbita de los contratos sinalagmáticos, el buen suceso de la expresada súplica, derivada del artículo 1546 del Código Civil, exige, además de la presencia de un contrato bilateral válido, que el actor hubiese guardado fidelidad a sus obligaciones, esto es, cumplido o procurado cumplir los compromisos que del respectivo negocio jurídico dimanaban para él, al tiempo que es menester que la otra parte, por el contrario, no hubiese atendido los deberes de prestación establecidos a su cargo”*².

2.1. Para tal fin debe reseñarse que los particulares en el ejercicio de su derecho legítimo a obligarse negociablemente y con el objetivo de obtener provechos patrimoniales, pueden acudir a las figuras previstas por el legislador. Sin embargo, no pocas veces sucede que dada la inexperiencia o la falta de asistencia jurídica, en ese cometido no se exprese con la debida claridad la real intención que persiguieron al suscribir cierto contrato, o que se redacte o titule con un nombre y unas designaciones que no corresponden al contenido inserto en sus cláusulas.

En estos eventos emerge el deber del juez de develar la verdadera expresión de voluntad, puesto que *“el contrato se erige -para las partes-*

² CSJ, Sentencia de 14 de diciembre de 2010, exp. 41001-31-03-001-2002-08463-01, M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2019 00496 02

en un prototípico instrumento de la autonomía privada, en la medida en que, ex voluntate, deciden regular sus respectivos intereses. De ahí que en acatamiento del axioma de la libertad contractual, rectamente entendido, no puede el intérprete del contrato, arbitrariamente, desconocer el alcance, así como la teleología del negocio jurídico por ellas celebrado, so pretexto de la mediación de cláusulas ayunas de la claridad deseada, en la medida en que deben contextualizarse y, por contera articularse, en guarda de establecer la real naturaleza de aquel y para determinar, con apoyatura en el prenotado escrutinio, las obligaciones o derechos que los contratantes quisieron contraer o adquirir, según las circunstancias”³.

2.2. Descendiendo al caso y revisado el convenio titulado ‘*contrato de promesa de compraventa*’⁴, de su clausulado se sigue que la real intención allí expresada fue materializar la venta propiamente dicha, pues no otra conclusión arroja el hecho de que exista determinación sobre los elementos esenciales de la enajenación: la cosa y el precio (Art. 1849 CC.). Incluso en el pacto segundo, que contiene la carga obligacional, el verbo se utilizó en tiempo presente: “[e]l prometiente vendedor se obliga a vender y el prometiente comprador se obliga a comprar el derecho de dominio”, por lo que atañe a acciones que tuvieron lugar en el momento de la firma, de lo cual solo quedaba faltando el trámite de traspaso ante la entidad de tránsito.⁵

Por tanto, en el *sub lite* no había lugar al análisis de los presupuestos del artículo 1611 del C.C., en razón de que la voluntad declarada en el

³ CSJ. Sentencia S-126 de 2000.

⁴ Páginas 3 y 4 archivo ‘001PrimeraParte’.

⁵ “[e]n numerosas ocasiones la Corte ha precisado que la interpretación de los contratos -en línea de principio rector- es tarea confiada a la ‘[...] cordura, perspicacia y pericia del juzgador’ (CVIII, 289), a su ‘discreta autonomía’ (CXLVII, 52), razón por la cual, el resultado de ese laborio ‘no es susceptible de modificarse en casación, sino a través de la demostración de un evidente error de hecho’ (CXLII, 218 Cfme: CCXL, 491, CCXV, 567)” CSJ SC, 28 feb. 2005, rad. n.º 7504. Reiterada en sentencia SC3047-2018 de 31 de julio de 2018. Radicación n.º 25899-31-03-002-2013-00162-01

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2019 00496 02

contrato, como ya se dijo, no guarda relación con una simple promesa de celebrar un negocio futuro.

2.3. A lo expuesto se suma que la falta de inscripción en la oficina de tránsito de la venta celebrada, no es un motivo que sirva de sustento para declarar la invalidez del contrato, ni siquiera de oficio, como lo precisó la jurisprudencia, cuando señaló que *“...[l]a tradición se hace por la inscripción del título en la oficina correspondiente. Por lo tanto, jamás puede predicarse nulidad del contrato porque la tradición no se haya efectuado. El contrato existe desde que las partes se hayan puesto de acuerdo en la cosa y en el precio, y es válido mientras no esté afectado de vicio por objeto ilícito, causa ilícita, incapacidad absoluta o relativa de cualquiera de las partes o por error, fuerza o dolo determinantes del consentimiento, nada de lo cual afecta el que celebraron demandante y demandado.”*⁶

Así, entonces, si bien en principio para completar la tradición de la retroexcavadora (pajarita) marca Komatsu, WB140, 2N, serie A21607, modelo 2005 era necesario el registro ante la oficina de tránsito, conclusión que tendría soporte no tanto en lo que mencionó el fallador, sino de un breve análisis del artículo 46⁷ y 47⁸ de la Ley 769 de 2002 y de lo que ha decantado la jurisprudencia⁹, lo cierto es que ese trámite en

⁶ Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 1979.

⁷ *“Todo vehículo automotor, registrado y autorizado para circular por el territorio nacional, incluyendo la maquinaria capaz de desplazarse, deberá ser inscrito por parte de la autoridad competente en el Registro Nacional Automotor que llevará el Ministerio de Transporte. También deberán inscribirse los remolques y semirremolques. Todo vehículo automotor registrado y autorizado deberá presentar el certificado vigente de la revisión técnico - mecánica, que cumpla con los términos previstos en este código”.*

⁸ *“La tradición del dominio de los vehículos automotores requerirá, además de su entrega material, su inscripción en el organismo de tránsito correspondiente, quien lo reportará en el Registro Nacional Automotor en un término no superior a quince (15) días. La inscripción ante el organismo de tránsito deberá hacerse dentro de los sesenta (60) días hábiles siguientes a la adquisición del vehículo”*

⁹ *“es claro que la expedición de la Ley 769 de 2002 introdujo en la normativa nacional, en forma definitiva y sin excepciones, la formalidad de la inscripción en el registro terrestre automotor de los títulos de adquisición de bienes automotores para efectuar la tradición de estos, **lo cual aplica igualmente para la maquinaria capaz de desplazarse**, los remolques y los semirremolques. De manera que mientras no se lleve a cabo la inscripción en el registro nacional automotor, el derecho de*

nada incide para declarar de oficio la nulidad del contrato, habida consideración que:

“..el objetivo principal del Registro Nacional Automotor es el de asentar oficialmente la identificación de cada uno de los vehículos y demás maquinarias con capacidad de movimiento, incluidos los remolques y semirremolques, autorizados para circular en el territorio nacional, a fin de cumplir uno de los cometidos cardinales del Código Nacional de Tránsito, como es el de regularizar todo lo concerniente con el tránsito terrestre, para seguridad de todos los que en él intervienen.... también documenta la enajenación de los automotores, conforme se anticipó, e incluso se ocupa de otras materias, tales como inscripción de los datos necesarios para determinar la propiedad, características y situación jurídica de los vehículos terrestres.”¹⁰

3. Como no había lugar a la invalidación que declaró el juez de primera instancia, la sala provee sobre la acción de resolución de contrato, en los siguientes términos:

3.1. Según el artículo 1602 del C.C. *“Todo contrato es una ley para las partes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*, postulado que recoge el principio de legalidad de los actos jurídicos, y que complementa el artículo siguiente a cuyo tenor *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella”*.

dominio no se habrá transferido por falta del modo, es decir, no habrá tradición” CSJ sentencia SC5327-2018 de 13 de diciembre de 2018 Radicación n° 68001-31-03-004-2008-00193-01

¹⁰ Sentencia de la CSJ acabada de citar.

A partir de ahí, el derecho privado consagra la normatividad destinada a dotar a los contratantes cumplidos de acciones en que hagan valer su conducta de observancia a los compromisos adquiridos en la realidad negocial, y entre ellas, tal vez, la más distintiva es la que toca con la condición resolutoria tácita para todos los contratos bilaterales, consagrada en el artículo 1546 del C.C. Ahora, son presupuestos necesarios para la resolución contractual los que a continuación se enumeran: 1) La existencia de un contrato bilateral válido; 2) El incumplimiento total o parcial de las obligaciones que este impone al demandado; y 3) Que el demandante haya satisfecho o estado presto a atender las prestaciones a su cargo, en la forma y tiempo debidos.

3.2. En este asunto se solicitó la resolución del titulado '*contrato de promesa de compraventa*', que en realidad se trató de una venta, como ya se estableció, y en la demanda se afirmó que la sociedad Constructora Parada Solórzano Sas incumplió con el pago del precio, en específico con la suma de \$60.000.000 que debía realizar los días 5 de octubre y 5 de noviembre de 2016, desatención negocial que para el tribunal se encuentra probada, habida cuenta que la demandada, una vez notificada, no contestó el escrito inicial y tampoco desplegó algún tipo de oposición, de suerte que conforme a lo previsto el artículo 97 del Cgp deben presumirse por ciertos los hechos contenidos en ese libelo, susceptibles de confesión.

Por lo demás, es muy de notar que el representante legal de la sociedad demandada compareció a la audiencia que se celebró el 16 de julio de 2021¹¹, estadio del proceso en el que solicitó aplazar la diligencia argumentando que no tenía abogado que lo representara judicialmente,

¹¹ Páginas 94 y 95 archivo "001PrimeraParte"

pedimento al que accedió el fallador como consta en el acta que se levantó ese día. Sin embargo, con posterioridad no volvió a acudir y tampoco designó un apoderado para que lo asistiera, lo que en términos del artículo 241 del cgp constituye un indicio adicional en punto al incumplimiento del contrato por parte de la sociedad compradora, habida consideración que, sumado a la presunción a que ya se hizo referencia, la actitud demostrada en el juicio da cuenta del desinterés en honrar las obligaciones adquiridas.

4. Es en razón de lo expuesto que se impone la revocatoria de la sentencia apelada, providencia en la que, además de todo, se omitió dar respuesta a un punto de derecho que dada la particular solución que se estaba adoptando era obligatorio despejar, y que es lo relativo a las restituciones mutuas, pues se recuerda, que pese a que el juez no lo advirtió, conforme a lo regulado por el artículo 1746 del Código Civil, la nulidad que declaró conducía necesariamente a que las partes sean “(...) *restituidas al mismo estado en que hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (...)*”. Es decir, la invalidez del negocio conlleva *per se* el estudio de las llamadas reposiciones mutuas, aspecto que, inclusive, es pasible de analizarse así no haya petición de parte, puesto que “[d]eclarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser *restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Tales prestaciones comprenden, además de la devolución de las cosas dadas con ocasión del contrato invalidado, sus intereses y frutos...*”¹².

Por tanto, se accederá a las pretensiones de la demanda y el tribunal declarará la resolución del contrato por incumplimiento del demandado;

¹² CSJ, sentencia de 24 de febrero de 2003. Exp: 6610.

por efecto, dispondrá que la sociedad Constructora Parada Solórzano Sas restituya a Guillermo Arias Beltrán, cesionario del derecho en litigio, la retroexcavadora (pajarita) marca Komatsu, WB140, 2N, serie A21607, modelo 2005.

En lo que concierne a los frutos, en la demanda se estimó bajo juramento que esa máquina producía una renta mensual de \$6.000.000, que se justificó en un contrato de arrendamiento suscrito por el accionante con antelación a la venta¹³. Ahora, revisada esa prueba, si bien demuestra un canon periódico por la suma en mención, la tenencia que se otorgó en razón de esos \$6.000.000 estaba sujeta a unas deducciones por concepto del salario del operador y el combustible suministrado.¹⁴

Así las cosas, aunque no hubo ningún tipo de objeción por el extremo demandado, ello no implica que deba adoptarse el juramento estimatorio en la forma en que se planteó, máxime que se exige que sea razonado. Bajo los parámetros descritos, para calcular los frutos civiles la sala tomará el canon de \$6.000.000, pero reducirá el valor del salario del operario¹⁵, lo cual arroja la cifra mensual de \$5.232.845. En cuanto al combustible, era el extremo convocado quien tenía la carga de probar tal deducción concreta, pero al haberse afirmado en la demanda que la accionada está haciendo uso del aparato en determinados lugares, ello hay que tenerlo por cierto al no haberse contestado ese libelo, y de suyo que para tal aprovechamiento ha asumido ese costo.

Ahora bien, los frutos reclamados, y que deben restituirse en razón de la resolución del contrato, tienen como punto de partida la entrega de la retroexcavadora que se hiciera al comprador, pero tienen como límite la

¹³ Páginas 10 y 11 del archivo '001PrimeraParte'.

¹⁴ Cláusula segunda 'valor total del contrato'.

¹⁵ Salario mínimo legal vigente para el año 2016, incluido el subsidio de transporte \$767.155.

vida útil de esa máquina, que por su naturaleza y entre otras cosas para efectos fiscales y contables, son determinantes de la depreciación que anualmente la afecta¹⁶, aspectos que eran una carga del actor demostrarlos¹⁷. Ante la falta de esa prueba, la causación de frutos se limitará al término fijado en el juramento estimatorio, con la deducción de los costos del salario del operador a que ya se hizo referencia, pues de lo contrario, contra toda lógica y equidad, se podría imponer el pago de frutos de una maquinaria más allá de su vida productiva, o suponer que tiene el potencial de generar una renta luego de estar totalmente depreciada.

Con estas referencias, se tiene que desde el 1° de septiembre de 2016 (entrega de la retroexcavadora a la sociedad demandada), y de conformidad con las pretensiones y el juramento estimatorio, los frutos corresponden a 34 meses de renta por \$5.232.845, que corresponden a \$177.916.730.¹⁸ En consecuencia, se ordenará el pago de aquella cifra en la parte resolutive de la sentencia, pero no se dispondrá sobre los frutos que se sigan generando hasta la entrega del mueble, en razón de que, como ya se dijo, no es posible presumir que la retroexcavadora aún se encuentra en capacidad de generar renta, deber de probar que recaía sobre la parte demandante.

Asimismo, se dispondrá que el cesionario del vendedor restituya a la sociedad Constructora Parada Solórzano Sas parte del precio que pagó por el bien, esto es, la suma que \$50.000.000 que en el caso se reconoció haber recibido, valor que deberá actualizarse, pues aunque se venía sosteniendo por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que el

¹⁶ *V.gr.* Art. 139 Estatuto Tributario: “Cuando se adquiera un bien que haya estado en uso, el adquirente puede calcular razonablemente el resto de vida útil probable para amortizar su costo de adquisición. La vida útil así calculada, sumada a la transcurrida durante el uso de anteriores propietarios, no puede ser inferior a la contemplada para bienes nuevos en el reglamento”.

¹⁷ Art. 167 cgp

¹⁸ $34 * 5.232.845 = \$177.916.730$.

demandado que incurrió en incumplimiento contractual no tenía derecho a la actualización del dinero que debe restituírsele, sin embargo, esa postura fue recogida cuando la misma Corte afirmó que: “[t]ampoco es correcto afirmar que con el reconocimiento de la indexación se estaría prohiendo el incumplimiento de las obligaciones contractuales, porque la depreciación de la moneda es un hecho económico con implicaciones sociales que obedece a una lógica completamente distinta a las consecuencias que se imponen por incumplir un contrato. El reconocimiento del valor de la moneda nada tiene que ver con las disposiciones legales que ordenan que ante la resolución de un contrato las cosas vuelvan al estado anterior, independientemente de la razón por la que se haya declarado la ruptura del vínculo obligacional.”¹⁹

Por lo tanto, partiendo de la evolución histórica del IPC recopilado por el Banco de la República, la actualización de ese valor, con corte al 31 de marzo de 2022, arroja como resultado la cifra de **\$62.721.191**.

Monto al que se llegó utilizando la conocida fórmula [$VP = Vh \times (I.F. / I.I.)$], en donde Vp es valor presente, VH es valor histórico (cantidad a indexar), I.F. es el índice final (se toma el valor del I.P.C. a la fecha de la indexación, 31 de marzo de 2022) y el I.I. es el índice inicial para la suma.

5. Finalmente, como en el *sub lite* el accionante cedió los derechos litigiosos a Guillermo Arias Beltrán, circunstancia aceptada por el a-quo, el efecto práctico es que las órdenes producto de la resolución del contrato se dispongan respecto del cesionario.

6. En consecuencia, como ya se dijo, se revocará la sentencia apelada, y se condenará en costas de las dos instancias a la parte demandada.

¹⁹ CSJ, sentencia SC11287-2016 de 17 de agosto de 2016 Exp: 11001-31-03-007-2007-00606-01.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **REVOCA** la sentencia apelada, proferida por el 16 de febrero de 2022 por el Juzgado 23 Civil del Circuito, y en su lugar dispone:

PRIMERO: DECLARAR resuelto por incumplimiento de la parte demandada, el contrato denominado '*promesa de compraventa*' celebrado el 1° de septiembre de 2016 entre Segundo Francisco Arias Ríos y la sociedad Constructora Parada Solórzano Sas.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena a la Constructora Parada Solórzano Sas que restituya la retroexcavadora (pajarita) marca Komatsu, WB140, 2N, serie A21607, modelo 2005, al cesionario del litigio Guillermo Arias Beltrán, cuya entrega debe hacerse en el término de cinco días. Vencido el lapso fijado sin acatar tal orden, el juzgado de primera instancia deberá adelantar las actuaciones necesarias para materializar la respectiva entrega.

TERCERO: CONDENAR a la Constructora Parada Solórzano Sas a pagar a Guillermo Arias Beltrán la suma de **\$177.916.730** por concepto de frutos civiles, suma que deberá pagar dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, a partir de los cuales se causarán intereses legales del 6% anual hasta cuando se verifique el pago.

CUARTO: ORDENAR a Guillermo Arias Beltrán, que restituya a la Constructora Parada Solórzano Sas la suma de **\$62.721.191**, equivalente al precio pagado. Para el efecto se fijan cinco días, a partir de los cuales se causarán intereses legales del 6% anual hasta cuando se verifique el pago.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3023 2019 00496 02

QUINTO: Sobre las sumas reconocidas a favor de las partes procede la compensación hasta el monto pertinente.

SEXTO: Se condena en costas de ambas instancias a la parte demandada. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de \$1.000.000.00. Líquidense (art. 366 Cgp). Devuélvase el expediente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Radicado: 1100 1310 3023 2019 00496 02

Firmado Por:

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

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

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: **e7e3a826a59684ccc91036bc434bca16d7234cbb0e45bd6289c0e462ec9021ad**
Documento generado en 06/04/2022 05:24:39 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., seis (6) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proceso N.º 110013103031201300145 01
Clase: VERBAL
Demandante: MARÍA SONIA ESTRADA RADA y otros
Demandados: JESÚS GUERRERO HERNÁNDEZ y otra

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 10° del Acuerdo PCSJA17-10715 expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, “el magistrado a quien se asigne el conocimiento de un asunto será el ponente de la primera y demás apelaciones que se propongan...”.

Así, comoquiera que el H. magistrado Óscar Fernando Yaya Peña conoció este asunto en pretérita oportunidad, según se colige del oficio que remitió el juzgado de primera instancia¹ y se constata en la página *web* de la rama judicial, se ordena que por secretaría se remita el expediente al mencionado despacho.

Téngase en cuenta que, tal vez por error involuntario, la secretaría de esta Corporación asignó un dígito distinto (“031”) en lo que se refiere al identificador del juzgado de conocimiento (“030”). Ello pudo obedecer a que, según lo evidencia el expediente, el magistrado sustanciador declaró la nulidad a que alude el artículo 121 del CGP y ordenó la remisión del expediente al Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá “para que a la mayor brevedad, rehaga la actuación en los términos que en derecho correspondan”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

¹ Ver archivo “14OficioTribunal530” del expediente digital.

**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:
c47960ef7042a2bf4dc2b15cb4ed5e99ac0ba68cc1a7432bd73f57db9346311e
Documento generado en 06/04/2022 12:48:24 PM

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