

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C, ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103008 2020 00195 01
Procedencia: Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá
Demandante: Wellness Center MDI Marino S.A.S. en
reorganización
Demandado: Agroinversiones San José S.A. -hoy S.A.S.
Proceso: Verbal
Recurso: Apelación Sentencia

Discutido y Aprobado en Salas de Decisión del 17 y 24 de agosto de 2023. Actas 29 y 30.

2. OBJETO DE LA DECISION

Se dirimen los recursos de apelación interpuestos contra la sentencia calendada 29 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso **VERBAL** instaurado por **WELLNESS CENTER MDI MARINO S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** contra **AGROINVERSIONES SAN JOSÉ S.A.**

3. ANTECEDENTES

3.1. La Demanda Principal

Wellness Center MDI Marino S.A.S. en reorganización, por intermedio de apoderada, instauró demanda contra Agroinversiones San José S.A., -hoy S.A.S.- con el propósito que se hagan los siguientes pronunciamientos:

3.1.1. De Manera Principal

3.1.1.1 Declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa suscrito el 1º de marzo de 2011 entre Urban Group Colombia S.A. y Agroinversiones San José S.A.S., así como su otrosí del 29 de noviembre de 2015 por las sociedades y Wellness Center MDI Marino S.A.S. en reorganización al configurarse objeto ilícito; o, debido a que el bien materia de las negociaciones no fue identificado como lo exige el numeral 4º del artículo 1611 del Código Civil. En su defecto, al no satisfacer el requisito previsto en el ordinal 3º de la misma norma.

3.1.1.2. Ordenar, en consecuencia, las restituciones mutuas que correspondan, entre ellas, la devolución del dinero sufragado por la intimada, esto es, \$180.971.096.00, más la corrección monetaria y la condena en costas en caso de oposición.

3.1.2. De Forma Subsidiaria

3.1.2.1. Disponer la terminación de los aludidos convenios por fuerza mayor o caso fortuito, con ocasión del proceso de clarificación de predios adelantado por la Agencia Nacional de Tierras sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria 060-267066 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena el cual afectó el cumplimiento del pacto prometido, o en su defecto, la

resolución de tales alianzas.

3.1.2.2. Determinar, las restituciones mutuas, el reintegro del monto solucionado por la promitente compradora con la actualización monetaria correspondiente, precisando que no hay lugar a sufragar la penalidad a favor de la intimada ante una situación de fuerza mayor o caso fortuito, y que a esta le concierne asumir los gastos del proceso en caso de que se resista a las peticiones¹.

3.2. Los hechos

Para soportar dichos pedimentos, invocó los supuestos fácticos que, en síntesis, se compendian así:

Urban Group Colombia S.A. como promotora del megaproyecto denominado Mar de Indias a desarrollar en los inmuebles con matrícula inmobiliaria 060-240697 y 060-112564, trasladó los derechos de los bienes, para recaudar y administrar recursos, a la administradora BBVA Asser Management S.A. – Sociedad Fiduciaria, quien el 27 de julio de 2009 entregó la tenencia a la primera persona jurídica para que desarrollara el negocio.

El 1º de agosto de 2011, la empresa junto con otras personas celebró el fideicomiso Wellness Center MDI, encargado de vender las unidades a edificar en una porción del primer terreno mencionado con antelación, para lo cual se desenglobó, obteniendo el certificado 060-267058, con el que, a su vez se agregó la heredad 060-267066 para ejecutar la construcción del Condo Hotel Wellness Center.

La obra quedó a cargo de Wellness Center MDI Marino S.A.S., a quien se le cedió la posición contractual. Efectuó otrosíes para redistribuir las viviendas y modificó el nombre a Condominio Kutay Wellness &

¹ Folios 1 al 4 del archivo 008SubsanaDemanda.

Village.

El 1º de marzo de 2011, Agroinversiones San José S.A., suscribió promesa de compraventa con Urban Group Colombia S.A., sobre el apartamento 107, tipo C1, de la torre D, cuya descripción, identificación y linderos se consignó que obraba en el anexo de la convención.

El 29 de noviembre de 2015, se incluyó un otrosí con el propósito de cambiar el inmueble prometido por el apartamento 404 de la torre 3, cuya distribución de consignó en el anexo C, por el cual se pactó un precio de \$471.763.838.00, de los cuales \$180.971.096.00 se pagaron en cuotas y los \$290.792.742.00 restantes quedaron pendientes para ser sufragados a la firma de la escritura de compraventa; empero, omitieron señalar el día en que se protocolizaría la venta; igualmente, que la convención terminaría en otros eventos por fuerza mayor y caso fortuito.

Con el fin de acatar las obligaciones se intentó registrar la escritura pública número 1889 de 21 de junio de 2017 de la Notaría 39 de Bogotá, contentiva del reglamento de propiedad horizontal; empero, fue objeto de dos notas devolutivas, porque la Corte Constitucional en la sentencia T-601 de 2016, -a cuyo trámite no fue vinculada-, tras conceder el amparo, ordenó a la Superintendencia de Notariado y Registro abstenerse de crear o inscribir nuevos folios de matrícula inmobiliaria hasta tanto no culmine el proceso de clarificación agraria en todo el corregimiento de Arroyo Grande, en el cual se ubica el predio identificado con número 060-267066; situación reiterada por el IGAC y la Agencia Nacional de Tierras.

Por tanto, la demandante se encuentra impedida para enajenar la heredad prometida por fuerza mayor, circunstancias que posibilitan la terminación del precontrato, porque en caso de celebrar la venta su

objeto sería ilícito, lo cual, en todo caso es inviable, ya que tal promesa es inválida, insiste, pues no identificó el inmueble conforme lo exige el numeral 4ª del artículo 1611 del Código Civil y su otrosí corre la misma suerte, ya que omitió la época para protocolizar la venta.

A raíz de la falta de recaudo de la parte del precio de las unidades de vivienda, ante la inviabilidad de transferirlas, la sociedad demandante se encuentra en proceso de reorganización empresarial, y el terreno donde debía levantarse la morada es prenda general de los acreedores².

3.3. Trámite Procesal.

El Juzgado de Conocimiento, luego de subsanado el libelo³, mediante auto calendarado 5 de febrero de 2021 lo admitió y ordenó el traslado al extremo pasivo⁴.

Agroinversiones San José S.A. al enterarse del juicio constituyó apoderado judicial, quien se pronunció frente a los hechos con oposición a las pretensiones. Formuló las excepciones denominadas “**...PROMESA DE COMPRAVENTA CON REQUISITOS LEGALES QUE NO LA AFECTAN DE NULIDAD...**”, “**...DESCUIDO Y NEGLIGENCIA DEL DEMANDANTE...**”, “**...OTRO SÍ SIN VICIO DE NULIDAD...**”, “**...enriquecimiento sin justa causa...**”, “**...Mala fe contractual...**”, “**...Inexistencia de la fuerza mayor...**”, “**...Error de hecho y de derecho...**” y la “**...Genérica...**”⁵.

3.4. A su vez, Agroinversiones San José S.A.S- planteó demanda de mutua petición contra Wellness Center MDI S.A.S. en reorganización,

² Folios 8 al 20 del archivo 001Demanda.

³ Archivo 008SubsnaciónDemanda.

⁴ Archivo 011-2020-00195 ADM.

⁵ Archivo 013CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA proceso 2020-00195 Juzgado 8.

con el fin de lograr:

3.4.1. De Manera Principal:

3.4.1.1. La nulidad absoluta del otrosí suscrito el 29 de diciembre de 2015, por haber omitido el requisito consagrado en el numeral 3º del artículo 1611 del Código Civil; restitución al mismo estado en que se encontraban para aquella fecha, la validez del contrato preparatorio celebrado el 1º de marzo de 2011, el incumplimiento del mismo por parte de la promitente vendedora al no consumir la enajenación.

3.4.1.2. Devolución del dinero cancelado por la promitente compradora -\$180.971.096.00-, más los intereses causados desde el 25 de septiembre de 2012 hasta cuando se verifique el pago. Condenar en costas a la convocada.

3.4.2. De Forma Subsidiaria:

3.4.2.1. Disponer la terminación del convenio preparatorio, la resolución del mismo y las restituciones mutuas a que hubiere lugar.

3.4.2.2. Determinar, en consecuencia, el reintegro del dinero pagado, con la correspondiente actualización, los intereses que se causen desde la ejecutoria del veredicto hasta la satisfacción del crédito, más los gastos del litigio⁶.

Como sustento de tales pretensiones expuso:

A pesar de que el convenio preparatorio consumado el 1º de marzo de 2011 cumple con los requisitos de validez, Wellness Center MDI S.A.S. en reorganización no acató la fecha de entrega del inmueble estipulada, ni la anunciada en la comunicación emitida el 13 de

⁶ Folios 1 al 3 del archivo 015Reconvención.

septiembre de 2012, tampoco la protocolización de la escritura de compraventa, pactada para el día 25 del mismo mes y año, aun cuando la misma no fue modificada.

En el otrosí firmado el 29 de noviembre de 2015 para modificar el apartamento prometido en venta y su valor, se omitió señalar la data en que se materializaría la compraventa y la notaría en que ello se haría, de manera negligente.

La convocada ha deshonrado las obligaciones que le corresponden, no obstante que las medidas ordenadas en la acción de tutela T-601 de 2 de noviembre de 2016 no son constitutivas de fuerza mayor, por carecer de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad, ya que desde el año 2014 se presentaron problemas relacionados con la titularidad de la tierra del sector en que se ubica el bien negociado, por lo que aquella sociedad no se encuentra en imposibilidad definitiva de cumplir con la compraventa.

En el proceso de reorganización empresarial de Wellness Center MID S.A.S., la obligación a favor de Agroinversiones San José S.A.S. se catalogó como un crédito de segunda clase por el promotor dentro del proyecto de calificación.

A raíz de los hechos expuestos, varios de los promitentes compradores denunciaron a los socios de la compañía por estafa agravada⁷.

3.5. Trámite de la contrademanda.

Mediante proveído de 5 de agosto de 2021 se admitió la reconvencción⁸.

⁷ Folios 3 al 6 *ibídem*.

⁸ Archivo 037AutoNotificadoYAdmReconvencción2020-195.

Notificada de tal providencia, Wellness Center MDI S.A.S. en reorganización replicó los supuestos fácticos, se allanó a la petición relativa a que se declare la invalidez del otrosí y resistió las demás⁹. Planteó las excepciones previas de “...**Inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones y ausencia de los requisitos formales de la demanda que exige la ley, por no expresar con claridad y suficiencia lo pretendido...**”, “...**Inepta demanda por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial...**” y “...**No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios...**”¹⁰. En auto del 25 de febrero de 2022 declaró probada la última y convocó a Urban Group Colombia S.A. al trámite. Desestimó las demás ¹¹.

Así mismo, formuló los enervantes de mérito rotulados “...**FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO DERIVADA DE LA SENTENCIA T 601 DE 2016 Y DEL PROCESO DE CLARIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD EN EL CORREGIMIENTO DE ARROYO GRANDE...**”, “...**NULIDAD DE LA PROMESA DE CONTRATO SUSCRITA EL 01 DE MARZO DE 2011 Y EL OTROSÍ ... 1 SUSCRITO EL 29 DE NOVIEMBRE DE 2015, POR FALTA DE REQUISITOS FORMALES QUE EXIGE EL ARTÍCULO 1611 DEL CÓDIGO CIVIL...**”, “...**FALTA DE LOS REQUISTOS FORMALES DEL CONTRATO ...**”, “...**FALTA DE FECHA DE EXIGIBILIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE HACER CONTENIDA EN LA PROMESA DE COMPRAVENTA ...**”, “...**EXISTENCIA DE CONCURSO DE ACREEDORES y PATRIMONIO COMO PRENDA GENERAL DE LOS MISMOS ...**”, “...**PRESCRIPCIÓN...**”, “...**NADIE PUEDE ALEGAR A SU FAVOR LA PROPIA CULPA...**”, “...**COBRO DE LO NO DEBIDO...**”, “...**BUENA FE CONTRACTUAL...**” y la “...**GENÉRICA...**”¹².

⁹ Folios 1 al 14 del archivo 039ContestaciónDemandaReconvención.

¹⁰ Archivo 040ExcepcionesPrevias.

¹¹ Archivo 045Autoresuleveexcepciones20-195.

¹² Folios 14 al 24 del archivo 039ContestaciónDemandaReconvención.

Efectuado el emplazamiento de Urban Group Colombia S.A. se designó curador *ad litem*, quien dentro del término del traslado planteó la excepción titulada "...GENÉRICA..."¹³.

Descorridos los medios de defensa presentados¹⁴, evacuadas las audiencias establecidas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso¹⁵, la Funcionaria emitió veredicto que declaró la nulidad del contrato preparatorio y su otrosí, por desatender las exigencias reguladas en los numerales 3º y 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887. En consecuencia, ordenó a Urban Group Colombia S.A. y a Wellness Center MDI Marino S.A.S. restituir a Agroinversiones San José S.A. \$305.525.390.00, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, vencido el término se causarán intereses del 6% anual.

Inconformes con la determinación los dos extremos del litigio plantearon recurso de alzada, concedido en el acto¹⁶.

4. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

La señora Juez, luego de hacer un recuento de la actuación, advirtió la presencia de los presupuestos procesales, la inexistencia de circunstancia que invalide lo actuado, las causales de la nulidad absoluta, en el negocio jurídico *sub-examine*, y los requisitos para que esta pueda declararse.

Expuso que para considerar válida una promesa de compraventa debe reunir las exigencias contempladas en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, dos de las cuales no cumple la convención preparatoria y su otrosí mencionados en las pretensiones de esta *litis*, pues

¹³ Archivo 052AutoOrdenaFijarTraslado2020-195.

¹⁴ 021 MEMORIAL -07-05-2021.

¹⁵ Archivo 065ActaAudiencia2020-195Art372.

¹⁶ Archivo 067Acta Audiencia2020-00195Sentencia.

aunque en la primera se menciona la fecha en que se protocolizaría, en el último no se hizo lo propio, por lo que hay lugar a declarar la nulidad invocada del pacto, tanto en la demanda principal, como de reconvenición, de conformidad con lo previsto en el numeral 3º de la norma en cita.

Aunado en la alianza preparatoria, no se especificaron los linderos de los dos predios de mayor extensión en que se edificaría el apartamento 107 inicialmente negociado, el cual tampoco se encuentra singularizado por su ubicación y área en cada uno de sus costados, algunos de los cuales no se identificaron con precisión en el anexo C del acto preparatorio como se indicó.

En virtud de la prosperidad de la pretensión no tuvo recepción la subsidiaria de resolución, ni las enarboladas en el libelo de mutua petición. No hubo lugar a ordenar la restitución de la morada objeto del vínculo, ni los frutos dado que nunca fue entregada¹⁷.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES

5.1. La apoderada de la parte demandante principal, como sustento de su solicitud revocatoria parcial del ordinal segundo del acápite resolutivo del veredicto, rebatió que se condenara al pago de intereses legales sobre los conceptos materia de restituciones mutuas, cuando ello solo es procedente en el evento de existir mora en el pago de una indemnización de perjuicios.

Acotó que Wellness Center MDI Marino S.A.S. – en reorganización tanto en su contabilidad como en el proyecto de graduación y calificación de acreencias, aprobado en audiencias llevadas a cabo el 14 y 19 de octubre de 2021 por la Superintendencia de Sociedades reconoció a Agroinversiones San José S.A.S. \$180.971.095.97, que

¹⁷ Hora 1:07 a 2:23 del archivo 11001310300820200019500 Audiencia29 Marzo...

sufragó con ocasión de la promesa de compraventa, más la indexación correspondiente desde el día de exigibilidad de la obligación, propuesta que contó con el beneplácito del 72% de los acreedores, para ser atendida conforme las prelacións previstas en los artículos 2495 y siguientes del Código Civil, acuerdo convalidado en vista pública del 14 de marzo pasado.

Añadió que por consiguiente el monto de tal prestación debe tener correspondencia con el relacionado en el proceso de insolvencia, máxime cuando ninguna de las objeciones planteadas en dicho trámite controvirtió la liquidación de intereses o la indexación del crédito¹⁸.

5.2. El abogado de la convocada en el libelo inicial, cuestionó que la Juez *a quo* concluyera que el negocio preparatorio y su otrosí no satisfacen el requisito atinente a que el inmueble estuviera determinado, de forma tal que para su perfeccionamiento solo faltara la tradición del bien o las formalidades legales, argumento que va en contravía de las nuevas formas de comercializar la propiedad raíz a través de promesas de ventas sobre planos y sistemas de fiducias de parqueo, los cuales vinculan a personas interesadas en adquirir un bien en el futuro que se consolidará cuando el proyecto inmobiliario llegue a su punto de equilibrio.

Agregó que desconoció la evolución del precontrato, la reglamentación sobre propiedad horizontal, los proyectos sujetos al sistema de construcción y la evolución del derecho inmobiliario, ya que la única forma de identificar una heredad no es a través de sus linderos o matrícula inmobiliaria, pues las partes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad pueden establecer un mecanismo idóneo para determinar o hacer verificable el objeto de la convención.

¹⁸ Hora 2:24 a 2:27 *ibídem*, folios 27 al 29 del archivo 069RepresentanteLegalWellnessAllegaReparos y 2 al 4 del archivo 08Sustentación.

Por tanto, pueden acudir a la descripción del inmueble futuro, el lugar en donde se construirá, la delineación que del mismo se hará en el reglamento de propiedad horizontal que se inscribirá en el folio de matrícula inmobiliaria del terreno de mayor extensión, tal cual ocurrió en el caso en análisis, en donde además obra que la individualización de la vivienda consta en el anexo C de la alianza¹⁹.

5.3. La profesional del derecho que representa a Wellness Center MDI Marino S.A.S. en reorganización, en uso del derecho de réplica insistió en que los linderos del inmueble materia de la promesa pueden ser determinables; sin embargo, en el caso analizado ello no es dable, debido a que el reglamento de propiedad horizontal en donde se indicarían no pudo registrarse.

Entonces, como la identificación del bien negociado no pudo establecerse a través de otros elementos, el convenio preparatorio es inválido; además por omitir el plazo para consolidarlo, requisito que no es viable flexibilizar.

Deprecó la infirmación de la orden tendiente a pagar los réditos del 6% anual, emitida por la Funcionaria de primer grado²⁰.

6. CONSIDERACIONES

6.1. No encuentra esta Corporación reparo en cuanto a los llamados, por la doctrina y la jurisprudencia, presupuestos jurídico-procesales, igualmente no se vislumbra vicio con entidad de anularlo en todo o en parte.

6.2. Acorde con lo previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia del Tribunal de conformidad con los reparos

¹⁹ Hora 2:27 a 2:29 del archivo 11001310300820200019500, archivos 068ApoderadoDemandadoAllegaSustentaciónRecurso y 09Sustentación.

²⁰ Archivo 10DescorreTraslado.

esbozados y la sustentación del recurso de apelación, se circunscriben, a determinar si se estructuró la nulidad absoluta alegada del convenio preparatorio y de otrosí por el incumplimiento de las exigencias previstas en los ordinales 3º y 4º del artículo 1611 del Código Civil. En caso positivo, si el monto ordenado devolver a la promitente vendedora, con ocasión de las restituciones mutuas debe tener correspondencia con el que esta reconoció en el proceso de reorganización a su contendiente.

6.3. La promesa de celebrar un contrato únicamente produce efectos cuando satisface los presupuestos generales, regulados en el artículo 1502 del Código Civil, así como los requerimientos expresamente establecidos en el canon 89 de la Ley 153 de 1887, subrogado por el 1611 del Código Civil, es decir, si el negocio consta por escrito, no es de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos señalados por la ley, contiene un plazo o condición, o ambos, fija la época de celebración del contrato prometido, y éste ha sido determinado de tal manera, que para su perfeccionamiento, solo falta la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Si no se ajusta a las exigencias, resulta afectada de nulidad absoluta, habida cuenta que la expresión relativa a que “...*no produce obligación alguna...*”, contenida en la norma en comento hace referencia a dicha sanción, disciplinada en el artículo 1741 *ejusdem*, para aquellos actos o contratos en los cuales se ha omitido algún presupuesto o formalidad que las leyes prescriben para su valor, en consideración a la naturaleza.

Estos mismos motivos comprometen la validez de los actos o convenciones mercantiles, cuyo precepto 899 también enuncia de forma expresa como causal de nulidad, el desconocimiento de una “...*norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa...*”.

Al tenor del artículo 1742 del Código Civil, una vez evidenciada la invalidez, el juez queda facultado para declararla, “...*aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato...*”, de suerte que, con alegación o sin ella, le corresponde al juzgador declararla con las consecuencias legales propias de la decisión.

6.4. El objeto del vínculo consiste en procurar la celebración del pacto proyectado, “...*en el acto preparatorio debe delimitarse claramente en cuanto su naturaleza, esto es, los «elementos esenciales»²¹ del negocio futuro; por ende, la promesa debe dar a conocer de forma expresa y clara en qué consiste el convenio programado, lo cual implica: definir las partes que habrán de concurrir a celebrarlo; los bienes sobre los que recaerá ese pacto ulterior; la contraprestación pactada, si a ello hubiere lugar; y muy especialmente, la época de celebración de esa convención conclusiva.*

Sólo con el lleno de esos requerimientos es posible afirmar el carácter vinculante de la promesa, así como su validez, en los términos del citado precepto 89 de la Ley 153 de 1887.

Sin embargo, lo anterior no significa que el contrato de promesa envuelva las prestaciones propias del contrato planeado, ni que sus cláusulas sean las mismas del posterior; pues, ello supondría la inutilidad de la promesa, en tanto se confundiría con el preparado y, entonces, no habría necesidad del acuerdo preparatorio si desde ese momento es viable arribar al negocio ulterior.

Lo dicho, por el contrario, exige y supone que en la promesa se debe identificar de tal suerte el contrato final «que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.» (ord. 4º, art. 89, Ley 153 de 1887).

²¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencias de 8 de julio de 1977 y 16 abril del 2002, expediente 7255.

... Así las cosas, para sustentar la naturaleza transitoria y preparatoria de la promesa es indispensable que ésta, además, concrete los bienes que constituyen el objeto material de la convención prefijada y contenga un plazo o condición, o ambos, que fije la época de celebración del contrato prometido...”²².

6.5. En relación con la determinación del inmueble negociado, conviene decir que el mandato contenido en el ordinal 4º del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, se cumple satisfactoriamente cuando lo determina, lo que sucede una vez se ha delimitado de tal manera que no pueda confundirse con otro.

Sobre el particular el Alto tribunal Civil ha precisado:

“...«la especificación o singularización del bien prometido no queda sometida a la discrecionalidad de los promitentes pactantes, pues si de acuerdo con la ley, lo único que debe quedar pendiente es la tradición o la ejecución de las formalidades legales, es porque el contrato prometido está determinado a cabalidad».

En consecuencia, la determinación del bien objeto del negocio prometido debe ser tal que no genere ningún tipo de duda.

Ahora bien, lo dicho en precedencia no implica que la promesa únicamente pueda versar sobre bienes o derechos actualmente existentes y determinados; pues, la normativa no impide que la convención preparatoria recaiga sobre bienes o derechos indeterminados, pero determinables, ni que involucre cosas inexistentes, pero cuya existencia pueda esperarse razonablemente para el momento del perfeccionamiento del contrato final.

Justamente, el artículo 1869 del Código Civil contiene una regla de

²² Corte Suprema de Justicia. SentenciaSC5690 de 19 de diciembre de diciembre de 2018. Expediente 11001-31-03-032-2008-00635-01. Magistrado Ponente doctor Luis Alonso Rico Puerta.

aplicación analógica a convenciones preparatorias, como lo es la promesa, que afirma la validez de la venta o la promesa de «cosas que no existen, pero se espera que existan», sin olvidar que en ese supuesto va implícita «la condición de existir», a menos que las partes convengan lo contrario «o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte»...»²³.

De cara con lo anterior, en la promesa de compraventa celebrada el 1º de marzo de 2011 entre Agroinversiones San José S.A., como promitente compradora, y Urban Group Colombia S.A., en calidad de promitente vendedora, no se describió con precisión la propiedad raíz objeto de este pacto, esto es, del apartamento 107 de la torre D, pues allí solo se dijo que la primera se obligaba a adquirirlo, la identificación y alinderamiento obraba en el anexo C de dicho pacto. No obstante, la venta se acepta como cuerpo cierto -cláusula primera-²⁴, sin mencionar ningún otro dato que permitiera la cabal individualización de la unidad inmobiliaria, como su dirección, o el folio de matrícula de los terrenos en donde se edificaría.

Por su parte, el anexo C aludido solo especificó –de manera un tanto ambivalente– como linderos generales de la morada los siguientes: “...CENIT: Con losa común que lo separa de la unidad 207. NADIR. NORTE: Con jardín de uso común. SUR: Con jardín de uso común. OCCIDENTE: En parte con Jardín de uso común y en parte con corredor de acceso de la Torre D. ALTURA ABIERTA: 2.90 M2”²⁵.

Tal descripción obvia, de nuevo, aportar cualquier información útil orientada a describir con la claridad debida el objeto del pacto prometido, tendiente a individualizarlo, como la ubicación, la nomenclatura exacta, o incluso el número de registro inmobiliario de los predios en los que se construirá el apartamento sobre el que

²³ Cfr. *Idem*.

²⁴ Folio 6 del archivo 002Anexos.

²⁵ Folio 16 *ibidem*.

versaría la futura transferencia.

Respecto de tales exigencias, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

“...la especificación o singularización del bien prometido no queda sometida a la discrecionalidad de los promitentes pactantes, pues si de acuerdo con la ley, lo único que debe quedar pendiente es la tradición o la ejecución de las formalidades legales, es porque el contrato prometido está determinado a cabalidad...”²⁶.

Más recientemente, la misma Corporación insistió en que, *“...precisamente teniendo presente que una es la obligación adquirida en la promesa y otras las que emanan del contrato prometido, a la vez que procurando que la identificación del inmueble prometido no fuera talanquera para el cumplimiento, **la jurisprudencia de la Corporación ha exigido la inclusión en la promesa de su ubicación y alindamiento**, pues tal información constituye la forma natural de procurar la requerida precisión en la determinación del objeto que reclama el precepto en comento...*

...

Doctrina que ha venido reiterando en providencias posteriores (por ej. CSJ SC 2 ag 1985, G.J. CLXXX, pág. 226) en las que el énfasis del requerimiento acerca de la determinación del inmueble que ha de enajenarse en virtud del contrato prometido, se pone en el alindamiento y ubicación del inmueble como forma cabal de identificarlo, sin que ello signifique, agrega ahora la Corte, que no existan hoy por hoy otros medios que, quedando expresados en el texto mismo de la promesa, logren la misma finalidad identificante, con lo cual se cumple el propósito de que el bien raíz sobre que versará la compraventa no pueda ser confundido con otro, sin que exista razón para exigir la mención concurrente a todos ellos en la

²⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de junio de 2005, expediente 1999-01213-01.

promesa, junto con los que ha venido destacando como obligatorios la jurisprudencia de esta Sala»...»²⁷.

El inmueble no debe individualizarse verificando los planos que la promitente comprador dijo conocer²⁸ o el reglamento de propiedad horizontal, porque el contrato de promesa está sometido a la solemnidad de constar por escrito, de forma tal que los pactos de su esencia –como lo es, a no dudarlo, «...*determin[ar] de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales*»– deben reposar en el texto mismo de la convención, lo que no ocurre en este asunto, ya que en el precontrato no se concertó que a partir de tales documentos era determinable la singularización de la propiedad raíz objeto de futura transferencia.

Dicho, en otros términos, aflora la nulidad del convenio preparatorio por cuanto no permitió saber con exactitud qué fue lo que se prometió vender, ya que omitió puntualizar los rasgos suficientes para distinguir con certeza la heredad que se transferirá en el futuro de cualquiera otra.

En otras palabras, aunque la información faltante para lograr individualizar dicho bien puede reposar en varios documentos ajenos a la promesa, estos solo podrían ligarse al precontrato si en su contenido textual así se hubiera estipulado con el propósito de hacerlo determinable, -lo cual no se suple con la mención que allí se hizo referente a que la promitente compradora estaba enterada de sus especificaciones y conocía los planos-; sin embargo, como no se hizo lo propio es improcedente, en razón a la solemnidad *ad substantiam actus* consagrada en el numeral 1º, artículo 1611 del Código Civil, y dicho sea de paso, son inadmisibles los argumentos relativos a la nueva forma de negociar la propiedad raíz futura, alegados por uno

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC004 de 14 de enero de 2015.

²⁸ Folio del archivo 002Anexos.

de los recurrentes.

En línea con las precedentes motivaciones, no incurrió en error alguno la Funcionaria *a quo* al declarar la invalidez de la promesa de compraventa, porque como viene de verse, el bien objeto de la convención futura fue descrito de forma muy imprecisa, y no convino una manera puntual de determinar su individualización.

Ello indudablemente comporta la nulidad del convenio que se analiza, al infringir el numeral 4º del artículo 1611 del Código Civil, el cual reza: “*La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna, salvo que concurran las circunstancias siguientes: (...)4ª). Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales*”, a riesgo de ser reiterativos.

6.6. De otra parte, igualmente es nulo el otrosí del convenio preparatorio consumado el 29 de noviembre de 2015, suscrito por los contratantes iniciales y Wellness Center MDI Marino S.A. en calidad de promitente vendedor cesionario, para modificar el apartamento al 404 de la torre 3, debido a que además de omitir la descripción e individualización del inmueble, dado que en el anexo c²⁹, como se indicó en su cláusula primera³⁰, no se señalaron los linderos, ni se individualizó el mismo, en la medida que allí se consignó que obraría en el reglamento de propiedad horizontal, el cual nunca se registró. Aunado, tal adenda también omitió fijar la época concreta en la que ese suceso futuro debiera acaecer -cláusula decimoprimer³¹, en contravía de lo dispuesto en el ordinal 1º del precepto 1611 del Código Civil.

No obstante que, sobre esta última exigencia, el Máximo Órgano de

²⁹ Folio 27 *ibídem*.

³⁰ Folio 19 *ibídem*

³¹ Folio 22 *ibídem*.

la Jurisdicción Ordinaria ha señalado:

“...las partes deben fijar, sin vaguedades, la época en la cual se ha de verificar el contrato prometido para lo cual pueden acudir a un plazo o a una condición, pero la modalidad escogida debe ser precisa para la finalidad buscada, que no es otra que establecer certeramente la transitoriedad del contrato de promesa...”³².

De consiguiente, la secuela de tal olvido no podía ser otra que la invalidación del otrosí del acuerdo preparatorio, por lo que ningún reproche merece la primera instancia por así haberlo declarado, toda vez que los concertantes en este vínculo no indicaron los linderos, ni la ubicación de la nueva heredad negociada, además no se registró el documento en que se singularizaría tal propiedad, tampoco consagró la fecha en que ha de celebrarse el contrato prometido.

6.7. En lo que atañe a las restituciones recíprocas generadas por la anulación de los negocios jurídicos memorados, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia adoctrinó que:

“...la regulación de las prestaciones mutuas que aún de oficio deben ser ordenadas por el juez cuando quiera que decrete la nulidad o en general la ineficacia del acto jurídico, apunta a que se restituya, por la parte obligada a ello, la suma de dinero recibida en ejecución del acto anulado, o inexistente, con la consiguiente corrección monetaria.... Es, salvo excepción legal, el efecto general y propio de toda declaración de nulidad de un negocio retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiera existido acto o contrato nulo (cfr. G.J. T.CCXXXIV, pág. 873).

La causa de orden de restitución con intereses que sigue a la

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC5690 de 19 de diciembre de 2018.

declaratoria judicial de nulidad (...) estriba en una razón de equidad, como ya se dijo, que el propio legislador ha tomado en consideración como base de una obligación de fuente legal, desde el encabezamiento mismo de transcrito artículo 1746 del Código Civil. En relación con este asunto, ya la Corte había precisado y ahora lo reitera, que, “[s]i se tiene en cuenta que las restituciones mutuas son asunto puramente civil, sin vinculación directa con el contrato estimado ineficaz, debe concluirse que los intereses a pagar en el caso que ocupa a la Corte son los legales civiles del 6% anual, así el negocio jurídico invalidado pudiera calificarse de comercial” (CSJ. SC. 10 dic.1992) (...). A consecuencia de lo anotado, los intereses que ordena pagar el artículo 1746 del Código Civil, deben computarse a la tasa prevista por el artículo 1617 idem, como, en principio, es lo propio de las restituciones mutuas” (CSJ SC10097-2015, 31 jul.)...³³.

Así mismo, la Alta Corporación Civil ha precisado que “...[s]i lo entregado fue dinero, su restitución comprenderá el monto nominal entregado, debidamente indexado, es decir actualizado conforme a la variación del IPC que certifique el Departamento Administrativo de Estadística (DANE)...”³⁴.

Entonces, haciendo suyos, esta Sala, los criterios jurisprudenciales antes expuestos, relativos a que la indexación del dinero a restituir a uno de los contratantes, consecuencia de la declaratoria de invalidez de un convenio se efectúa con soporte en el IPC, y que este capital genera intereses legales, por ser las restituciones mutuas un aspecto netamente civil, al margen de la connotación que pueda tener el negocio anulado, se aparta de la postura adoptada por la Corte Suprema de Justicia -que por demás no es pacífica acorde con lo antes expuesto-, entre otras, en las sentencias S-25-04-2003, expediente 7140 y SC-3971 - 2022, en

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC002 de 18 de enero de 2021, expediente 008 2011 00068 02. Magistrado Ponente doctor Luis Alonso Rico Puerta.

³⁴ Cfr. *Idem*.

las cuales se considera la tasa de interés bancario corriente como un mecanismo de actualización del dinero, a efectos de calcular las restituciones recíprocas en eventos de resolución o anulación de contratos, de naturaleza mercantil.

Ciertamente, conforme se destacó en los salvamentos de voto del último pronunciamiento en mención, es acertado realizar la actualización de las sumas que la promitente vendedora debe devolver a la promitente compradora, por haberse anulado tal vínculo, con base en el índice de precios al consumidor, y no acudiendo a la indexación indirecta, a través de los intereses bancarios, *“...pues con este último proceder además de indizar se estarían reconociendo conceptos que son extraños... [y] no son asimilables, pues, como se puso de presente, el interés bancario, además de la indexación, tiene en cuenta otras variables para su determinación; huelga enfatizarlo, uno de los elementos para fijar el interés corriente por las entidades financieras es la desvalorización de la moneda, pero no el único, pues además contiene (I) el valor por el uso del dinero, (II) los costos y gastos de la actividad de intermediación, (III) la remuneración del agente intermediario y (IV) la ponderación de los riesgos de la colocación. Se trata, entonces, de un vínculo entre el todo y una de sus partes...”*³⁵.

“...A ello cabe añadir que ecuaciones como el IPC + 6%, que se aplicó en CSJ SC002-2021, no buscan calcular el monto actualizado de una restitución, sino el valor a restituir sumado a sus frutos civiles, tal como lo prescribe el artículo 1746 del Código Civil, alusivo a la nulidad sustancial del negocio jurídico...

Por esa vía,... basta con restituir lo entregado, debidamente

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3971 de 23 de marzo de 2023 2022, expediente 11001-31-03-004-2015-00745-01. Salvamento de voto efectuado por el doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalve.

actualizado a través de la variación del IPC, que es una forma estándar de mantener el valor del dinero con el paso del tiempo. La adición al IPC de cualquier suma (como el 6% al que se hizo mención en fallo CSJ SC002-2021, u otro guarismo cualquiera), tendrá fines remuneratorios, pero no compensatorios del efecto de la devaluación...

De ahí que no [tenga] cabida adicionar a la indexación, calculada única y exclusivamente a través de la variación del IPC –en este y en todos los casos–, componentes accesorios, orientados a remunerar o compensar, por segunda vez, al promitente comprador por el tiempo en el que no pudo hacer uso del dinero del anticipo del precio...”³⁶.

Por las anteriores, razones el reconocimiento de réditos legales, estipulados en el artículo 1617 del Código Civil, generados por los valores actualizados a restituir a la promitente compradora, solo se efectuará a partir del vencimiento del plazo otorgado en la sentencia, pues es desde este momento procesal que se tornan exigibles; aunado, la cantidad indexada no debe permanecer indemne pese al paso del tiempo si no es satisfecha dentro del término conferido para este fin. Por lo tanto, está llamada al traste la inconformidad manifestada por uno de los recurrentes sobre el particular.

En coherencia con lo esgrimido, “...[e]n aras de restablecer el valor adquisitivo de lo pagado en su momento por la venta prometida, se indexará la indicada cantidad, criterio acogido por esta Sala en varias oportunidades con fundamento en el principio de equidad, inspirador de la actuación jurisdiccional. En ese sentido, se ha sostenido que «el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta Corte (CSJ SC, 25 abr. 2003, rad. 7140, SC11331 de

³⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC3971 de 23 de marzo de 2023 2022, expediente 11001-31-03-004-2015-00745-01. Salvamento de voto efectuado por el doctor Luis Alonso Rico Puerta

2015, rad. nº 2006-00119), partiendo de la base de que en economías inflacionarias como la colombiana el simple transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fenómeno que ha sido calificado como notorio” (CSJ SC2307-2018, 25 jun, rad. 2003-00690-01; CSJ SC3666-2021, 25 ago., rad. 2012-00061-01).

Con el fin de traer a valor presente la condena, se acudirá a las reglas que desde hace mucho ha empleado la Corte para la actualización de cantidades pecuniarias, con base en el Índice de Precios al Consumidor (IPC) certificado por el DANE, indicador que por su connotación de hecho notorio no requiere su demostración en el juicio (CSJ SC 7 oct. 1999, rad. 5002; CSJ SC 4 sep. 2000, rad. 5260; CSJ SC 26 feb. 2004, rad. 7069, CSJ SC 1731-2021, 19 may., rad. 2010-00607-01, CSJ SC002-2021, 18 ene., rad. 2011-00068-01; CSJ SC3687-2021, 25 ago., rad. 2013-00141-01, entre otras). Se tomarán para el justiprecio el índice más cercano a la aprobación de este fallo...³⁷.

Para el anotado ejercicio se recurrirá a la siguiente fórmula:

$$VH = VA \times \frac{\text{IPC final} \dots}{\text{IPC inicial} \dots}$$

Donde:

VH = valor histórico

VA= valor actual³⁸.

Por lo tanto, actualizados los valores solucionados por la promitente vendedora, aceptados por los extremos del litigio, hasta la fecha más

³⁷ Los indicadores se pueden consultar en: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/precios-y-costos/indice-de-precios-al-consumidor-ipc> y <https://es.scribd.com/doc/254857681/IPC-Indice-Serie-de-Empalme>.

³⁸ Cfr. *Idem*.

cercana a la aprobación de esta sentencia, conforme lo impone el inciso 1º del artículo 283 del Código General del Proceso, tras efectuar la operación correspondiente tenemos el siguiente resultado:

FECHA DE PAGO	VALOR SUFRAGADO	IPC INICIAL	IPC FINAL	VALOR HISTÓRICO
28/10/2011	\$10.000.000.00	75,77	134,45	\$17.744.489,90
30/11/2011	\$10.000.000.00	75,87	134,45	\$17.721.101,88
31/12/2011	\$20.000.000.00	76,19	134,45	\$35.293.345,58
29/02/2012	\$20.000.000.00	77,22	134,45	\$34.822.584,82
31/05/2012	\$95.971.096.00	77,76	134,45	\$165.937.678,20
31/03/2013	\$25.000.000.00	78,79	134,45	\$42.660.870,66
TOTAL	\$180.971.096.00			\$314.180.071,04

De manera que efectuada la anterior operación con el fin de indexar las cantidades sufragadas por la promitente compradora, se modificará el ordinal segundo del acápite resolutivo del veredicto apelado, para disponer que Urban Group Colombia S.A. y Wellness Center MDI Marino S.A.S. restituyan a Agroinversiones San José S.A. la suma de \$314.180.071,04.

6.8. Precisado lo antecedente, es decir, que hay lugar a ordenar la restitución de las sumas abonadas por la promitente compradora con ocasión de la invalidez reconocida del precontrato y su otrosí, debidamente indexadas a la fecha en que se emite el veredicto, así como el pago de intereses legales que se causen por tales cifras a partir del vencimiento del plazo conferido en la aludida determinación, debe decir la Sala que tales disposiciones, emitidas en este proceso no se ven limitadas por el hecho que el monto de lo sufragado por aquella negociante, -que de todas maneras fue indexado hasta una fecha anterior a la aquí considerada para el mismo fin-, hubiere sido incluido en el proyecto de graduación de créditos presentado dentro del acuerdo de reorganización de la sociedad Wellness Center MDI Marino S.A.S.³⁹, pues es plausible que el pago de estas particulares

³⁹ Folio 7 del archivo 026Anexo-7.PROYECTO.

obligaciones se hubieran declarado en otro proceso, como en efecto ocurrió aquí, y una vez determinada su certeza y exigibilidad se gradúen tales obligaciones, acorde a su clase, para ser pagadas, conforme establece la prelación legal.

Tal conclusión se infiere de lo previsto en los incisos 2º y 3º del artículo 25 de la Ley 1116 de 2006, los cuales disponen:

“...los créditos litigiosos y las acreencias condicionales quedarán sujetos a los términos previstos en el acuerdo, en condiciones iguales a los de su misma clase y prelación legal, así como a las resultas correspondientes al cumplimiento de la condición o de la sentencia o laudo respectivo. En el entretanto, el deudor constituirá una provisión contable para atender su pago.

Los fallos de cualquier naturaleza proferidos con posterioridad a la firma del acuerdo, por motivo de obligaciones objeto del proceso de reorganización, no constituyen gastos de administración y serán pagados en los términos previstos en el mismo para los de su misma clase y prelación legal. En el evento de estar cancelados los de su categoría, procederá su pago, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del fallo...”

Sumado a lo precedente, no debe perderse de vista que la finalidad del proceso de reorganización, entre otros aspectos, de conformidad al inciso 2º, artículo 1º *ibidem*, es normalizar las relaciones crediticias, razón por la cual el acuerdo al que llegue una empresa inmersa en ese trámite con sus acreedores no tiene el efecto jurídico de impedir que se declare en juicio de naturaleza diferente que el monto actual de las de las obligaciones existentes entre ellos es superior al relacionado en aquel trámite, o que el mismo generó réditos moratorios desde cuando fue reconocida su certeza e exigibilidad.

Como si fuera poco, tampoco es pertinente desconocer que el acuerdo de reorganización puede ser incumplido, si no son satisfechos los créditos materia de calificación y graduación. No obstante, lo anterior, es inviable, en el evento que lo allí convenido se acate perseguir, a la vez, una misma obligación que fue incluida en el inventario de acreencias y en el correspondiente proyecto de reconocimiento de graduación, y luego objeto de decisión en otro proceso, pues en este evento solo procede un único pago, atendiendo los lineamientos del artículo 25 antes citado. Por tanto, esto corresponde considerarse en caso de que el proceso de reorganización en que se encuentra inmersa una de las promitentes vendedoras llegue a feliz término.

Con sustento en las motivaciones acabadas de esgrimir no tiene recepción el alegato enfilado a que debe tener correspondencia el valor que se disponga restituir a la promitente compradora en este litigio con el relacionado en el proceso de insolvencia, más aún cuando en este litigio ninguna objeción se planteó respecto de la liquidación de intereses o la indexación de dicho crédito.

6.9. Colofón de lo expuesto se modificará el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, para actualizar a la fecha en que se dicta el pronunciamiento el monto de los valores que se deben devolver a la promitente compradora. Confirmar en lo demás.

7. DECISIÓN

En virtud a lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C.**, en **SALA CUARTA CIVIL DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

7.1. MODIFICAR el ordinal segundo del acápite resolutivo de la sentencia calendada 29 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Octavo del Circuito de esta ciudad, el cual quedará así:

*“...**SEGUNDO:** Ordenar que Urban Group Colombia S.A. y Wellness Center MDI Marino S.A.S. restituyan a Agroinversiones San José S.A., dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la suma de \$314.180.071,04. Vencido dicho plazo este monto causará intereses del 6% anual...”*

7.2. CONFIRMAR en lo demás.

7.3. DETERMINAR que no hay condena en costas ante la improsperidad de los recursos interpuestos por las partes del proceso.

7.4. DEVOLVER el expediente a la oficina de origen, previas las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE.

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De Bogotá D.C.,

Aida Victoria Lozano Rico
Magistrada

Sala 016 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 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: **875b225b06569e84c9e800009b50918bfd4f972df1426b71125831aac94767b0**

Documento generado en 08/09/2023 08:09:48 AM

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Sustanciadora

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

015 2019 00172 01

Revisadas las presentes diligencias, se advierte que el plazo previsto para la resolución del recurso de apelación planteado por la parte demandante contra la sentencia de 18 de abril de 2022, proferida por el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá D.C., en principio fenecería el día 13 de septiembre de la presente anualidad, el que contado a partir de la fecha se posesión de la suscrita Magistrada como actual titular de este Despacho – 29 de marzo de 2023 -, vencería el 29 del mismo mes y año, y que dada la complejidad del presente asunto se requiere un estudio pormenorizado de los medios suasorios allegados, se hace necesario ampliar el término para su resolución por el término de seis (6) meses más, tal como lo faculta el inciso sexto del artículo 121 del Código General del Proceso.

En firme este proveído, ingrese nuevamente el expediente al despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE,



SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA
Magistrada

Firmado Por:
Sandra Cecilia Rodríguez Eslava
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: **6643bbac29e1fea913be80e39b23046fdc40ca52dac63c8dceb9b09d4983b142**

Documento generado en 08/09/2023 03:04:29 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 D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Ponente
SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

CLASE DE PROCESO	VERBAL
DEMANDANTE	EDIFICIO PEÑAS BLANCAS P.H.
DEMANDADO	ESCALAR GERENCIA INMOBILIARIA SAS, GRANITOS Y MÁRMOLES S.A. Y PEÑAS BLANCAS S.A. - EN LIQUIDACIÓN
RADICADO	11001310301920210040601
PROVIDENCIA	Interlocutorio No.79
DECISIÓN	<u>NO AVOCA CONOCIMIENTO</u>
FECHA	Ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede este despacho a pronunciarse sobre la procedencia o no del impedimento manifestado por el Magistrado Dr. Luis Roberto Suárez González, en proveído de 11 de agosto del cursante.

I. CONSIDERACIONES

Las causales de impedimento han sido concebidas como un instrumento idóneo establecido por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario administrativo investido de funciones jurisdiccionales en la toma de las disímiles decisiones que deben emitir. De suerte que esta figura jurídica permite observar la transparencia dentro del proceso judicial, autorizando a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento concreto de un asunto jurídico, cuando quiera que se configure alguna de las causales previstas para el efecto en la ley adjetiva.



Es así como se ha establecido la obligación para que por parte de los funcionarios judiciales, de manera unilateral, se ponga en conocimiento de los sujetos procesales actuantes al interior de un determinado proceso, la concurrencia de alguna de las causales de impedimento previstas en el artículo 141 del Código General del Proceso, las cuales son taxativas y de aplicación restrictiva, con el propósito de que el respectivo funcionario pueda apartarse del conocimiento del asunto de que se trate por estar afectada su convicción por factores ajenos al debate planteado en el mismo, tales como, para el caso, *"haber conocido del proceso o realizado cualquier actuación en instancia anterior"*, lo que implica que tenga relación, al menos mediata, con el caso objeto de juzgamiento, de manera tal que impidan una decisión imparcial.

Así mismo, ha de mencionarse que uno de los máximos propósitos de la actividad judicial es lograr que sus funcionarios estén revestidos de absoluta independencia e imparcialidad respecto de la toma de sus decisiones y que actúen de acuerdo con los principios de equidad, rectitud, honestidad y moralidad, sobre los cuales descansa el ejercicio de la función pública contemplada en el artículo 209 de la Constitución Política, procurando obviar cualquier circunstancia que pueda parcializar su criterio hacia uno de los extremos de la litis.

Pues bien, mediante auto de 11 de agosto del cursante, el Magistrado Sustanciador Dr. Luis Roberto Suarez González, procedió a declararse impedido para continuar con el trámite de apelación propuesto por la parte demandante dentro del proceso de responsabilidad contractual que inició el Edificio Peñas Blancas contra Escalar Gerencia Inmobiliaria SAS, Granitos y Mármoles S.A. y Peñas Blancas S.A. en liquidación, argumentando que se encuentra incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 141 del Código General del Proceso, en razón a que el supuesto fáctico en el cual se fundamenta la alzada se centra en los vicios



que tiene la fachada del Edificio Peñas Blancas; y que existe una unidad temática con los supuestos fácticos del proceso de protección al consumidor adelantado entre las mismas partes, en el que fungió como ponente del fallo de segunda instancia emitido el 10 de febrero de 2020.

Verificada la situación fáctica expuesta, se aprecia que, si bien el funcionario se declaró impedido para conocer de la actuación el 11 de agosto de 2023, la secretaría de esta Corporación tan solo ingresó el expediente a este despacho el día 31 de agosto de 2023, y al momento de proferirse esta providencia, aquél ya no se encuentra desempeñando sus labores en esta Corporación, habiéndose posesionado en su lugar la Magistrada Heney Velásquez Ortiz desde el 5 de septiembre de 2023, razón por la que la causa de impedimento desapareció y este Despacho debe abstenerse de avocar su conocimiento.

Así las cosas, y sin que sean necesarias otras elucubraciones, se concluye que en la actualidad ya no se configura la causal invocada, y, en consecuencia, debe disponerse la devolución del expediente al Despacho al que le había sido repartido, para lo de su competencia.

II. DECISIÓN

En mérito de lo brevemente expuesto, este despacho,

RESUELVE

PRIMERO: No avocar el conocimiento del presente asunto, conforme a las motivaciones que anteceden

SEGUNDO: Disponer la remisión inmediata del expediente al Despacho al que le había sido repartido, para lo de su competencia.



NOTIFIQUESE

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

Firmado Por:

Sandra Cecilia Rodriguez Eslava

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: **dc77d2c8d47a1a443e06bef3b8e7902f3a1bfac014cd433fc526223ca4159636**

Documento generado en 08/09/2023 02:29:14 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 D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Sustanciadora

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

021 2020 00184 03

Revisadas las presentes diligencias, se advierte que el plazo previsto para la resolución del recurso de apelación planteado por la parte accionada contra la sentencia de 15 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá D.C., fenecerá el día 29 de septiembre de 2023, teniendo en cuenta la fecha en que la suscrita Magistrada tomó posesión del cargo como actual titular de este Despacho – 29 de marzo de 2023 -, y que a través de proveído de la misma fecha fue ordenado el efectivo recaudo de una prueba que había sido decretada en primera instancia, se hace necesario ampliar el término para su resolución por el término de seis (6) meses más.

Lo anterior, haciendo uso de la facultad prevista en el inciso sexto del artículo 121 del Código General del Proceso.

En firme este proveído, oportunamente ingrese el expediente al despacho para lo pertinente.



NOTIFÍQUESE,

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

Firmado Por:

Sandra Cecilia Rodriguez Eslava

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: **49a4c5c49ad76c920ff93c311db01c953e9d424bb345f69936dd4a6c7a91858e**

Documento generado en 08/09/2023 03:03:41 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 D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Sustanciadora

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

CLASE DE PROCESO	Verbal – Responsabilidad Civil extracontractual
DEMANDANTE	Ramiro Bejarano Guzmán
DEMANDADO	Enrique Gómez Martínez y Mauricio Gómez Escobar (Q.E.P.D.)
RADICADO	11001 31 03 021 2020 00184 04
PROVIDENCIA	Auto interlocutorio 080
DECISIÓN	Ordena practicar la prueba decretada
FECHA	Ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede el Tribunal a proveer sobre la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del señor Mauricio Gómez Escobar (Q.E.P.D.) en contra del auto de 2 de febrero de 2023, proferido por el Juzgado 21 Civil del Circuito de esta ciudad, por medio del cual cerró el debate probatorio, denegó la práctica de un medio de suasorio y la valoración de otro de acuerdo con un hecho sobreviniente.

I. ANTECEDENTES

1. El togado deprecó que fuera requerida la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz para que, en cumplimiento del oficio 556 y de lo ordenado en el auto OPV186 emitido por la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación de los hechos y conductas de la Justicia Especial para la Paz – JEP, comisione a un grupo de funcionarios de Policía Judicial con el fin de que adelante la diligencia de acceso y consulta de los archivos relacionados con la solicitud.



A la par, impetró que el testimonio de Laude José Fernández Arroyo fuera valorado en atención al hecho acaecido durante el trámite del proceso, referente a que celebró un acuerdo con la Fiscalía en el que aceptó que interceptó ilícitamente comunicaciones de abogados, sindicalistas y empresarios. Esa solicitud la elevó en consideración a que en el presente asunto se debate la legalidad de las actividades desplegadas por el demandante en el periodo en que fungió como Director de Inteligencia del DAS¹.

2. Mediante la providencia censurada, el *a quo* no accedió a tales súplicas por catalogarlas improcedente. Resaltó que en el proveído de 12 de septiembre de 2022 se concluyó que no se tenía certeza de la existencia de los archivos por los cuales se indagaba y afirmó que no se había decretado la aludida inspección.

Agregó que el objeto del presente proceso no versa sobre la legalidad o no de las actividades de inteligencia del DAS y, por ello, no acogió el hecho sobreviniente evocado por el censor.

En consecuencia, declaró precluida la etapa probatoria y fijó fecha para llevar a cabo la audiencia en la que recibiría las alegaciones de las partes para proferir sentencia seguidamente².

3. Inconforme con esta determinación, el mandatario del señor Mauricio Gómez Escobar (Q.E.P.D.) interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación. Sostuvo que sí fue ordenado ese medio suasorio y por ese motivo el Juzgado libró el oficio 556; por tanto, catalogó esa determinación como vulneradora tanto del debido proceso como del derecho de defensa.

Sumó a sus alegaciones que omitir la oportunidad de practicar pruebas es causal de nulidad y que en el auto de 12 de noviembre de 2022 no se

¹ PDF 0316SolicitaOficioPendienteTrámite.

² PDF 0326 AutoSeñalaFechaART.372CGpynoAccedeaSolicitudddo.



concluyó la inviabilidad de la comisión anotada pues lo dicho en aquella oportunidad es que no se hiciera de manera directa por el Despacho, en atención a que, en principio, debía informarse si existían documentos relacionados sobre seguimientos o perfilamientos al Dr. Álvaro Gómez Hurtado a cargo del extinto DAS y, en segundo lugar, si fue durante el tiempo en que el demandante ejerció la titularidad.

Agregó que no se trata de una inspección judicial puesto que no cuenta con la participación del despacho. Explicó que la confusión radicó en que la Unidad de Investigación y Acusación de la JEP iba a llevar a cabo esa actuación con la policía judicial para remitir, posteriormente, un informe escrito de lo acontecido en esos registros, en aras de ponerlos a disposición del Juzgado 21 Civil del Circuito de esta ciudad, tal como fue decretado y ordenado.

Respecto del hecho acaecido con el testigo Fernández Arroyo, aseveró que esa valoración le da respaldo a las excepciones de mérito pues pretende determinar si las interceptaciones realizadas por los funcionarios del extinto DAS se produjeron mientras lo presidía el demandante.

4. Por su parte el demandante, luego de hacer un recuento de lo acontecido, alegó que el mecanismo vertical no era procedente porque la prueba de oficiar a la JEP no fue negada y se ordenó en su oportunidad, aun cuando no se hubiese obtenido respuesta.

5. Resuelta el recurso de reposición, fue concedido el de apelación en el efecto devolutivo³, el cual no fue oportunamente abonado a este Despacho por parte de la Secretaría de la Corporación.

³ PDF 0158 OficioNo544 Fiscalía Genera.



II. CONSIDERACIONES

En el caso bajo estudio se aprecia que mediante auto proferido en audiencia de 30 de marzo de 2022, el *a quo* negó la inspección judicial solicitada por los demandados en atención a que en el numeral 3.5. de la sección probatoria indicaron que *“los archivos de la entidad fueron objeto de distintas maniobras dirigidas a desaparecer la información que en ellos reposaba”*; no obstante, en su lugar, ordenó oficiar a la Agencia Nacional de Inteligencia con el fin de que informara si existen o no archivos sobre seguimientos o perfilamientos por parte del extinto DAS al señor Álvaro Gómez Hurtado (Q.E.P.D.), durante el periodo en que fue director el aquí demandante, conforme se dispuso para la petición consagrada en el acápite 3.5. – precitado⁴.

En ese numeral se previó oficiar a la Fiscalía General de la Nación para que rindiera un informe, previa verificación de los procesos surtidos o en curso, frente a las chuzadas del extinto DAS y de las inspecciones judiciales a los documentos de esa entidad en los que se hubiese encontrado evidencia sobre análisis de inteligencia a las columnas de Álvaro Gómez Hurtado y de las maniobras de desaparición de éstos⁵.

Por esa razón, el 1º de abril de 2022, se libraron los oficios:

- 0544, a través del cual se le solicitó a la Fiscalía General de la Nación informar *“si en alguno de los procesos surtidos o en curso por la muerte violenta del DR. ALVARO GOMEZ HURTADO (q.e.p.d.) se ha realizado inspecciones judiciales en los archivos del extinto D.A.S. donde se haya encontrado evidencia de que este organismo de inteligencia había ordenado hacer análisis de inteligencia a diario en la columna del DR. ALVARO GOMEZ HURTADO (q.e.p.d.)”*⁶.

⁴ PDF 0156Grabación20220330; Min. 1’04”00”.

⁵ PDF 0156Grabación20220330; Min. 54”12”.

⁶ PDF 0158 OficioNo544 Fiscalía Genera.



- 0554, en el que se comunicó a la Fiscalía General de la Nación para que rindiera informe, *"previo verificación de los procesos surtidos o en curso por las chuzadas del extinto DAS, de las inspecciones judiciales a los archivos de la referida entidad en las que se haya encontrado evidencia de que se hacía análisis de inteligencia a columna de Álvaro Gómez Hurtado y de que los archivos de la entidad fueron objeto de distintas maniobras dirigidas a desaparecer la información que en ellos reposaba"*⁷.

- 0556, por medio del cual se le explicó a la Agencia Nacional de Inteligencia que debía rendir informe sobre la existencia o no de archivos a *"seguimientos o perfilamientos por parte del extinto DAS, al DR. ÁLVARO GÓMEZ HURTADO (q.e.p.d.) durante el periodo de que fue director el aquí demandante (periodo desde el 24 de agosto de 1994 a 17 de enero de 1996)"*⁸.

Posteriormente, en auto de 12 de septiembre de 2022, refirió la juzgadora de primer grado que, en providencia OPV-186 de 20 de mayo de 2022, la JEP, en relación con el oficio 556, había dispuesto lo que a continuación se cita:

"AUTORIZAR a la DIRECCIÓN NACIONAL DE INTELIGENCIA y al ARCHIVO GENERAL DE LA NACION para que procedan a dar trámite favorable a las solicitudes de consulta y acceso a los archivos de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad – DAS contenida en las consideraciones de esta providencia judicial, para lo cual se deberá dar cumplimiento estricto a los protocolos de seguridad necesarios para las actividades de acceso y consulta de la información vigente, conforme a lo ordenado en el parágrafo 1º del artículo 1º del Decreto 1303 de 2014' (a.207)"⁹
(Negrilla por fuera del texto original).

De igual manera, manifestó que la Dirección Nacional de Inteligencia – DNI envió la comunicación 2-2022-1245, en atención al radicado DNI 1-2022-1041, a través de la cual permitió:

⁷ PDF 0168 Oficio No 554 Fiscalía.

⁸ PDF 0170 OficioNo556 DNI.

⁹ PDF 0288 ResuelveSolicitudesyOficiar.



"(...) [T]ener acceso y consulta[r] los archivos de inteligencia y contrainteligencia y gastos reservados del extinto DAS y para el efecto se dispuso de los días 2, 3, 4, 8 y 9 de agosto de 2022 (a. 210), fecha en las cuales se encontraba suspendido el proceso, lo que se les hizo saber mediante correo el 15 de junio de los corrientes (a 215)."¹⁰.

También explicó que la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, en providencia OPV-229 de 22 de junio de 2022, aceptó la participación del señor Ramiro Bejarano en la inspección de los documentos del DAS, prenotados, *"(...) en cumplimiento de los ordenado en el Auto OPV-186 de 2022, en el marco del cumplimiento de lo establecido en el numeral 10 del apartado de consideraciones de esta decisión"* y rechazó la solicitud que elevó tendiente a consultar los archivos del extinto DAS por no mediar una actuación judicial (a. 221)¹¹.

En el mismo sentido, a través de oficio 202202011103 de 22 de julio de 2022, el magistrado Parra Vera de la Sala de Reconocimiento de Verdad de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP, *"solicitó respetuosamente al Despacho la aclaración respecto a la practica de la inspección judicial ordenada mediante Auto OPV-186 de 2022"*¹².

Al respecto, la Juzgadora de primera instancia dilucidó que no había decretado la inspección judicial implorada por la parte demandada, determinación que fue recurrida, mantenida por el inferior y confirmada por esta superioridad. A su vez, expresó que, en su lugar, *"se decretó por el Despacho: 'oficiar a la Agencia Nacional de Inteligencia con el fin de que informe si existe o no archivos sobre seguimientos o perfilamientos por parte del extinto DAS al señor Álvaro Gómez Hurtado (q.e.p.d.), durante el periodo en que fue director el aquí demandante"*.

De modo similar puntualizó que por no tener certeza de la existencia de los archivos de perfilamiento y seguimiento no previó ninguna inspección

¹⁰ PDF 0288 ResuelveSolicitudesyOficiar.

¹¹ PDF 0288 ResuelveSolicitudesyOficiar.

¹² PDF 0288 ResuelveSolicitudesyOficiar.



ni consulta a documento alguno¹³. Lo cual le fue comunicado tanto a la JEP¹⁴, como al DNI¹⁵.

Por otro lado, en auto OPV-429 la JEP de 23 de septiembre de 2022, la Sala de Reconocimiento de Verdad, de Responsabilidad y de Determinación de los Hechos y Conductas de la JEP señaló que la Dirección Nacional de Inteligencia remitió a esa Sala el oficio 0556 por medio del cual el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá pidió un informe sobre la existencia o no de archivos sobre seguimientos o perfilamientos por parte del extinto DAS al Dr. Álvaro Gómez Hurtado (Q.E.P.D), durante el periodo en que fue director el señor Ramiro Bejarano.

Asimismo, advirtió que para dar cumplimiento, en decisión OPV-186 de 20 de mayo del citado año, ordenó a la Unidad de Investigación y Acusación (UIA) de la JEP *“la comisión de un grupo de funcionarios de Policía Judicial, para que, en el término de veinte (20) días hábiles (i) adelantara la diligencia de acceso y consulta de los archivos solicitados por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D.C. y (ii) presentara un informe de dicha diligencia”* e hizo un recuento de lo sucedido, incluida la última información enviada por el mencionado estrado judicial, en la que señaló no haber ordenado ninguna inspección ni consulta de los archivos de inteligencia.

En vista de lo sucedido previó la cancelación de la actuación decretada en auto OVP 186 de 2022¹⁶ y, consecuentemente, emitió el oficio SRVR 13342 que así lo comunicó al *a quo*¹⁷.

Ahora bien, en auto de 16 de diciembre del año pasado, mediante el cual el juzgado de instancia ordenó requerir a varias entidades para que dieran

¹³ PDF 0288 ResuelveSolicitudesyOficiar.

¹⁴ PDF 0298 OficioNo.1300JEP2020-0184.

¹⁵ PDF 0300 Oficio1301DNI 2020-0184..

¹⁶ PDF 0302 Auto OPV 429 – Cancela inspección judicial decretada mediante Auto OPV 186 de 2022. OficioNo544 Fiscalía Genera.

¹⁷ PDF 0303 OFICIO SRVR No. 13342 AUTO OPV – 429 de 2022.



respuesta a lo solicitado por el mismo, se guardó silencio en relación con el medio suasorio precitado¹⁸.

Debido a ello, el recurrente petitionó que se requiriera a la Unidad de investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz para que dicha entidad "**comisione a un grupo de funcionarios de Policía Judicial para que adelante la diligencia de acceso y consulta de los archivos relacionados con la solicitud**" e impetró la valoración del dicho del testigo Laude José Fernández con miramiento en la celebración del preacuerdo con la Fiscalía, de octubre de 2021¹⁹.

El juzgado en la providencia materia de censura no accedió a la referida solicitud, aduciendo que al respecto ya se había pronunciado mediante auto del 12 de septiembre de 2022 en el cual se había hecho un recuento de lo actuado por la entidad y que además, dentro de este proceso no se había decretado ninguna inspección judicial y por ello la comisión pretendida no era procedente.

Frente a lo anterior, es de señalar que de la decisión adoptada por el Juzgado de primera instancia en manera alguna se avizora que se haya negado la práctica de la prueba, como lo aduce el inconforme, pues del estudio minucioso del expediente en relación con el decreto y práctica de este puntual medio probatorio, se puede evidenciar que en efecto el mismo fue decretado, solo que modificando el modo de recaudo de los documentos que se pretendían arrimar al legajo, negando la inspección judicial solicitada para en su lugar disponer oficiar a Agencia Nacional de Inteligencia a fin de que informara "*si existe o no archivos sobre seguimientos o perfilamientos por parte del extinto D.A.S., al Dr. ALVARO GOMEZ HURTADO (q.e.p.d.), durante el período de que fue director el aquí demandante (período desde el 24 de agosto de 1994 a 17 de enero de 1996.*", emitiendo para tal fin el Oficio 0556 de fecha 1 de abril de 2022.

¹⁸ PDF 0311 AutoOrdenaRequerir Entidades.

¹⁹ PDF 0316 SolicitaOficioPendienteTrámite.



Ahora bien, en relación con la actuación que se surtieron por parte de las entidades encargadas de la custodia y conservación de los archivos del extinto D.A.S., para dar respuesta a la solicitud del juzgado de conocimiento y que se han reseñado anteriormente en esta providencia, es fácil colegir que se escapaban del control y resorte del *a quo*, pues la forma o el procedimiento interno que disponga una entidad estatal para dar respuesta a una solicitud de una autoridad judicial, corresponde exclusivamente a la misma, sin que pueda imponerse por parte de aquélla la manera de recaudar la información requerida, conforme lo aquí acontecido, pues emerge diáfano que la información solicitada por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, en su oficio 0556 de fecha 1 de abril de 2022, se debía suministrar previo cotejo exhaustivo de los archivos que reposan en las dependencias encargadas de su custodia y conservación, por tal motivo estima esta Sala Unitaria que las razones aducidas por el Juzgado de conocimiento para negar la comisión pretendida por la parte demandante para el recaudo de dicha prueba fue absolutamente legal y válida, pues al no haberse decretado ninguna inspección judicial en el presente asunto, mal podría comisionarse a funcionarios de Policía Judicial para que recaudaran la información solicitada, ya que tal determinación le competía adoptarla a los guardianes de tales archivos.

Lo anteriormente relatado conlleva necesariamente a que se concluya que en la providencia de fecha 2 de febrero de los corrientes, no se negó ni el decreto de una prueba o de la práctica de la misma y por contera, tal providencia no era pasible del recurso de alzada interpuesto por la parte demandada y concedido por el *a quo*, conforme lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 321 del C. G. del P. y así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

Al margen de lo anterior, este Despacho no puede pasar por alto la falta de claridad en las comunicaciones que se cursaron entre el Juzgado de conocimiento y las entidades encargadas de suministrar la información



solicitada y entre ellas entre sí, lo cual impidió la incorporación exitoso de la probanza decretada.

Al respecto es de señalar que conforme se había reseñado anteriormente, la Dirección Nacional de Inteligencia al recibir el Oficio 0556 de fecha 1 de abril de 2022, lo remitió para lo de su competencia a la Sala de Reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, quien mediante auto OPV-186 de fecha 20 de mayo de 2022 y previa verificación de los requisitos legales, autorizó a la Dirección Nacional de Inteligencia y al Archivo General de la Nación para darle trámite favorable a la petición, para lo cual ordenó a la *"... UNIDAD DE INVESTIGACION Y ACUSACIÓN de la Jurisdicción Especial para la Paz que comisione a un grupo de funcionarios de Policía Judicial, para que, en el término de veinte (20) días hábiles, (i) adelante la diligencia de acceso y consulta de los archivos relacionados con las solicitudes analizadas por la Sala en los numerales 13, 14, 19, y 20 de la presente providencia, y (ii) presente un informe de dicha diligencia, poniendo a disposición de ésta Sala copias de la documentación recuperada"*.

En cumplimiento de lo anterior la Dirección Nacional de Inteligencia, dispuso los días 15, 19, 20, 21 y 22 de septiembre de 2022 para efectuar el acceso y consulta de los archivos de inteligencia, contrainteligencia y gastos reservados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS, remitiendo el Oficio 103-65.1 al Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá, solicitándole confirmación de la asistencia a la diligencia de acceso y consulta de archivos, cuando, como quedó ya establecido, la misma no había sido ordenado por la JEP ni lo había solicitado el Juzgado de conocimiento, momento a partir del cual, como se avizora en el expediente, se suscita un cruce de información entre el Juzgado y dicha entidad, en la cual el primero de los mencionados sin mucha claridad le informa después de varias comunicaciones que no ha decretado ninguna Inspección Judicial y por ello no intervendrá en esa diligencia, información esta que dada su ambigüedad conllevó equivocadamente a que la Sala de Reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los



hechos y conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz mediante auto OPV-429 del 23 de septiembre de 2022, dispusiera "... *CANCELAR la diligencia de inspección judicial decretada mediante Auto OPV-186 de 2022, relacionada con la solicitud de acceso analizada por la Sala en los numerales 19 y 20 de la parte resolutive al auto OPV-186 de 2022*", refiriéndose a la solicitud del Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá.

En tal virtud, y como quiera que conforme a lo reseñado la mencionada prueba no fue posible de recaudar por las inconsistencias de las comunicaciones citadas y dado que dicho medio probatorio guarda total relación tanto con las pretensiones de la demanda como con las excepciones propuestas por la parte demandada, teniendo en cuenta que fue solicitada y decretada dentro de la oportunidad procesal correspondiente y además en garantía del derecho al Debido Proceso y de Defensa que le asiste a las partes dentro del presente asunto, se dispondrá su incorporación en esta instancia previo a desatar el recurso de alzada formulado en contra de la sentencia de primer grado, para cuyo efecto se ordenará oficiar a la Sala de Reconocimiento de verdad, de responsabilidad y de determinación de los hechos y conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz, para que dentro del término improrrogable de veinte (20) días, suministre a esta Corporación la información requerida en el Oficio 0556 del 1 de abril de 2022, remitido por el Juzgado 21 Civil del Circuito de Bogotá.

Respecto de la valoración del testimonio de Laude José Fernández, resulta incontestable que no se especifican los efectos de su autoincriminación en el presente asunto, en lo atinente al actuar del señor Ramiro Bejarano Guzmán durante la Dirección del DAS.

Hágase remembranza de los pilares que sustentan las pretensiones, las cuales se enfilan a verificar si el señor Bejarano Guzmán ejecutó las acciones de i) intimidación a los señores Fernando Botero Zea y Santiago Medina, así como a otros testigos, para que no declarasen en contra el



expresidente Ernesto Samper Pizano; ii) adelantar seguimientos al señor Álvaro Gómez Hurtado (Q.E.P.D.) e iii) involucrarse con su asesinato.

De modo que en este punto no le asiste razón al apelante, amén de no haber hecho uso oportuno de la oportunidad para pedir pruebas ante esta instancia, conforme al numeral 3º del artículo 327 del Código General del Proceso.

Precítese que no podía admitirse la adhesión del señor Enrique Gómez a la alzada formulada por el mandatario de su primo, debido a que la misma se prevé para las apelaciones de sentencia en las que se surte la admisión del recurso.

Incluso, sus motivos de inconformidad fueron expuestos de manera extemporánea toda vez que el numeral 3º del canon 322 del C.G.P. preceptúa que "(...) Resuelta la reposición y concedida la apelación, **el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.**", y se sabe que quien promovió el mecanismo de alzada fue el mandatario del señor Mauricio Gómez Escobar (Q.E.P.D.).

Por consiguiente, no se le dará trámite a esa censura.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, DC, en Sala Civil de Decisión,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra el proveído de 2 de febrero del cursante, proferido por el Juzgado 21 Civil del Circuito de esta ciudad.

SEGUNDO: ORDENAR oficiar a la Dirección Nacional de Inteligencia y a la Sala de Reconocimiento de Verdad, Responsabilidad y Determinación



de los Hechos y Conductas de la Jurisdicción Especial para la Paz para que, en estricto acatamiento del proveído de 30 de marzo de 2022, proferido por el Juzgado 21 Civil del Circuito de esta ciudad, dentro de los veinte (20) días siguientes al recibo de esta comunicación:

"Informe si existe o no archivos sobre seguimientos o perfilamientos por parte del extinto DAS al señor Álvaro Gómez Hurtado (Q.E.P.D.), durante el periodo en que fue director el señor Ramiro Bejarano Guzmán, esto es, entre el 24 de agosto de 1994 a 17 de enero de 1996. De ser el caso, describa con precisión cada uno de ellos y se remita la copia respectiva que así lo sustenta."

Lo anterior, en aplicación de lo previsto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, en concordancia con el numeral 2º del canon 327 del C.G.P.

TERCERO: Por secretaria líbrense los oficios prenotados.

CUARTO: DENEGAR la adhesión a la alzada, planteada por Enrique Gómez Martínez, de acuerdo con los argumentos previamente expuestos.

QUINTO: ORDENAR a la Oficina de Reparto de la Secretaría de la Sala Civil de esta Corporación que efectúe el respectivo abono de esta actuación.

NOTIFÍQUESE,

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada



Firmado Por:
Sandra Cecilia Rodriguez Eslava
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: **be01479a51bd8614149facc263b77417f55727008d80db06d6d975194bfae220**

Documento generado en 08/09/2023 04:59:08 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., ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

REF: DECLARATIVO de PERTENENCIA de HERNANDO LOBATÓN SEGURA contra MARTHA RAMÍREZ LOBATÓN y OTROS. Exp. 024-2014-00681-01.

Revisado el expediente no hay lugar a saneamiento alguno con ocasión de su curso en primera instancia y ante la solicitud de saneamiento en tal sentido proveniente de la parte demandante, toda vez que:

1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 133 del Código General del Proceso y el numeral 8° del precepto 372 ib., último que a su tenor literal establece. “(...) El juez ejercerá el control de legalidad para asegurar la sentencia de fondo y sanear los vicios que puedan acarrear nulidades u otras irregularidades del proceso, los cuales, salvo que se trate de hechos nuevos, no se podrán alegar en las etapas siguientes. Además, deberá verificar la integración del litisconsorcio necesario”, debe decirse que el sustento de lo pedido resulta inoportuno, amén que no fue puesto en consideración ante la juez de primer grado en su debido momento.

2.- Con todo, es de advertir que revisado el trámite que se adelantó, como se anticipó, en primera instancia, se advirtió que:

2.1.- Mediante proveído de 11 de noviembre de 2014 fue admitida la demanda de la referencia (fls. 16, C. 01Cuaderno1Digitalizado.pdf).

2.2.- La Dr. Liria Arévalo Rodríguez se notificó el 20 de abril del 2015 como curadora ad litem de las personas indeterminadas (fl. 31, ib.), en ese orden, contestó la demanda y propuso las excepciones de mérito denominadas: “Falta de notificación en legal forma” e “Incumplimiento al numeral 6 del art. 77 del CPC” (fls. 32 y ss., ib.). Más adelante, por auto de 1° de julio de 2015, el funcionario de primer grado dispuso: “Téngase en cuenta para los efectos procesales pertinentes que los demandados indeterminados se notificaron de la demanda por intermedio de curador ad litem, quien contestó en términos y propuso excepción de mérito”.

Y pese a la solicitud posterior de eximirse como curadora (Derivado 12 del expediente), tal pedimento no fue de recibo (Derivado 13 del cuaderno principal).

2.3.- *La demandada Martha Ramírez Lobatón se notificó personalmente del auto admisorio el 3 de julio de 2015 (fl. 41, ib.), quien se pronunció en el término del traslado (fls. 66 y ss., ib.).*

2.4.- *En virtud del proveído de 25 de mayo de 2017 (fls. 82, ib.), el juez a quo requirió a la parte demandante para que en el lapso de 10 días aportara prueba de la incapacidad de comparecer al proceso del demandante Pedro Nicasio Ramírez Lobatón, mas con efectos fallidos, por tanto, por auto de 8 de agosto de 2019 se le designó curador ad litem (fl. 87, ib.), razón por la que se notificó la auxiliar de la justicia Nelly Ruth Duque Leal (fl. 96, ib.), quien contestó la demanda, propuso una excepción previa y una nulidad, (fls. 97 y ss, ib.).*

Sin embargo, a través de auto notificado por estado el 22 de abril de 2019, la juez a quo tras ejercer un control de legalidad, dispuso de un lado, “(D)ejar sin valor ni efecto alguno los autos de fecha 08 de agosto y 11 de septiembre de 2018, 31 de enero de 2019, así como el acta de posesión de la auxiliar de la justicia”; y, de otro, “(R)equerir a la parte actora para que acredite el diligenciamiento del aviso que fue retirado el día 05 de agosto de 2015, o en su defecto, en el término previsto en el artículo 317 del C. G. del P., proceda a notificar nuevamente al señor PEDRO NICASIO RAMÍREZ LABATÓN (sic) a la dirección suministrada (...)” (fl. 153, ib.).

2.5.- *Con posterioridad, el convocado Pedro Nicasio Ramírez Lobatón se tuvo por enterado “mediante aviso acorde a la documental aportada por la parte actora el 17 de mayo de 2022, quien dentro del término para ejercer su derecho y contradicción mantuvo (sic) guardó silencio” (derivado 13 del expediente digital).*

2.6.- *Finalmente, es de anotar que a la diligencia que se llevó a cabo el 24 de marzo de 2023 compareció la curadora Nelly Ruth Duque Leal, quien fuera designada como representante de Pedro Nicasio Ramírez Lobatón; no obstante, es de recordar que aquél se notificó por aviso, fue esa la razón para que la juez de primer grado refiriera que no era necesaria su comparecencia en dicha audiencia.*

Así las cosas, de lo anteriormente expuesto, se infiere que las personas indeterminadas se encuentran debidamente representadas; sin embargo, debe decirse que para definir la instancia no era necesario que compareciera su curadora, esto, a tono con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 372 citado.

3.- *De otro lado, debe decirse que la competencia en segunda instancia por regla general es limitada, comoquiera que a voces del canon 320 del Código General del Proceso “[e]l recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, **únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante**, para que el superior revoque o reforme la decisión” (se resalta).*

*De forma similar, el artículo 328 del mismo estatuto enseña: “El juez de segunda instancia deberá pronunciarse **solamente sobre***

los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley” (se resalta), a menos que ambos extremos del litigio hayan impugnado la decisión o la que no apeló hubiere adherido al recurso, evento en el cual “el superior resolverá sin limitaciones”.

NOTIFÍQUESE.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

(2)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

REF: DECLARATIVO de PERTENENCIA de HERNANDO LOBATÓN SEGURA contra MARTHA RAMÍREZ LOBATÓN y OTROS. Exp. 024-2014-00681-01.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 9 de agosto y 7 de septiembre de 2023.

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada en audiencia pública el 24 de marzo de 2023, en el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de la ciudad.

I. ANTECEDENTES

1.- El 23 de septiembre de 2014 (fl. 8, 01Cuaderno1Digitalizado) HERNANDO LOBATÓN SEGURA, actuando a través de apoderada judicial, convocó a MARTHA RAMÍREZ LOBATÓN, PEDRO NICASIO RAMÍREZ LOBATÓN y demás PERSONAS INDETERMINADAS, para que previo los trámites legales: (i) se declare que adquirió por prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio el inmueble distinguido con nomenclatura urbana “número 70-73 de la calle 102 de Bogotá”, identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-629877; y, (ii) se inscriba la sentencia en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá-Zona sur en el folio mencionado (fls. 4 y ss., *ibidem*).

2.- Las súplicas se apoyan en los hechos que en resumen se exponen (*ib.*):

2.1.- Que viene ejerciendo la posesión personal, quieta, pacífica e ininterrumpida, autónoma e independiente, “para sí como único dueño, la totalidad del lote de terreno con una extensión superficial de 222 varas, (...)”.

2.2.- *Que ejerce la detentación material con ánimo de señor y dueño sin solidaridad y excluyente de la comunidad, “que según el certificado de libertad exigido por la ley, estaba formada junto con (...) MARTHA RAMÍREZ y PEDRO NICACIO (sic) RAMÍREZ LOBATÓN”.*

2.3.- *Que ha ejercido la posesión de manera ininterrumpida desde hace más de 10 años, “ejerciendo sobre el inmueble actos de señor y dueño, explotándolo económicamente, ocupándolo y haciéndole mejoras, pagando servicios públicos e impuestos”.*

3.- *La curadora ad litem de las personas indeterminadas, enterada del trámite de la referencia, se pronunció frente a los hechos y pretensiones de la demanda y postuló las excepciones denominadas: i). “Falta de notificación en legal forma”; y, ii). “Incumplimiento al numeral 6 del art. 77 del CPC” (fls. 32 y ss., ib.)*

3.1.- *A su turno, Martha Ramírez Lobatón, por intermedio de apoderada judicial, contestó la demanda, se opuso a las súplicas y elevó el medio de defensa titulado: “Falta de legitimación en la causa” (fls. 66 y ss., ib.).*

3.2.- *Finalmente, Pedro Nicasio Ramírez Lobatón notificado por aviso del asunto, guardó silencio en el término de traslado del escrito introductorio (fls. 117 ib. y derivado 13AutoFijaFechaResuelvePetición20221121.9df).*

4.- *El día 24 de marzo de 2023 se practicaron las pruebas decretadas, escucharon los alegatos de conclusión y, finalmente, se dictó sentencia que negó las pretensiones de la demanda; determinación que no compartió el extremo actor por lo que interpuso la alzada que ahora se analiza.*

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO ATACADO

5.- *Inicialmente, la juzgadora encontró cumplidos los requisitos procesales necesarios para examinar el fondo del asunto. Enseguida, hizo énfasis en el problema jurídico a resolver, relativo a establecer si el demandante demostró los presupuestos axiológicos de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio invocada, particularmente, el de la posesión, y como quiera que figura como copropietario, la respectiva interversión del título.*

Así las cosas, realizó un breve recuento del marco normativo de la prescripción adquisitiva de dominio, y en específico, de la extraordinaria. En ese camino, indicó que pese a tratarse de un bien prescriptible, el que además se encontraba debidamente identificado, negaría las pretensiones, pues el interesado no se acreditó el requisito atinente a la posesión por el término legal, esto es, de 10 años, máxime si pretendía

desconocer los derechos que los demás comuneros y proclamar el dominio para sí.

En esa línea argumentativa, precisó que en la demanda se propuso como hito para iniciar el conteo el 22 de julio de 2004; sin embargo, “en dicha data no es posible aceptar que exista un acto inequívoco de exteriorización para proclamarse como único dueño”, por el contrario, “en esa fecha, hay un acto inequívoco de reconocimiento de derecho en otro, tanto así que le compró la cuota parte que tenía Ana Rosa Lobatón y Cecilia Lobatón”, negocio que tiene soporte en la anotación No. 6 del Certificado de Libertad y Tradición del respectivo inmueble, de modo que, no se acreditó la mentada interversión.

A continuación, en lo que toca a la relación con la convocada Martha Ramírez Lobatón, entre otras, coligió que “el mismo demandante (..) en interrogatorio de parte (...) confesó que no ha desconocido en verdad el derecho de esa comunera, tanto así, que le ofreció por intermedio de su compañero Raúl Moreno, un pago de \$30'000.000 por la alícuota”, y según relató tal oferta tuvo lugar en el 2006, de suerte que, entre ese último año y la calenda en que se presentó la demanda no transcurrieron los 10 años para que pudieran salir avante las pretensiones. Continuó, “(e)sto si aceptáramos además que luego de que la señora Martha rechaza el pago (...) ocurrió una situación particular a partir del (sic) cual el demandante ahora sí hubiera empezado a desconocer los derechos de esta comunera, quien además dijo era su sobrina, no se diga que debe considerarse como tiempo de posesión el transcurrido durante el curso de este asunto pues siendo una acción declarativa los presupuesto de la acción debían encontrarse satisfechos para el momento en que fue presentada (...)”.

Sostuvo la funcionaria de primer grado que era evidente la conciencia del demandante sobre los derechos que ostentaba Martha Ramírez por lo menos hasta el año 2006, que así se lo exteriorizó a varios de los testigos que declararon, por ejemplo, Graciela Ramírez -cuñada- supo por manifestación de aquél que dio alguna suma de dinero a quienes fueran sus hermanas y que intentó lo mismo con Martha Ramírez. Y si bien el testigo no detalló la época de tal suceso, el accionante dio cuenta que esos acercamientos datan del 2006, es más, que fracasaron. Similar relato entregó Félix Castiblanco. Así las cosas, pese a que los terceros veían al demandante como dueño del predio desde 1980, éste reconoció mejor derecho en sus familiares, por lo que no acreditó su posesión al menos hasta el año 2006.

Y aun cuando la interversión del título hubiera ocurrido con posterioridad a la fallida negociación con su sobrina, el tiempo de posesión sería insuficiente para que prosperaran las súplicas de la demanda. Finalmente, consideró que no es clara la interversión, es más, que tampoco lo era la data en que debía comenzar a contabilizarse la posesión exclusiva, y si bien los testigos narraron varios actos que podían considerarse de señor y dueño, unos fueron anteriores al año 2004 tiempo para el que no se consideraba poseedor exclusivo, y otros, pese a que fueron posteriores, no eran suficientes para demostrar la mentada mutación.

III. EL RECURSO

6.- *El demandante impugnó la decisión de primer grado, bajo los siguientes argumentos:*

6.1.- *El razonamiento de la juez referente a la posesión entre la data señalada en la demanda y su presentación, “obliga a limitar el tiempo de esa posesión a ese rango, como si hubiese quedado bloqueado omitiendo el tiempo que a la fecha (...) incluso de hoy (...) evidencia una consolidación también de ese rango de tiempo (...) que si una persona mantiene una posesión de 10 años o más antes de radicación de demanda y después, al día siguiente, un año después, el rango que usted quiera ya deja de estar en ese inmueble pues ahí sí habría demostrado un derecho de pertenencia, se ha omitido que durante todo este rango de tiempo el señor (...) ha mantenido ese ánimo de señor y dueño”.*

6.2.- *“Si bien el proceso la juez ratificó que la ley permite a modo de sanción al propietario comunero que no haya ejercido actos de dueño y señor, se advierte que desde que la demandada se hace presente al proceso y ejerce su derecho de contradicción, a partir de ahí no ejerce otro acto en defensa de sus intereses, ni siquiera se probó la violencia a la que aludió máxime si aquélla es vecina del sector, quien además tampoco ha ejercido otro tipo de acciones legales, la juez congela el tiempo desde la data señalada en la demanda y la presentación de aquélla, omitiendo los 14 años que lleva el proceso en curso, por tanto tiene que adicionarse ese tiempo”.*

En cuanto a los actos de señor y dueño, no puede desconocerse que el predio se ha mantenido en buenas condiciones de habitabilidad y eso no se hace a título de “no ser copropietario”.

La demandada ha tenido suficiente tiempo para accionar su derecho, siendo la prescripción una sanción a quienes teniendo uno, no lo ejercen. El demandante ha sido honesto al no desconocerlos, de suerte que, la voluntad que ha tenido ofreciéndoles un dinero y el hecho de que aquéllos no hubieran aceptado, ha generado que los comuneros que tenían que acceder a una acción legal, no lo hubieren hecho.

7.- *Así mismo, por auto adiado 2 de agosto de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en la Ley 2213 de 2022.*

7.1.- *A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal el apelante -demandante- sustentó en debida forma sus reparos.*

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- *Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-*

procesal, como son demanda en forma, capacidad para comparecer, capacidad para ser parte y competencia no merecen reparo alguno en el sub-lite por estar reunidos, lo que obliga a emitir una decisión que desate la controversia.

2.- Con miras a resolver la apelación formulada por el demandante Hernando Lobatón Segura, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación de la juzgadora de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión (art. 328 del C. G. del P.), que en este caso se contrae a establecer si es posible computar el tiempo que ha transcurrido en la gestión del expediente para consumir el lapso establecido por la ley para adquirir el predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-629877 por el modo invocado, esto, porque en el fondo el apelante considera que están demostrados los elementos axiológicos de la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria que invocó.

3.- La figura de la prescripción cumple dos funciones trascendentales en la vida jurídica, una adquisitiva y otra extintiva, según lo pregona el artículo 2512 del Código Civil; **la adquisitiva es un modo de adquirir la propiedad de los bienes ajenos que se encuentran en el comercio, por haberse poseído conforme a las exigencias legales; mientras que la extintiva es una forma de extinguir los derechos o acciones de otra persona, pero por no haberse ejercido durante cierto tiempo y siempre que se den los restantes requisitos de ley.**

Legitimación en la causa

4.- La legitimación en la causa es una cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, que atañe a la acción, entendida como pretensión y no a las condiciones para la integración y el desarrollo regular de la litis, cuya ausencia, ya sea en el demandante o en el demandado, conduce forzosamente a un fallo adverso a las pretensiones formuladas en el libelo, porque, como también lo ha sostenido esa alta Corporación es apenas lógico: “...que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es llamado a responder, debe denegarse la pretensión del demandante en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de terminar definitivamente ese litigio, en lugar de dejar las puertas abiertas, mediante un fallo inhibitorio para que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siéndolo lo reclame nuevamente de quien no es persona obligada, haciéndose en esa forma nugatoria la función jurisdiccional cuya característica más destacada es la de ser definitiva...”¹.

4.1.- Es esa línea, pertinente es mencionar que frente al pronunciamiento de fondo cuando en el proceso se advierte la ausencia de legitimación en la causa, ha pregonado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil que:

¹ (G.J. T.CXXXVIII, pág.364-365)

“Preciso es notar cómo la legitimación en la causa, ha dicho insistentemente la Corte, es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es titular o cuando lo aduce ante quien no es llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de cosa juzgada material para que ponga punto final al debate, distinto de un fallo inhibitorio carente de sentido lógico por cuanto tras apartarse de la validez del proceso siendo éste formalmente puro, conduce a la inconveniente práctica de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo o para que siéndolo en la realidad lo aduzca nuevamente frente a quien no es el llamado a responder.”².

4.2.- Concretando su criterio sobre el punto, dicha Corporación hizo la siguiente exposición: *“Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (**legitimación activa**) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (**legitimación pasiva**). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de “acción” no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de “pretensión”, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo del litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.”.*

4.3.- Se encuentran legitimados en la causa por activa para invocar la acción de pertenencia las siguientes personas: a) quien haya poseído el bien por cinco años continuos ó 3 años continuos cuando se trata de vivienda de interés social y tenga justo título - prescripción ordinaria - (artículo 2528 del C.C. y artículo 51 de la ley 9ª de 1989); b) quien haya poseído materialmente el bien por diez años y demás requisitos exigidos por el legislador - prescripción extraordinaria - (artículo 2531 ibidem) ó 5 años si de vivienda de interés social se trata; c) el acreedor en favor de su deudor, a través de la acción oblicua, a pesar de la renuencia o renuncia de éste -artículo 375, numeral 2º C. G. del P.-; y, **d) el comunero que con exclusión de los otros**

² (Sentencia de agosto 14 de 1995. Expediente 4628. M.P. Nicolás Bechara Simancas)

condueños haya poseído por más de diez años todo o parte del predio, siempre que su explotación económica no se hubiere producido por acuerdo de los demás comuneros o por disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad (artículo 375, numeral 3º ejusdem).

En la temática de la prescripción entre **comuneros** la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil ha puntualizado que:

*“Es el caso de reafirmar aquí la doctrina de la Corte, expuesta en fallos anteriores, en el sentido de que el reconocimiento que un comunero haga de la existencia de la comunidad, no se opone al ejercicio de la acción de pertenencia, según la ley 51 de 1943; y de que, por consiguiente, el comunero puede prescribir en su carácter de tal, conforme a dicha ley, contra los demás comuneros o contra terceros extraños a la comunidad, **siempre que su posesión haya sido exclusiva, por el tiempo requerido para usucapir ordinaria o extraordinariamente**”³ (Resalta la Sala).*

4.4.- En tal sentido, no cabe duda de que la legitimación en la causa por activa se encuentra configurada ya que el aquí demandante es titular de una cuota parte del derecho de dominio del bien, y los demandados Martha Ramírez Lobatón y Pedro Nicasio Ramírez Lobatón de las restantes.

De conformidad con lo expuesto, es claro que se encuentra probada la legitimación en la causa para demandar y ser demandado.

5.- Ahora bien, cuando se promueve la prescripción adquisitiva **extraordinaria** de dominio, como es el caso, el extremo actor se encuentra en el imperativo de acreditar los siguientes supuestos: 1) Posesión material en el demandante; 2) que esa posesión se prolongue por el término de 10 años; 3) que la posesión se cumpla en forma quieta, pacífica, continua e ininterrumpida; y, 4) que la cosa o el derecho sobre el cual se ejerce la posesión sea susceptible de adquirirse por ese fenómeno. Estos elementos deben ser **concurrentes**, lo cual se traduce en que la ausencia de uno de ellos elimina la estructuración de dicha figura jurídica.

Posesión material en el demandante y término de prescripción

6.- La posesión puede definirse como el poder de hecho que tiene una persona sobre una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en su lugar y a nombre de él. Esta se encuentra integrada por dos elementos, **el corpus y el animus**; el primero se trata del elemento externo, material y objetivo que se traduce en hechos positivos tales como el corte de madera, construcción de edificios, cerramientos, plantaciones o sementeras, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión (artículo 981 del C.C.); mientras que el segundo es el intencional, subjetivo,

³ CSJ, Cas. Civil, Sent. Dic, 16/68

interno o acto volitivo que escapa a la percepción de los sentidos pero que se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio.

7.- Ahora bien, en este asunto, la parte actora asegura que ha adquirido el inmueble por la posesión exclusiva que ha ejercido sobre la totalidad del mismo por un término superior a 10 años, desconociendo a los otros conductes o sujetos que puedan aducir mejor derecho.

De lo anterior se advierte que la parte actora estaba obligada a demostrar que su señorío exclusivo y excluyente inició, como mínimo, el 23 septiembre de 2004, esto es, una década antes de la radicación de la demanda. No obstante, no es posible contabilizarlo desde tal data, pues como lo indicó la juez de primer grado, de un lado, el 22 de julio de 2004 el demandante compró las cuotas parte del predio que le correspondían a Ana Rosa Lobatón y Cecilia Lobatón (Anotación No. 6 del Certificado de Libertad y Tradición); y, de otro, aquél confesó que en el año 2006 le ofreció a la demandada, por intermedio de su compañero Raúl Moreno, un pago de \$30'000.000 por la cuota parte correspondiente; de suerte que, con sus actuaciones reconoció mejor derecho en cabeza de otros individuos, entre ellos, la aquí demandada.

“Sobre este particular, esta Corporación en sentencia del 15 de septiembre de 1983 dijo: ‘Y así como según el artículo 777 del Código Civil, el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión, quien ha reconocido dominio ajeno no puede frente al titular del señorío, trocarse en poseedor, sino desde cuando de manera pública, abierta, franca, le niegue el derecho que antes le reconocía y simultáneamente ejecute actos posesorios a nombre propio, con absoluto rechazo de aquel. Los actos clandestinos no pueden tener eficacia para una interversión del título del mero tenedor. Con razón el artículo 2531 del Código Civil exige, a quien alegue la prescripción extraordinaria, la prueba de haber poseído sin clandestinidad’. En pronunciamiento posterior sostuvo así mismo la Corte: “La interversión del título de tenedor en poseedor, bien puede originarse en un título o acto proveniente de un tercero o del propio contendor, o también, del frontal desconocimiento del derecho del dueño, mediante la realización de actos de explotación que ciertamente sean indicativos de tener la cosa para sí, o sea, sin reconocer dominio ajeno. En esta hipótesis, los actos de desconocimiento ejecutados por el original tenedor que ha transformado su título precario en poseedor, han de ser, como lo tiene sentado la doctrina, que contradigan, de manera abierta, franca e inequívoca, el derecho de dominio que sobre la cosa tenga o pueda tener la persona del contendiente opositor, máxime que no se puede subestimar, que de conformidad con los artículos 777 y 780 del Código Civil, la existencia inicial de un título de mera tenencia considera que el tenedor ha seguido detentando la cosa en la misma forma precaria con que se inició en ella”. (Sent. de abril 18 de 1989)”⁴.

⁴ Cfr. CSJ. Sal. Cas. Civ. Sentencia de 29 de agosto de 2000. Exp. No. 6254.

Cuestiones que por lo demás resultan pacíficas en el asunto, comoquiera que no fueron objeto de impugnación por la apoderada del actor.

8.- Y fue en esa línea, que la funcionaria de conocimiento refirió que en la hipótesis de haber intervertido el título con posterioridad a la mentada oferta, el tiempo de posesión transcurrido resultaba insuficiente para que las pretensiones prosperaran, pues tratándose de una acción declarativa los presupuestos debían encontrarse satisfechos para el momento en que presentó el libelo introductorio, de modo que, los 10 años que contempla normatividad no habían transcurrido.

Es en este punto donde resulta procedente estudiar el motivo toral de inconformidad propuesto por el demandante, relativo a la necesidad de computar el tiempo que ha transcurrido con posterioridad a dicha postulación de la demanda, es decir, después del 23 de septiembre de 2014, táctica o planteamiento que le permitiría tener por acreditado el supuesto que se echó de menos en la primera instancia.

8.1.- Pese a la proposición del interesado, por intermedio de su apoderada, pronto advierte esta Sala de Decisión que el motivo de impugnación no tiene vocación de prosperar, básicamente, porque los supuestos que se relacionaron líneas atrás para adquirir un predio por el modo de la prescripción adquisitiva de dominio deben concurrir a la data en que se presenta la demanda pues se trata de un trámite declarativo, en otras palabras, no pueden perfeccionarse o ultimarse en el curso de la respectiva acción judicial. Lo dicho se concluye, atendiendo los siguientes razonamientos:

8.1.1.- Se trata de una acción declarativa cuando “se pretende la declaración de existencia o inexistencia de una determinada relación jurídica. En el primer caso se denomina acción declarativa positiva; en el segundo, negativa.

La acción declarativa no pretende la condena del adversario, sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida; no se quiere obtener, o por lo menos no se pretende obtener actualmente el cumplimiento coercitivo de un derecho, sino la puesta en claro del mismo. Mientras la acción de condena trata se directamente o por la posterior ejecución forzada de que en el mundo exterior las cosas se coloquen como es en derecho, por la declarativa sólo se pide se resuelva y declare lo que es derecho.

El ámbito de la acción declarativa es más restringido que el de la condena, pues el sentido de ésta está claramente determinado: todo el que posea un derecho y quiera efectivizarlo puede servirse de ella. Pero de la acción declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello. Quien es titular de la propiedad de una cosa, por ejemplo, no tiene interés en cualquier momento y contra cualquiera persona, para pedir la

*comprobación o declaración del mismo, pues equivaldría a imponer una carga al juez y al adversario sin justificación (...)*⁵.

Por su parte, la sentencia declarativa “(...) se dirige únicamente al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica trascendente, no sólo académica o moral. La sentencia, pues, sólo verifica, reconoce o declara lo que es derecho pero no dispone que las cosas se coloquen en el mundo exterior como sea derecho.

(...) según Beudant, pues ‘ella no hace sino comprobar una situación anterior. Por lo tanto, es esta situación misma la que desde que ésta por sí legalmente establecida puede producir efectos’.

La sentencia declarativa es positiva o negativa. La primera declara la existencia o la inexistencia en determinada forma de un derecho. La segunda, la inexistencia o no existencia en determinada forma de un derecho”⁶.

8.1.2.- *Sobre el proceso de pertenencia el mismo tratadista enseñó:*

“Tiene por objeto (...) se declare la usucapión o prescripción adquisitiva ordinaria o extraordinaria, o la que invoca un comunero que con exclusión de los otros y por el término de la extraordinaria afirme haber poseído el bien común o parte de él, siempre que su explotación económica en tal caso no se haya producido por acuerdo con los demás comuneros, o por disposición de autoridad judicial como en el caso de secuestro, o del administrador de la comunidad que se la haya delegado al demandante, pues es tales eventos no hay posesión exclusiva del mismo.

Este proceso se encamina, entonces, a consolidar legalmente una situación de hecho por los motivos de orden público que justifican la prescripción, y a que el prescribiente no esté sujeto a esperar, muchas veces infructuosamente, que lo demande quien figura como dueño, para oponerla como excepción, e inscribir la sentencia para que le sirva de título (...)”⁷ (El resaltado no es original).

8.1.3.- *Ahora bien, memórase que la usucapión como modo originario “se configura por los hechos, es decir, cuando se cumplen los requisitos propios que la estructuran, independientemente de que el poseedor haya o no demandado su reconocimiento, o de que se hubiere resuelto favorablemente su solicitud, mediante sentencia judicial en firme, providencia ésta que es meramente declarativa de haber operado la adquisición.*

⁵ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Octava Edición. Editorial ABC-Bogotá 1983.

⁶ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Séptima Edición. Editorial ABC-Bogotá 1978. Págs. 472 y 473.

⁷ MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte Especial. Sexta Edición. Editorial ABC-Bogotá 1973. Págs. 472 y 473.

Con otras palabras, el detentador de una cosa con ánimo de señor y dueño se vuelve su propietario, apenas cumple los requisitos legales necesarios para ello, es decir, en el caso de la prescripción adquisitiva extraordinaria -que es la que interesa en este asunto- cuando el bien está en el comercio humano y es poseído «sin violencia, clandestinidad o interrupción» por el tiempo fijado en la ley (art. 2518, C.C.) (...)

Tal criterio fue definido por esta Corporación en sentencia de 12 de abril de 2004, oportunidad en la que expuso:

Concatenando las consideraciones anteriores encuéntrase que la prescripción adquisitiva es, por un lado, título originario de dominio, como lo contempla el artículo 765 del Código Civil y, por otro, un modo de adquirir los derechos ajenos, bajo las exigencias legalmente determinadas, lo que equivale a decir que por el sólo hecho de cumplirse esas condiciones se tiene el dominio de las cosas, pudiendo en consecuencia el favorecido con la prescripción alegarla, accionando o defendiéndose, de la misma forma que podría argumentarlo al amparo de cualquier otro título de dominio. Ha de decirse entonces, por este sendero, que si el que alega la prescripción extraordinaria ha poseído en forma tranquila, pública, pacífica e ininterrumpida, por el tiempo que diga el legislador -que para el caso de la extraordinaria que regula el artículo 51 de la ley 9 de 1989 es de cinco años-, y estando el bien dentro del comercio, por ese sólo hecho habrá alcanzado su dominio, pudiendo hacerlo valer legalmente ante propios y extraños.

Acerca del tema, la Corte, en sentencia de 27 de junio de 1923, expresó ‘que siendo la prescripción adquisitiva título constitutivo de dominio (artículo 765 del C.C.) y además un modo de adquirir las cosas ajenas, bajo ciertas condiciones determinadas por la ley, por la sola circunstancia de cumplirse esas condiciones se adquiere el dominio de las cosas, y el favorecido con la prescripción puede alegarla, ya como defensa o como fundamento de una acción de propiedad, de la misma manera que puede alegarse cualquier otro título de dominio.

En la prescripción extraordinaria conforme al artículo 2531 del Código Civil, si el que la alega ha poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción, por espacio de treinta años (hoy reducida a 20 años) la cosa comerciable objeto de la prescripción, ha adquirido por ello el dominio de esa cosa y puede alegar, ya sea demandando o defendiéndose, su carácter de dueño, fundado en la prescripción’ (G. J., t. XXX, pag.72).

Esta tesis fue reiterada por la Corporación en fallo de 10 de diciembre de 1953 en el que, en efecto, dijo que quien ‘posea en las condiciones legales un bien corporal, raíz o mueble, que esté en el comercio, gana el dominio por prescripción, según lo enseña el artículo 2518 del mismo Código. (...). Para adquirir por prescripción extraordinaria no se necesita título alguno y se presume en ella la buena fe sin embargo de la falta de un título traslativo de dominio. Basta que la posesión sea continua, pública, tranquila y no interrumpida (art. 2.531)’ (G. J., t. LXXVI, pag.773).

Ha de verse, por consiguiente, que no obstante el contenido de los artículos 758 y 2534 de la obra citada, lo cierto es que puede alegarse la prescripción fundada tan solo en los hechos que la generan, ya que es la posesión desarrollada de la manera como se viene explicando el fenómeno que engendra el título. Es suficiente entonces poseer una heredad en las condiciones legales, para ganar su dominio, tal cual lo prescribe el artículo 2518 del Código Civil, sin que sea menester título traslativo alguno anterior, toda vez que cumplidos tales presupuestos, el prescribiente es dueño; de donde se desprende que en este específico punto la usucapión, como hecho jurídico generador de la adquisición de los derechos ajenos, cumple la doble función de ser título y modo a la vez, desde luego que, por ello mismo, lo que le otorga al prescribiente la posibilidad de reputarse dueño y señor de un predio son los hechos posesorios realizados mediante el cumplimiento de aquellas exigencias.

La doctrina jurisprudencial expuesta, la Corte la reiteró, entre otras, en sentencias de 28 de febrero de 1955 (G. J., t. LXXIX, pag. 565), 30 de julio de 1996 (G. J., t. CCXLIII, pags. 154 y 155), y más recientemente en fallo de 11 de noviembre de 1999 (G. J., t. CCLXI, pags. 945 y 946).

(...) Las reflexiones indicadas en los numerales que anteceden permiten a la Corte sostener que, para los efectos exclusivos de las contiendas judiciales en las que la aspiración del actor consista en que se declare que obtuvo por el modo de la prescripción extraordinaria el dominio, la adquisición a que hace referencia el primer inciso del artículo 44 de la ley 9 de 1989 -en la norma que tenía vigencia para cuando se dieron los hechos aquí juzgados-, no es aquella a través de la cual la hizo suya quien en el competente registro de instrumentos públicos figure inscrito como titular del dominio, como así fundamenta este cargo el casacionista, sino la usucapión del accionante, provista de todos los elementos que la ley exige, para que opere esta adquisición originaria, y no la derivada a la que alude el censor (Rad. 7077). (subrayas fuera del texto)” (CSJ SC, 1º Sep. 2014, Rad. 2002-02246-01).

8.1.4.- La jurisprudencia nacional ha precisado: «la posesión pacífica, pública y no interrumpida por determinado número de años, es el fenómeno que engendra el título y no la decisión judicial. Es injurídico sostener que la prueba del dominio del prescribiente dimana exclusivamente de la sentencia declarativa registrada a que se refieren los artículos 758 y 2534 del C.C., es decir, que ella es fundamento de una tradición» (CSJ SC, 28 Feb. 1955).

Adicionalmente, “...como desde antaño lo predica su jurisprudencia, que quien ostente por el tiempo legal una posesión material idónea para la prescripción adquisitiva de dominio, se hace dueño del bien, por se y con independencia del pronunciamiento judicial, porque la sentencia que en estos casos se profiere es meramente declarativa, pues ella se limita a verificar y declarar la existencia de la determinada situación jurídica atributiva del derecho de dominio, como hecho consumado, radicando ahí la justificación de la procedencia de la prescripción extintiva como excepción, porque si el demandante no es dueño, entonces carece de la acción reivindicatoria que hubo

de proponer (...)” (Corte Suprema de Justicia –Sala Civil- en sentencia de 06 de abril de 1999, Exp. 4931) (Resalta la Sala).

8.1.5.- *Y sobre la legitimación en la causa para concurrir a la acción de pertenencia se tiene dicho:*

“Para acudir al juicio de pertenencia es requisito necesario para el éxito de la pretensión no sólo tener la posesión por el tiempo que dice la ley, sea ordinaria o extraordinaria, sino, y lo que es más importante, y casi de Perogrullo decirlo, tenerla al momento de presentar la demanda lo que debe establecerse en la diligencia de la inspección judicial porque este es un proceso declarativo puro que no conlleva diligencia de entrega porque la sentencia solo reúne los elementos de la usucapión posesión y tiempo, por eso la Corte al interpretar el artículo 790 del Código Civil, ‘está fuera de toda duda que quien ejerce la acción destinada a que se declare dueño de un bien por haberlo ganado por prescripción, debe estar poseyéndolo en el momento mismo en que hace valer ante la justicia los hechos en que se funda para suplicar la declaración de pertenencia; lo contrario implicaría desnaturalizar la institución posesoria, porque resulta en principio absurdo que quien haya perdido la posesión pueda obtener un fallo cuyo cumplimiento ponga fin a la posterior de otro que esté ganando la propiedad acogiéndose al mismo medio’⁸”⁹.

8.1.6.- *Adicionalmente, “(s)egún el art. 2513. ‘el que quiera aprovecharse de la prescripción, debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio’. La prescripción puede ser alegada ya como acción, ya como excepción. Lo primero se realiza cuando el prescribiente pide al juez se le declare propietario; lo segundo, cuando el antiguo dueño, mediante el ejercicio de la acción de recuperación de la posesión (generalmente la acción reivindicatoria) pide que el poseedor sea condenado (...).*

I. *Objeto y fines de la acción de declaración de pertenencia.*

Quien ha poseído una cosa por el tiempo necesario para adquirir la propiedad por prescripción, podrá pedir al juez que declare en su favor el dominio.

(...)

II. *Legitimación activa.- Se encuentran legitimados activamente para ejercer la acción en estudio, los poseedores, sus respectivos acreedores y los coposeedores.*

a) *Quien directamente ha poseído un inmueble por el tiempo necesario para ganarlo por prescripción ordinaria o extraordinaria, podrá instaurar la acción (...)”¹⁰.*

⁸ Casación del 24 de marzo de 1947. G.J. LXII, pág. 77.

⁹ CANOSA TORRADO, Fernando. Teoría y Práctica del Proceso de Pertenencia. Sexta Edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá. 2009. Págs. 265 y ss.

¹⁰ VALENCIA ZEA, Arturo. Derecho Civil. Tomo II. Derechos Reales. Séptima Edición 1983. Pág. 394.

8.1.7.- No se soslaye que “(r)eza el artículo 2513 del Código Civil: ‘El que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio’.

A pesar de la perentoriedad de esta norma, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido la tesis de que la prescripción, aún no declarada por la justicia ordinaria, es un derecho que habilita al prescribiente para proponer la acción de dominio o reivindicatoria. En otros términos: el hecho de cumplir el plazo de prescripción con los demás requisitos legales genera automáticamente el derecho de propiedad, puesto que la sentencia apenas es el título declarativo destinado a dar publicidad a la propiedad declarada ante terceros. ‘La persona que haya poseído por el término y en las condiciones previstas por la ley para adquirir por prescripción, tiene título constitutivo de dominio. De esta manera ha hecho entrar en su patrimonio un verdadero derecho, del cual nace la consiguiente acción para hacerlo valer’¹¹.

8.1.8.- Y sobre el asunto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: ‘Debe concluirse, subsecuentemente, que la sentencia que se profiera dentro del juicio de pertenencia correspondiente, es de carácter meramente declarativo, o sea, que está encaminada a reconocer jurídicamente una situación fáctica preexistente que no resulta alterada por la decisión judicial que así lo admita. De ahí que se diga que hace propietario de un inmueble por usucapión, quien se encuentre en las circunstancias atrás señaladas, independientemente de que se le haya declarado judicialmente como tal o no. De igual modo, la inscripción de la sentencia estimatoria de las pretensiones del poseedor en la oficina de registro pertinente, tiene una preponderante finalidad de publicidad que le permite al poseedor legitimarse para actuar en el tráfico jurídico como dueño, generando, por tanto, la seguridad suficiente frente a los terceros, quienes, en ese orden de ideas, podrán tener certeza de la calidad con la que obra el actor, sin que pueda decirse, entonces, que esa inscripción ostente el carácter de tradición; desde luego que, como es palpable, se trata de distintos modos de adquirir el dominio, pues mientras esta, la tradición, es la forma como se cumplen las obligaciones que tienen por objeto prestaciones de dar, la usucapión es la forma de hacerse dueño mediante la posesión en los términos y circunstancias prescritos por la ley; de manera que cuando se profiere la sentencia estimatoria de las pretensiones del actor, el modo ya se ha operado mediante la prescripción adquisitiva (...).

‘(...) Como es ampliamente conocido, ha dicho la Corte, reunidos los requisitos legales para la operancia de la prescripción adquisitiva, ella se efectúa por ministerio de la ley una vez poseído el inmueble o raíz durante el tiempo que establece la ley en cada caso, cual lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación del 1º de mayo de 1928 (‘G.J., t. XXXV, p. 254). Es decir, que la jurisdicción del Estado, por conducto del funcionario competente, no crea con la sentencia que el respectivo proceso de pertenencia se profiera el derecho real que ya tiene adquirido el prescribiente, si este así lo demuestra, sino que tan solo tiene carácter

¹¹ ACEVEDO PRAD, Luis. La Prescripción y Los Procesos Declarativos de Pertenencia, 2ª ed., Edit. Temis. 1982. P. 194.

declarativo del mismo, jamás constitutivo del derecho' (Jurisprudencia y Doctrina, núm. 219, p. 332).

'Esta que ha sido la doctrina constante de la Corte, la ha reiterado en distintas sentencias de casación, entre otras, en la de 7 de octubre de 1997 y 6 de abril de 1999 (...)'¹²''¹³.

Puestas así las cosas, es claro que el término prescriptivo debe haberse consolidado a la presentación de la demanda, toda vez que se trata de un juicio netamente declarativo, por tanto, la sentencia es de la misma naturaleza; trámite que en síntesis se circunscribe a verificar y declarar la existencia de un situación con efectos jurídicos.

9.- Finalmente, es importante puntualizar que se invocó la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, modo de adquirir la propiedad de los bienes ajenos, por haberse poseído conforme a las exigencias legales, de suerte que, para que se configure, es decir, para adquirir los derechos ajenos, el interesado tiene que cumplir con los presupuestos establecidos en la normatividad patria para el efecto, pues no basta señalar simplemente que se es poseedor, ya que como se anunció, los elementos para concederla deben ser concurrentes.

En lo que toca a los requisitos para que asista la prescripción entre comuneros, la H. Corte Suprema de Justicia desde viaja data ha referido:

“No hay duda, pues, que el comunero puede adquirir por prescripción el bien común, o parte de él, siempre que lo pose en las condiciones requeridas por la ley.

Con arreglo a la transcrita disposición, tales requisitos bien pueden compendiarse así:

a) Posesión exclusiva del comunero usucapiente, referida a la explotación económica de todo o parte del bien común;

b) La aludida posesión no debe tener por causa, bien sea el acuerdo entre los comuneros o la disposición de autoridad judicial o del administrador de la comunidad, y

*c) **Transcurso del tiempo**, que en todo supuesto ha de ser el necesario para la prescripción extraordinaria, vale decir, veinte años (...)" (C.S.J. Cas. Civ. Sent. mayo 2/90 M.P. Rafael Romero Sierra)¹⁴.*

¹² Sent. 29 julio 1999. Exp. 5074, en Jurisprudencia y Doctrina, t. XXVIII, núm. 333, septiembre de 1999. Pp. 1609 y ss.

¹³ VELÁSQUEZ JARAMILLO, Luis Guillermo. Bienes. Decimocuarta edición. Ed. Ibáñez. 2019. Págs. 394 y 395.

¹⁴ Decisión proferida con antelación a la expedición de la Ley 791 de 2002.

10.- Corolario de lo anterior, habrá de confirmarse el fallo impugnado, y se impondrá condena en costas al recurrente ante la improsperidad de la alzada.

V. DECISIÓN

Por 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:

1.- **CONFIRMAR**, por las razones consignadas en esta sentencia, el fallo dictado en audiencia pública celebrada el 24 de marzo de 2023, en el Juzgado Cincuenta Civil del Circuito de la ciudad, según se anotó.

2.- **CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte recurrente y en . Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso. En la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma de un millón seiscientos mil pesos moneda corriente (\$1.600.000.00). Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA
Con ausencia justificada

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

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.,

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.,

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: **3de9ade5d67d82f18fe4647677577301e75f3f1449b3f8ad5b1e0e5bbf15e66b**

Documento generado en 08/09/2023 03:57:23 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
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	:	ADELA ROMERO RODRÍGUEZ
DEMANDADOS	:	MARÍA CONCEPCIÓN BERNAL GÓMEZ
CLASE DE PROCESO	:	REIVINDICATORIO
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

Sería del caso resolver el recurso de apelación que formuló la parte demandante contra la sentencia que profirió el 13 de julio de 2023, el Juzgado 25 Civil del Circuito de Bogotá, de no ser porque se configuró la nulidad prevista en el numeral 8° del artículo 133 del Código General del Proceso, por no haberse practicado el emplazamiento de “las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien”, tal como lo dispone el numeral 7° del artículo 375 *ibidem*.

A la anterior conclusión se arriba luego de evidenciar que la parte demandada formuló la excepción de “Prescripción Adquisitiva de Dominio”, sin que se hubiere dado cumplimiento a lo normado en el parágrafo 1° del artículo 375 del C.G.P., que dispone, entre otros, la inscripción de la demanda, el emplazamiento y la citación (obligatoria) “a la Superintendencia de Notariado y Registro, al Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (Incoder), a la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación Integral a Víctimas y al Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC) para que, si lo consideran pertinente, hagan las manifestaciones a que hubiere lugar en el ámbito de sus funciones”, por lo que el juez de primer grado deberá adecuar la actuación con esta norma. Así como el registro público del proceso de personas emplazadas y procesos de pertenencia. Esta omisión no fue desapercibida por el juez pues en la sentencia hizo mención a que para la procedencia de la de prescripción adquisitiva “se necesitaba que se cumplieran otras condiciones propias de la excepción como las propias exigencias previstas en el artículo 375 del Código General del Proceso que aquí ninguno de los



Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

actos haya exigido (sic), por ningún lado se practicó” (min. 15:15), sin tomar la medida de saneamiento (art. 42, núm.. 5), como le correspondía.

Por lo expuesto, el Tribunal,

RESUELVE

DECLARAR la nulidad de lo actuado en el proceso a partir del auto de 15 de julio de 2022, que convocó a audiencia de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, y en su lugar el *a quo* adecuará la actuación conforme con el párrafo 1° del artículo 375 *ibidem*.

La prueba practicada dentro de la actuación conservará validez y “tendrá eficacia respecto de quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla”, tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 138 *ibidem*.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.
Sala Civil de Decisión

Magistrada Sustanciadora

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

CLASE DE PROCESO	Ejecutivo
DEMANDANTE	Elianeth Aguilar Corradine y otro.
DEMANDADO	Oscar Eduardo Orjuela Ramos y otro.
RADICADO	11001 31 03 026 2018 00587 01
PROVIDENCIA	Sentencia 029
DECISIÓN	Confirma sentencia de primera instancia
DISCUTIDO Y APROBADO	Primero (1º) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)
FECHA	Siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandado Oscar Eduardo Orjuela Ramos contra la sentencia de 17 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado 26 Civil de Circuito de esta ciudad, al amparo de lo previsto en la Ley 2213 de 2022.

I. ANTECEDENTES

Elianeth Aguilar Corradine y Oscar Munévar Forero convocaron a Oscar Eduardo Orjuela Ramos y Maximiliano González Peña a proceso ejecutivo, con el fin de obtener el pago de \$400'000.000.00, representados en la transacción de 3 de marzo de 2017, para darle solución a las pretensiones, gastos, costas y agencias en derecho del proceso ejecutivo 2009-00119 que se adelantaba en el Juzgado 26 Civil del Circuito.

Deprecaron se ordene el pago del referido monto, junto con los intereses moratorios causados desde el 17 de agosto de 2017 y hasta el momento de su satisfacción, liquidados a la tasa máxima establecida por la Superintendencia Financiera.



Fundamento fáctico: El 26 de octubre de 2005, se suscribió Contrato de arrendamiento de local comercial sobre el bien inmueble ubicado en la carrera 16 No. 80-77, de esta ciudad. En esa oportunidad fungieron como partes los señores Ricardo Marín Neira – arrendador-, y Elianeth Aguilar Corradine, Oscar Munévar Forero, Oscar Eduardo Orjuela Ramos y Maximiliano González Peña.

El Estrado Judicial 26 Civil del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 27 de febrero del 2012, dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado, bajo el radicado 2009-00119, declaró terminado el mencionado negocio jurídico por mora en el pago del arrendamiento, ordenó la restitución del predio y condenó en costas a los accionados.

El 15 de mayo de la citada calenda, libró la orden de apremio por los saldos y cánones de arrendamiento dejados de pagar desde el 20 de octubre del 2006 hasta el 14 de abril del 2012, así como por la cláusula penal. El 6 de febrero de 2014, emitió decisión de instancia para declarar no probadas las excepciones propuestas y ordenó seguir adelante la ejecución, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá, mediante proveído de 4 de febrero del 2015.

Para el pago de lo allí dispuesto, en marzo de 2017, se firmó una transacción entre Elianeth Aguilar Corradine, en nombre propio y en representación de los señores Oscar Munévar Forero, Oscar Eduardo Orjuela Ramos y Maximiliano González Peña, con el señor Ricardo Marín Neira y Asesorías Ome Ltda. Esa negociación se honró en su totalidad por los señores Elianeth Aguilar Corradine y Oscar Munévar Forero.

En el convenio inicial se pactó que los deudores eran solidarios y por esa razón los señores Oscar Eduardo Orjuela Ramos y Maximiliano González Peña deben pagarle a los ahora demandantes esas cifras pues se trata de una obligación clara, expresa y exigible.



Actuación procesal: La orden de pago se emitió el 30 de octubre de 2018 en la forma en que fue solicitado.

Luego de ser notificados los demandados, se opusieron. El señor Maximiliano González Peña formuló como defensas: i) *inexistencia de la obligación*; ii) *falta de legitimación en la causa por pasiva*; iii) *falta de legitimación en la causa por activa* e iv) *inoponibilidad del contrato de transacción*.

Por su parte, Oscar Eduardo Orjuela Ramos refutó el libelo y planteó como excepciones de mérito i) *prescripción de la acción ejecutiva*; ii) *cobro de lo no debido*; iii) *falta de legitimidad para el cobro*; iv) *falta de legitimidad por activa y por pasiva*; v) *inexistencia de obligaciones claras, expresas y exigibles*; vi) *pago por parte de un deudor solidario e inexistencia de novación de las obligaciones objeto de transacción respecto del cobro ejecutivo desarrollado en el proceso 2009-00119 del Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá* y vii) *nulidad relativa por vicio del consentimiento*.

Evacuadas tanto la etapa probatoria, como de alegaciones, el *a quo* profirió la decisión protestada.

Sentencia impugnada: Declaró no probadas las excepciones de mérito de *inexistencia de la obligación* y *falta de legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva*, propuestas por el demandado Maximiliano González; al igual que las denominadas *cobro de lo no debido*, *falta de legitimidad para el cobro*, *ausencia de legitimación por activa y por pasiva*, *inexistencia de obligaciones claras expresas y exigibles*, *nulidad relativa por vicio al consentimiento* y *prescripción*, alegadas por el accionado Oscar Orjuela.

En consecuencia, ordenó continuar con la ejecución, en los términos del mandamiento de pago, el remate de los bienes sobre los cuales se practicó medidas cautelares, la liquidación del crédito y la condena en costas a la parte vencida.



Arribó a esta determinación luego de analizar los presupuestos de la acción y el título ejecutivo, del que se derivaron obligaciones claras, expresas y exigibles. Abordó el estudio a partir del acuerdo transaccional de 3 de marzo de 2017, que celebró Elianeth Aguilar (en nombre propio y en representación de Oscar Munévar, Oscar Orjuela Ramos y Maximiliano González), con Marín Neira y Asesorías Ome, por el incumplimiento de un contrato de arrendamiento comercial que fue satisfecho por la citada señora, en cuantía de \$400'000.000.oo.

Evocó la naturaleza del contrato de transacción y los efectos que de ella se desprenden para darle validez. Señaló que si bien se trataba de una obligación solidaria por pasiva por ser un contrato de arrendamiento mercantil para un centro de estética y peluquería, el convenio de las características prenotadas requería de la capacidad de las personas que lo celebrasen y del derecho de disponer de los objetos comprendidos en ella, máxime si está involucrado un mandatario judicial.

Verificó que la señora Aguilar fue apoderada de los señores González y Orjuela en el proceso de restitución de inmueble arrendado 2009-00119, de acuerdo con el mandato que le confirieron, en el que fue incluida la facultad de "*transigir*" y en virtud de ello, estimó que sí surtía efecto respecto de los mandantes por haberlo así previsto y en consideración a que la señora Aguilar lo suscribió en representación de ellos.

Por tanto, concluyó que sí les era oponible y estaban legitimados para concurrir como deudores, indistintamente de su valor pues así fue la voluntad de las partes, ni se demostró vicio del consentimiento alguno para que fuera declarada la nulidad del mencionado acuerdo.

No acogió los planteamientos dirigidos a que el proceso de restitución culminó por pago, cuando lo que condujo a su conclusión fue el cumplimiento del contrato precitado por parte de la señora Aguilar Corradine, conforme a la confesión que hizo el señor González cuando



manifestó que a él no le interesaba el negocio jurídico y que era ella quien sufragó la totalidad de esa transacción, por ese motivo acogió su legitimación para el cobro frente a los codeudores solidarios incumplidos. Destacó que por esa razón el desglose de los documentos se hizo en favor del señor Oscar Munévar y en el de la citada señora, al interior del proceso ejecutivo que le siguió al de restitución de inmueble arrendado.

Precisó que por no tratarse de una obligación civil, le son aplicables los preceptos mercantiles y, en ese orden, no le era extensible la subrogación planteada. Por último, la prescripción no salió avante en tanto que no había corrido ningún plazo de las características aludidas.

Apelación: El demandado Orjuela interpuso el recurso de alzada contra la aludida providencia. Para ello, formuló los reparos que sustentó, conforme se resume a continuación:

Debió considerarse que se trataba de un título complejo puesto que la transacción no fue objeto de cesión por parte de los acreedores originarios ni en ella se fijó un cobro relacionado con el incumplimiento de los pagos pactados – saldo insoluto-, como tampoco de los intereses moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida. En lugar de ello, se estableció la resolución como consecuencia del incumplimiento e imputar los abonos a la deuda, más no una cláusula de ejecución para los rubros deprecados.

No se concedió la facultad de cobrar la obligación *in solidum*, con menor razón que los intereses del incumplimiento fueran los moratorios liquidados a la tasa máxima legal permitida. Era inviable cobrar el capital y los intereses moratorios comerciales por carencia de pacto en tal sentido.

El proceso de restitución de inmueble arrendado se encontraba terminado para el momento en que se celebró la transacción dado que mediante sentencia de 28 de febrero de 2018 así se dispuso y, por



consiguiente, esa negociación cobijó tanto las cargas pendientes del arrendamiento como los gastos del ejercicio de la acción.

La solidaridad únicamente se predicó del contrato comercial, más no para el recaudo de las costas procesales o de la cláusula penal y de ninguna manera produjo la culminación de la actuación jurídica, puesto que esta se derivó del pago total, a la luz del canon 461 del C.G.P., más no del precepto 312 *ibidem*.

El artículo 825 del Código de Comercio no impide la aplicación de los cánones 1579 y 1668 del Código Civil porque la primera no regula el evento en que un deudor solidario sufraga por los otros y, en ese orden, debió extenderse la segunda preceptiva para verificarse la subrogación.

La presunción de solidaridad medió entre los arrendatarios solidarios y ejecutados tanto para los cánones de arrendamiento como los intereses moratorios; mientras que en la condición de demandados y condenados solidariamente, a la cláusula penal y las agencias en derecho con sus intereses civiles. En esos dos momentos se predicó la solidaridad y no fueron exonerados del pago los accionantes de este proceso ni medió cesión de los acreedores iniciales, de modo que no podían ejecutar la totalidad de las obligaciones pactadas, de las cuales eran igualmente solidarios y responsables.

Los artículos 2º y 822 del Código de Comercio permiten la aplicación de las normas civiles en las relaciones comerciales a menos que se prevea otra cosa en la norma comercial.

La transacción no se pactó respecto del contrato de arrendamiento del local comercial, toda vez que su desarrollo se efectuó al interior de una actuación judicial, producto de condenas que impedía el cobro de intereses moratorios comerciales sobre \$400'000.000.oo, por no tratarse de un acuerdo mercantil.



Argumentos novedosos:

En atención a que las siguientes alegaciones fueron temas no tratados durante la interposición de la alzada ni dentro de los tres días posteriores a la notificación de la sentencia de primera instancia, no podrán acogerse para su estudio en esta Sede:

- La imposibilidad de decretar como prueba de oficio las actuaciones surtidas en el proceso de restitución y ejecutivo fenecidos, en virtud de que no es un proceso declarativo.

- La falta de capacidad de la señora Aguilar Corradine para celebrar el acuerdo de transacción.

- La complejidad del título desde la perspectiva de allegarse la mencionada transacción, con los soportes de pago de la señora Aguilar y el requerimiento legal a los aquí ejecutados, como tampoco la fecha de causación.

Pronunciamiento de la parte contraria: Deprecó la confirmación de la sentencia confutada porque quedó demostrado que la parte ejecutante estaba legitimada en defensa de los intereses propios de ella y por mérito de la ley, debido a que con ella se redujeron los costos de la obligación y la totalidad del capital que le correspondía al deudor honrar en virtud del contrato de arrendamiento.

El título ejecutivo es complejo pues del simple contrato de arrendamiento comercial y de la transacción no se podía establecer el obligado ni el monto de la obligación. Adicional a ello, la transacción no es autónoma, con mayor razón si ante el mismo juzgado cursó el proceso objeto de la terminación del contrato comercial y los que se derivaron de él.



II. PROBLEMAS JURÍDICOS

¿El título ejecutivo satisfizo las exigencias para el recaudo en la forma en que se dio continuidad a la ejecución?

¿Procedía el cobro de la suma total pagada por los señores Elianneth Aguilar Corradine y Oscar Munevar Forero, en virtud de la transacción celebrada en nombre propio por parte de la primera y en representación de los señores Oscar Munévar Forero y Maximiliano González Peña?

¿Medió subrogación por los montos sufragados por los ejecutantes respecto de los otros deudores solidarios Oscar Orjuela Ramos y Maximiliano González Peña, pese a que el primero de los mencionados no tuvo participación en la transacción celebrada?

¿Era procedente el cobro de la obligación *in solidum* y por los intereses moratorios comerciales liquidados a la tasa máxima legal permitida sobre la cifra pagada?

III. CONSIDERACIONES

1. Es asunto averiguado que la transacción es una forma de extinguir las obligaciones (C.C., art. 1625). Mediante este acuerdo extraprocesal las partes de manera directa, o a través de un representante con capacidad para disponer de los derechos, bienes y acciones, finiquitan un litigio pendiente o previenen uno eventual (arts. 2469 y ss., ib.).

No es admisible que se celebre un convenio bajo esa denominación cuando la litis ya fue solucionada y la decisión que la resolvió hizo tránsito a cosa juzgada pues, en ese escenario, estaría afectado de nulidad (art. 2478, id.). Esto es así, en atención a que su pacto conlleva la misma consecuencia de última instancia (art. 2483, Ob. cit.).

Al respecto, la doctrina se ha referido así;



"El concepto de transacción se configura, pues, con la presencia de una litis: esto es, un conflicto de intereses, y más propiamente aún, un conflicto de pretensiones, en curso o en ciernes, y de su eliminación por medio de concesiones recíprocas, consistentes en la abdicación de pretensión y su rechazo. Y pueden circunscribirse al objeto de la litis, al igual que por medio suyo 'se pueden crear, modificar o extinguir también relaciones jurídicas distintas de aquella que constituye el objeto de la pretensión y de la negación de ella' (art. 1965 [2] Codice Civile). Todo queda confiado a la iniciativa de las partes, que puede desembocar en una transacción simple, en una transacción novatoria típica o en una transacción novatoria atípica. Figuras estas últimas complejas, en las que en razón del acuerdo extintivo de la litis, o mejor, para poder llegar a él, las partes se proyectan hacia el futuro mediante la creación de relaciones nuevas, ajenas a la disputa superada.

La transacción es un acto de autonomía privada, destinado, más que a modificar una situación en curso, a precisarla, cuanto lo primero, eliminando el conflicto y la consiguiente incertidumbre. La transacción implica, necesariamente la determinación de dos posiciones encontradas, cada una de las cuales es transformada, modificada, en cuanto hace la depuración del conflicto. De ahí su naturaleza ciertamente preclusiva, en rigor, exclusivamente preclusiva"¹.

Aunque, en principio, la celebración del aludido acuerdo no favorece ni perjudica a los otros deudores cuando media la solidaridad por pasiva, sí tendría trascendencia para ellos, de llegar a presentarse una novación (C.C., art. 2484) o propiciarse el decaimiento de las obligaciones frente a su acreedor en lo que les resulte beneficioso.

Sin embargo, no puede pasar inadvertido que si ésta conlleva a la culminación total de un pleito, en el supuesto de cumplirse lo allí acordado por uno de los deudores cobijados por la solidaridad, inexorablemente este actuar conduciría a la desaparición de la citada integridad en virtud del acatamiento de la prestación y su aparejada extinción.

Ahora bien, la codificación civil en el artículo 1668 le permite al *solvens* subrogarse – por la vía legal- en la acción del acreedor por el pago efectuado respecto de los otros deudores *"con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda"* (art. 1579, ib.). Claro está, con miramiento en el interés que les asiste a sus miembros en el

¹ Hinestrosa, Fernando. "Tratado de las obligaciones", Universidad Externado de Colombia. Bogotá – 2008, 3ª edición y 1ª reimpresión, Tomo I, Págs. 737 -738.



pacto para el cual rigió la solidaridad porque, de no hallarse tal beneficio serían concebidos como fiadores (inc. 2º, id.).

Para explicarlo de mejor manera se trae a colación lo dilucidado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

"[E]l pago realizado por uno de los deudores solidarios a favor del acreedor inicial trae consigo una nueva obligación, pero sólo entre quienes conformaban el extremo pasivo de la primera prestación, esta vez conjunta, es decir la que tiene por objeto una cosa divisible y existe a cargo de dos o más deudores o a favor de dos o más acreedores, en forma tal que cada deudor sea solamente obligado a su cuota o parte en la deuda y que cada acreedor apenas pueda pedir su parte o cuota en el crédito (art. 1568 y 1583).

(...)

El ordenamiento jurídico presume, entonces, que la obligación asumida por varias personas es de interés de todas ellas y, por consecuencia, cada una está obligada a su pago por partes iguales.

(...)

Así las cosas, al alcance de cualquier deudor está demostrar su cuota en el pasivo inicial, porque a esta se limitará la devolución que nació en su contra en la nueva prestación, surgida a raíz del pago cumplido por uno de los deudores solidarios o solvens.

*Incluso, nada obsta que uno de tales obligados carezca de interés en el compromiso originario, porque realmente lo contrajo de forma solidaria en aras de garantizar el pago al acreedor, eventualidad en la que, como lo consagra el inciso 2º del artículo 1579 citado, «[s]i el negocio para el cual ha sido contraída la obligación, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán estos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, **y los otros codeudores serán considerados como fiadores.**» (Resaltó la Corte).*

En suma, el pago al acreedor de una obligación contraída solidariamente por varios deudores, realizado por uno de estos, a la par que extingue ese primigenio débito, da lugar a una nueva prestación, esta vez de los otrora codeudores a favor de quien satisfizo aquella carga, la cual carece de solidaridad siendo entonces una obligación conjunta en la que, por ende, cada uno está obligado a la devolución de la cuota que le concernía en el compromiso inicial, debiéndose presumir que importaba a todos en partes iguales, salvo prueba acerca de que ese interés ascendía a una proporción distinta o, incluso, que podría ser inexistente para uno o varios de los deudores, a la sazón fiador.²

De otra parte, no puede pasarse por alto que si el pago se produjo por el acatamiento de una transacción en aras de precaver una controversia o darle solución a la que se encuentra en trámite judicial, por su simple

² Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC5107-2021 de 15 de diciembre de 2021. Rad. 11001-31-03-005-2015-00707-01.



celebración – en uno u otro estadio- no conlleva a mutar la naturaleza del negocio que la originó, bien civil ora comercial. Máxime si medió una subrogación al acreedor con todas las prerrogativas que ella ostentaba con la limitación del beneficio que le asistía a cada uno de sus integrantes en el convenio primigenio.

Con mayor razón, si el artículo 20 del Código de Comercio establece que son mercantiles aquellos actos encaminados a “(...) [l]a adquisición a título oneroso de bienes muebles con destino a arrendarlos; el arrendamiento de los mismos; el arrendamiento de toda clase de bienes para subarrendarlos, y el subarrendamiento de los mismos (...) [l]a adquisición o enajenación, a título oneroso, de establecimientos de comercio, y la prenda*, arrendamiento, administración y demás operaciones análogas relacionadas con los mismos” (Se destaca; núms. 2º y 4º, ib.) y, a la par, así fueron concebidos “(...) los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales.” (Negrilla de la Sala; art. 21, id.), del que no puede aislarse las transacciones que devienen de un negocio jurídico comercial incumplido *ab initio* y satisfecho – posteriormente- por algunos de los deudores.

2. Desde esta perspectiva, en el caso bajo estudio se aprecia lo siguiente:

a) El 26 de octubre de 2005, entre los señores Ricardo Marín Neira, como arrendador, y Oscar Eduardo Orjuela Ramos, Elianeth Aguilar Corradine, Oscar Munévar Forero y Maximiliano González Peña, en calidad de arrendatarios, se celebró un contrato de arrendamiento de local comercial sobre el inmueble ubicado en la carrera 16 No. 80-77 de esta ciudad, que tendría como destinación un centro de estética y peluquería.

La duración inicial se acordó por un plazo de doce meses que iniciaría el 1º de noviembre de esa anualidad y culminaría el 30 de octubre



de 2006, bajo una contraprestación de \$3'000.000.00 mensual y sin perjuicio de que operase la prórroga tácita o la renovación.

También se convino en que los arrendatarios "responder[í]an solidariamente por todas las obligaciones contraídas en el presente contrato, no solo por el término inicialmente pactado, sino durante la vigencia de las prórrogas tácitas o de las renovaciones por escrito, pactadas por uno de ellos y/o por todos hasta la fecha de la restitución del inmueble al ARRENDADOR"³ (Se subraya).

Adicionalmente, el 2 de noviembre de 2005, se pactó un "Otro sí" al contrato de arrendamiento con el fin de reajustar el canon al monto de \$3'400.000.00, el cual sería incrementado cada 60 meses, de acuerdo con el IPC⁴.

b) Al interior del proceso 026-2009-00119, se observa que Ricardo Marín Neira promovió la restitución del inmueble arrendado contra Oscar Eduardo Orjuela Ramos, Elianeth Aguilar Corradine, Oscar Munévar Forero y Maximiliano González Peña, con el fin de que fuera decretada la terminación del aludido acuerdo y se le efectuara la entrega del inmueble, debido a que estos últimos se encontraban en mora de cumplir las erogaciones causadas, que ascendían a \$49'431.266.00.

Durante su trámite, los señores Maximiliano González Peña, Oscar Orjuela Ramos y Oscar Munévar le concedieron poder para actuar a la abogada Elianeth Aguilar Corradine para que los representara y le otorgaron tanto las facultades del artículo 70 del C.P.C., como las especiales para "recibir, retirar, interponer recursos, retirar títulos, desistir, transigir, conciliar, sustituir, revocar sustituciones, renunciar, tachar documentos, reasumir y hacer todo cuanto fuere legal y procedente en defensa de mis intereses"⁵ (Se subraya).

³ PDF 01Cuadernouno; Fl. 7.

⁴ PDF 2023-02-07 (2); fl. 30.

⁵ PDF 2023-02-07(2); fls. 90 - 91, 98-99 y 209-210



El 28 de julio de 2011, se profirió sentencia por medio de la cual se declararon probadas las excepciones de mérito propuestas y se negaron las pretensiones.

Empero, mediante el fallo de tutela proferido por esta Corporación el 15 de febrero del año siguiente, se amparó el derecho fundamental a un debido proceso del señor Ricardo Marín Neira y se declaró la nulidad de la providencia anotada; en consecuencia, al juez de la instancia se le ordenó que adoptase un nuevo veredicto⁶. Determinación que fue confirmada por la Corte Suprema de Justicia en providencia de 12 de marzo de esa anualidad⁷.

En acatamiento de la orden tutelar, el 27 de febrero de 2012 el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad emitió una nueva decisión, por medio de la cual decretó la terminación del contrato de arrendamiento suscrito el 26 de octubre de 2005, entre Ricardo Marín Neira y Oscar Eduardo Orjuela Ramos, Elianeth Aguilar Corradine, Oscar Munevar Forero y Maximiliano González Peña, por la causal de mora en el pago del arrendamiento.

Del mismo modo, decretó la restitución y condenó en costas a los demandados, entre ellas fijó las agencias en derecho en cuantía de \$7'000.000.00⁸ y, más adelante, aprobó su liquidación por \$7'429.740.00⁹. Tras encontrarse ejecutoriados los valores cuantificados por esos gastos y hacerse la petición respectiva¹⁰, se emitió la orden de cobro acumulada¹¹.

La diligencia de restitución de inmueble arrendado se llevó a cabo el 9 de agosto de 2013 y en ésta se consignó que la atendió el señor Oscar Eduardo Orjuela Ramos, quien entregó las llaves y el candado de cadena

⁶ PDF 01CuadernoNueve2009-119; fls. 15-27.

⁷ PDF 01CuadernoNueve2009-119; fls. 61-70

⁸ PDF 01CuadernoNueve2009-119; fls. 31-53.

⁹ PDF 01 CuadernoNueve2009-119; fls. 125-129.

¹⁰ PDF 01CuadernoOnce2009-119; fl. 122-124.

¹¹ PDF 01Cuadernouno; fl. 149.



de la puerta principal. Se describió que el bien estaba libre de personas, animales o cosas y en regular estado, tanto de conservación como de mantenimiento, que no tenía conectores de luz, puertas ni inodoros; de la misma manera, que fueron retiradas las mejoras y los servicios estaban suspendidos¹².

c) Seguido de la restitución de inmueble, Ricardo Marín Neira entabló demanda ejecutiva contra Oscar Eduardo Orjuela Ramos, Elianeth Aguilar Corradine, Oscar Munévar Forero y Maximiliano González Peña, a efectos de lograr el pago de los cánones de 20 de octubre de 2006 a 14 de abril de 2012, más los réditos moratorios y la cláusula penal, en monto de \$12'046.615.00¹³. El mandamiento de pago fue librado el 15 de mayo de 2012, en él se consideró una porción de los guarismos implorados por lo que el capital y la sanción pecuniaria sumaron \$147'097.051.00¹⁴, lo anterior sin considerar las erogaciones generadas por la mora.

Agotadas las actuaciones correspondientes, el 6 de febrero de 2014, fue proferida la sentencia que declaró no probadas las excepciones y ordenó seguir adelante la ejecución en contra de los demandados conforme a la orden de pago efectuada, dispuso la liquidación del crédito, el avalúo y remate de los bienes objeto de cautela. Nuevamente, fueron condenados en costas los demandados¹⁵.

La anterior providencia fue confirmada por este Tribunal, en veredicto de 4 de febrero de 2015¹⁶.

d) En el interregno, el señor Ricardo Marín Neira cedió el 20% del crédito (aun cuando refirió que se trataba de derechos litigiosos) a Asesorías Ome Ltda. y el 80% a Ricardo Silva Moreno¹⁷.

¹² PDF 01CuadernoNueve2009-0119; fl. 305.

¹³ PDF 01CuadernoOnce2009-119; fl. 3- 54.

¹⁴ PDF 01CuadernoOnce2009-119; fl. 55-78.

¹⁵ PDF 01cuadernoOnce2009-119; fl. 296-312.

¹⁶ PDF 01CuadernoOnce2009-119; fls. 424-452 y PDF 01CuadernoDieciseis2009-119; fl. 28-42..

¹⁷ PDF 01CuadernoOnce2009-119; fl. 162 – 190.



También se agregó otra demanda coercitiva de Ricardo Silva Moreno y Asesorías Ome Ltda. contra Oscar Eduardo Orjuela Ramos, Elianeth Aguilar Corradine, Oscar Munévar Forero y Maximiliano González Peña, con el fin de recaudar los cánones de abril, mayo y julio de 2012 (\$3'212.431.00, \$4'023.307.00 \$3'023.307.00, respectivamente), más los rendimientos moratorios¹⁸. Por ese motivo, el 6 de marzo de 2014, se profirió la orden de apremio acumulada¹⁹ (que fue corregida en autos de 2 de septiembre de 2015 y 12 de enero de 2016²⁰).

El 4 de abril de 2014, los señores Oscar Eduardo Orjuela Ramos y Oscar Munévar Forero le confirieron poder a la mandataria Elianeth Aguilar Corradine para que gestionara sus derechos frente a esta solicitud, con la facultad del canon 70 del C.G.P. y las especiales para *"recibir, retirar, interponer recursos, retirar títulos, desistir, transigir, conciliar, sustituir, revocar sustituciones, renunciar, tachar documentos, reasumir y hacer todo cuanto fuere legal y procedente en defensa de nuestros intereses"*²¹ (subrayado de la Sala).

En auto de 12 de enero de 2016, le fue reconocida personería para actuar como apoderada de los demandados en el trámite acumulado²².

Sin embargo, el 5 de enero de la misma anualidad el señor Oscar Orjuela Ramos le había otorgado poder a la togada Nubia Yolanda Garzón Salinas con el propósito de que ejerciera su representación hasta la terminación del proceso y formulara incidente de nulidad desde el auto de 1º de abril de 2013. En esa ocasión, le confirió las disposiciones de los preceptos 73 y 74 del C.G.P., al igual que las específicas para *"recibir, retirar, interponer recursos, retirar títulos, tachar documentos, tachar de falsedad, presentar incidentes de nulidad, desistir, transigir, conciliar, sustituir, revocar sustituciones, renunciar, reasumir (...)"*²³ (se destaca).

¹⁸ PDF 2023-02-07 (3); fls. 2-4.

¹⁹ PDF 01Cuadernouno; fl. 167 y PDF 2023-02-07 (3) ; fl. 7..

²⁰ PDF 2023-02-07 (3) ; fls. 39 y 60.

²¹ PDF 2023-02-07(3); fls. 27-30.

²² PDF 2023-02-07(3); fls.61.

²³ PDF 2009-119; fl.3.



En esa misma data, la abogada Elianeth Aguilar Corradine le entregó un paz y salvo al señor Orjuela por concepto de honorarios²⁴.

Fue esa la razón para que los días 19 y 21 de julio de 2016, la señora Aguilar Corradine manifestase que actuaba en nombre propio y como apoderada de Óscar Munévar Forero y Maximiliano González Peña²⁵.

e) El 3 de marzo de 2017, se suscribió el acta de transacción entre los deudores Elianeth Aguilar Corradine, Oscar Eduardo Orjuela Ramos, Oscar Munévar Forero y Maximiliano González Peña (los tres últimos representados por la primera), con los acreedores: Ricardo Marín Neira (sic) y Asesorías OME Ltda, en la que transaron las pretensiones del proceso, gastos, costas y agencias en derecho, conforme al siguiente tenor:

"ELIANETH AGUILAR CORRADINE, quien actúa en nombre propio y en representación de los deudores nombrados y la NEYLA ORTÍZ ARIZA, representante judicial del señor RICARDO MARÍN NEIRA y de la SOCIEDAD ASESORÍAS OME LTDA., transamos los pretensiones, gastos, costas y agencias en derecho en la suma de CUATROCIENTOS MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$400.000.000.00), suma dineraria en la cual queda incluido el capital, intereses, costas, agencias en derecho, correspondiendo al señor RICARDO MARIN NEIRA el 80% de este valor, es decir TRESCIENTOS VEINTE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$320.000.000.00) y el veinte por ciento (20%) a ASESORIAS OME LTDA., para un total de OCHENTA MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$80.000.000.00)." (sic)-.-----.

Adicionalmente, se indicó que contemplaba un acuerdo de pago, conforme a las siguientes cuotas: la suma de \$100'000.000.00 (\$80'000.000.00 en favor del señor Ricardo Marín Neira y \$20'000.000.00 para Asesorías OME Ltda.) en aquel momento – 3 de marzo de 2017- y otras tres cuotas por ese mismo valor (\$100'000.000.00 y bajo la misma distribución), los días 17 de abril, 17 de junio y 17 de agosto de ese año.

Se previó que ante un eventual incumplimiento, se reactivaría el proceso ejecutivo – como condición resolutoria- y, en tal evento, se previó la imputación de esas erogaciones como abonos de la obligación

²⁴ PDF 2009-119; fl.5.

²⁵ PDF 2023-02-07(3); fls. 70 y 75.



perseguida: primero a intereses moratorios, luego, a honorarios y, por último, a capital, conforme a las respectivas sentencias y mandamientos de pago²⁶.

Para su satisfacción, se acordó la suspensión del proceso desde la presentación del memorial y hasta el 18 de agosto de 2017, al igual que el documento referente a la terminación del proceso por pago cuando se honrarse la última cuota²⁷.

Fue así que el 23 de marzo de 2017, se deprecó la suspensión del proceso²⁸ y el 18 de agosto postrero, se impetró su terminación por pago efectivo de la obligación, conforme al canon 461 del C.G.P., con el levantamiento de las medidas cautelares, sin condena en costas, la realización del desglose de los documentos en favor de Elianeth Corradine Aguilar por haber atendido la obligación y el subsiguiente archivo de la actuación²⁹. Petición que se adicionó para incluir al señor Oscar Munévar Forero en el desglose dado que también sufragó la obligación, de conformidad con la aludida transacción³⁰.

El 3 de octubre posterior, se declaró terminado el proceso conforme a la previsión 461 de. C.G.P., por pago total de la obligación, se levantaron las cautelas y fueron concedidas las demás reclamaciones³¹. Por ese motivo se emitieron las comunicaciones a las distintas entidades y las certificaciones solicitadas³².

De lo anterior se extrae que se celebró una transacción entre las partes anotadas y que la señora Aguilar, ahora demandante, no tenía poder de disposición del derecho ni de los bienes del señor Óscar Orjuela puesto que el mandato que le había sido conferido en pretérita oportunidad fue revocado por el nuevo poder que le otorgó a la togada

²⁶ PDF 01Cuadernouno; fl. 171-177 y 185-191, PDF 01CuadernSeis2009-119; fls.320-314.

²⁷ PDF 01CuadernoSeis2009-119; fl.314-321.

²⁸ PDF 01CuadernoSeis2009-119; fl.322.

²⁹ PDF 01CuadernoSeis2009-119; fl.326.

³⁰ PDF 01CuadernoSeis2009-119; fl.328.

³¹ PDF 01CuadernoSeis2009-119; fl.330.

³² PDF 01CuadernoSeis2009-119; fl.332-337..



Nubia Yolanda Garzón en el año 2016. No obstante, no puede decirse lo mismo en relación con el mandante Maximiliano González Peña, dado que no se vislumbró que hubiese acontecido un suceso similar ni mucho menos frente al señor Munévar, en vista de que así lo ratificó en el año 2014.

Ahora bien, esa transacción condujo al pago de una suma inferior que fue redondeada en torno a todo lo que debían por gastos procesales, intereses, cláusula penal y cánones de arrendamiento, lo que guarda armonía con lo manifestado por la señora Elianeth Aguilar en su interrogatorio de parte,

"[C]uando sucedió eso de la transacción, el señor Oscar Orjuela y ellos sabían que se debía ese dinero, que había embargado un apartamento en la calle 92 No. 19-70, que ya iba para remate. Entonces, ellos, por ejemplo, el señor Maximiliano, pues yo nunca lo vi a él, yo hablaba con el señor Oscar Orjuela. El Juzgado siempre les comunicó a ellos absolutamente todo y ellos estuvieron al tanto, cuando ya se iban al remate de mi apartamento, entonces yo, nosotros, no tuvimos otra alternativa que pagar, llegar a un acuerdo con el señor Ricardo Marín y con la sociedad Ome y con la abogada. Nos tocó pagar. La deuda iba como en seiscientos algo de millones y pues hablamos con ellos, hicimos la negociación y nos rebajaron a \$400'000.000.00, que se pagaron en varios contados. Todos esos dineros se consignaron directamente a las cuentas del señor Marín y de la abogada. Y el señor Óscar Orjuela, obvio el era conocedor de todo. Él tenía el vínculo con el señor Maximiliano"³³.

Deja claro que el citado acuerdo cumplió las condiciones para su validez, en atención a que se produjo en el marco de un proceso ejecutivo que tenía varias demandas acumuladas, algunas estaban pendientes de resolución; las partes tenían capacidad para convenirlo, por tanto, la abogada Aguilar podía disponer del derecho de ella y de dos de los otros deudores que así la facultaron; ambos extremos cedieron en algo: los acreedores, en reducir la cuantía de la deuda y los deudores pactantes, a pagar parte de ella, aun cuando se supeditó su plena existencia a un cumplimiento efectivo, luego de materializarse, condujo a la terminación del proceso por pago y a la extinción de la obligación frente a los acreedores.

³³ MP4 AudienciaInicial; Min. 39"19".



De manera que el aludido acuerdo fue un beneficio para los deudores solidarios por la reducción del monto de la obligación primigenia, sumado a que el cumplimiento por parte de los señores Aguilar y Munevar derivó en la aniquilación de la misma.

En esa línea de pensamiento, podría pregonarse que la negociación únicamente le era oponible a la señora Aguilar, lo mismo que a los demandados y deudores solidarios, Oscar Munevar y Maximiliano González, mas no al señor Oscar Orjuela, sin embargo, ninguna trascendencia tiene para el cobro y la oponibilidad del acuerdo respecto de éste, la circunstancia cierta de que el contrato de transacción no haya sido suscrito por él directamente ni por apoderamiento de la señora Aguilar en virtud de la terminación del mandato que en otrora había existido, pues el artículo 1579 del Código Civil expresamente prevé que; *"El deudor solidario que ha pagado la deuda o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción del acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda."*

De otra parte, como quiera que en el presente caso la deuda fue cancelada a través del modo de la transacción, no puede pasarse por alto que el artículo 2484 del mismo estatuto sustantivo, consagra una excepción a la regla conforme con la cual, aquélla no surte efecto sino entre los contratantes, de donde si fue consentida por uno de ellos no perjudica ni aprovecha a los otros, salvo los efectos de la novación en el caso de solidaridad.

No obstante, lo sucedido con las pretensiones transadas no puede acogerse de manera aislada al contrato de arrendamiento comercial puesto que fue su incumplimiento el que propició el pago de todos esos débitos: cánones, cláusula penal, intereses moratorios y gastos



procesales. De haberse ceñido los deudores al tenor de sus cargas prestacionales no hubiese acontecido su causación.

Nótese que esos rubros no se generaron con ocasión del acuerdo transaccional, fue con antelación a aquel y su fuente fue el contrato de arrendamiento comercial, destinado para un establecimiento comercial, un centro de estética y peluquería, transacción con la cual se pretendió extinguir las obligaciones contraídas *ab initio*.

Tampoco se diga que debió requerirse a los otros codeudores para el pago, puesto que todos estaban vinculados al proceso de restitución de inmueble arrendando y, seguidamente, al ejecutivo. Además, conocían de las obligaciones pendientes, tan es así que el propio señor Oscar Orjuela fue quien atendió la diligencia de entrega y sabía de las condiciones en que lo hacía, aunado a que le confirió poder a otra mandataria. Lo mismo que el señor Maximiliano, quien reconoció no haber pagado ningún dinero por la referida condena³⁴ y aceptó que fue notificado de la demanda, según se extracta de esta expresión: *"yo iba a ir a presentarme al juzgado para saber qué era lo que pasaba porque yo no sabía nada y entonces yo fui donde el señor Oscar Orjuela, que es el propietario de la peluquería, y él me dijo que no, que la Doctora Elianeth se encargaba de todo que ella era la que sabía"*³⁵ (se subraya).

Es más, la señora Aguilar advirtió que ellos nunca se opusieron a ese contrato de transacción puesto que eran conscientes que se debía ese dinero y que a ella como había sido la que únicamente embargaron *"ellos estaban felices"*³⁶. Por demás, en un momento anterior, en el interrogatorio, aseveró que *"cuando ya que el apartamento iba para remate y ellos que no tenían dinero, no respondían ni nada, pues nos tocó pagar a Óscar y a mí, eso fue lo que sucedió, pero ellos eran conocedores"*

³⁴ MP4 AudienciaInicial; Min. 23"25".

³⁵ MP4 AudienciaInicial; Min. 17"50".

³⁶ MP4 AudienciaInicial; Min. 31"19".



*de todo. Inclusive, yo le decía hay que hacer un arreglo, formulemos una forma de pago, algo, y no, nunca quisieron.*³⁷ (subrayado propio).

Bajo ese tenor y con miramiento en los documentos auténticos y certificados que fueron aportados con la demanda: el contrato de arrendamiento, las sentencias proferidas, las condenas impuestas, el acuerdo transaccional celebrado, las manifestaciones de los acreedores representados por su abogada, la decisión de terminar el proceso por pago total derivado de ese acuerdo, el desglose en favor de los accionantes Munévar y Aguilar, así como las constancias de ejecutoria de las decisiones emitidas por el Juzgado 26 Civil del Circuito en el proceso 2009-00119, fluye diamantina la existencia de obligaciones a cargo de los deudores solidarios que no pagaron en su oportunidad las cifras evocadas por virtud de la novación acaecida, las cuales están revestidas de claridad, expresividad y exigibilidad, esta última suscitada desde el 17 de agosto de 2017.

Lo anterior, en consideración a que en esa fecha se cumplió la totalidad del acuerdo, sus efectos se extendieron a los deudores cobijados con la solidaridad por la subrogación legal que cubrió a los ejecutantes Munévar y Aguilar, en virtud del pago por ellos efectuado en la cuantía señalada. Sin embargo, importa destacar que no a todos les asistía interés en el contrato de arrendamiento comercial, de acuerdo con los siguientes elementos suatorios:

a) El señor Maximiliano González en su interrogatorio de parte reconoció que firmó el contrato de arrendamiento como “fiador”³⁸ y aun cuando negó haberse obligado solidariamente³⁹, se concluye que lo signó como garante, conforme a lo acordado en la cláusula primera del contrato de arrendamiento, por la cual fue condenado por el Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad en la sentencia de 6 de febrero de 2014.

³⁷ MP4 AudienciaInicial; Min. 29”00”.

³⁸ MP4 AudienciaInicial; Min. 17”29”.

³⁹ MP4 AudienciaInicial; Min. 17”50”.



Incluso, como se señaló líneas arriba, adujo que la peluquería era del señor Orjuela; mientras que la señora Elianeth Aguilar Corradine en su interrogatorio, exteriorizó que el señor Maximiliano *“es muy amigo de Oscar. Él iba a la peluquería y todo, pese a que él, evidentemente, ya no trabajaba con él, tenía otra peluquería, pero ellos se seguían tratando, si claro, y yo lo veía él que iba a la peluquería, al señor Oscar Orjuela, y él sabía y ellos sabían absolutamente todo.”*⁴⁰.

b) La señora Aguilar tampoco ostentaba ningún beneficio económico de esa negociación arrendaticia mercantil, toda vez que en su declaración explicó:

*“[S]i, yo los conozco a los dos. Evidentemente lo que dice el señor Maximiliano, ellos tenían una peluquería. Maximiliano trabajaba ahí con el señor Oscar Orjuela. Eso que dice que yo era la amiga, la confidente, no. Yo iba como clienta. Evidentemente, como pasaron tantos años y él era mi estilista, pues obvio, uno va tomando un poquito de familiaridad con ellos, pero en ningún momento y en alguno, cuando él se tenía que cambiar de peluquería nos pidió el favor a Oscar y a mí para que lo (sic) sirviéramos de fiadores para tomar ese inmueble. Y a Maximiliano, si yo lo conocí allá, también hace muchos años, sí lo que él dice es cierto, pero en ningún momento de que yo era su amiga personal y eso, no. Siempre de todo dentro de los parámetros como la relación entre una clienta y el señor que era mi estilista, él me peinaba.”*⁴¹ (Resaltado de la Sala).

c) Por su parte, el señor Munevar narró que había fungido como codeudor porque el señor Oscar Orjuela era el estilista de su esposa y le había pedido que les hiciera el favor, por esa razón le colaboró. Adicionalmente, precisó que fue engañado en vista de que el señor Orjuela no pagó las obligaciones que estaban a su cargo⁴².

En ese orden, se puede inferir que el único beneficiado con el mencionado contrato de arrendamiento era el señor Oscar Orjuela Ramos, debido a que fue convenido para su propio negocio de peluquería y estética.

Y es que conforme ha sido decantado por la doctrina nacional *“la ley presume que la obligación contraída en común por varias personas*

⁴⁰ MP4 AudienciaInicial; Min. 29“00””.

⁴¹ MP4 AudienciaInicial; Min. 28“16””.

⁴² MP4 AudienciaInicial; Min. 1“04”55””.



interesa por igual a todas ellas, presunción que se acomoda perfectamente al caso de que la obligación sea solidaria y se trate de determinar las cuotas de los codeudores para el efecto de sus relaciones recíprocas. Pero es claro que esta presunción puede ser desvirtuada mediante prueba en contrario (...) Más aún, puede ocurrir que un codeudor solidario no tenga interés alguno en la deuda, sino que la haya contraído para garantizar la obligación de los otros codeudores. En este caso la solidaridad ha sido empleada como caución: el codeudor que no tiene interés en la deuda es un fiador solidario que responde de la totalidad de ella frente al acreedor, pero que no participa en su división entre los codeudores (art. 1579". (Ospina Fernández Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. 5ª Edición, Ed. Temis, 1994, pág. 250).

A tono con el norte descrito, los tres partícipes concurren como garantes, en su calidad de fiadores; mientras que al único que le concernía el negocio de arrendamiento era al señor Orjuela y, por consiguiente, estaba llamado a satisfacer la totalidad de la obligación. Ello sería de este modo, de no ser porque el señor Maximiliano González no apeló la decisión proferida por el Juez de primer grado en la cual se dispuso continuar la ejecución igualmente en su contra, por lo que desde el punto de vista procesal no pueden cobijarlo los efectos del recurso planteado por Orjuela Ramos, dado que se trata de un litisconsorte facultativo de la parte accionada, pudiéndose deducir incluso, que de su conformidad con el fallo de primer grado emerge su interés en el negocio causal.

Recuérdese que la doctrina ha sostenido – de vieja data- que en esta clase de relación procesal, “[l]os actos de uno, si el litisconsorcio es facultativo, no aprovechan ni perjudican a los demás (...) Cuando el litisconsorcio es facultativo, los recursos de un litisconsorte no favorecen a los demás, pero si es necesario ocurre lo contrario, ya que en el primer



*caso puede haber resultados diversos para cada litisconsorte, por lo cual puede consentir o impugnar con independencia de los otros (...)*⁴³.

Lo anterior se traduce en que resulta inmutable para el señor Maximiliano la decisión del *a quo*, con la que en últimas se mostró conforme.

En este orden de ideas, los demandantes estaban en principio facultados para cobrar la suma de \$400'000.000.00, con los respectivos intereses moratorios desde el 17 de agosto de 2017, teniendo en cuenta que no se desligó el carácter mercantil del negocio jurídico frente al acuerdo transaccional celebrado y su posterior cumplimiento, cuyo pago se ordenó a cargo de los señores Orjuela Ramos y González Peña, pero pese al análisis efectuado en párrafos que anteceden en torno a que por virtud de la solidaridad debían contribuir al pago de la deuda común en la proporción del interés en cada uno en el contrato arrendaticio que dio lugar a la transacción, habiendo concluido que el beneficio sólo le concernía al primero de los mencionados, sin que el segundo refutara el sentido del fallo que también lo compele al pago de aquélla, se impone la confirmación de la sentencia del juez de primer grado, con la consiguiente condena en costas de esta instancia a cargo del apelante.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **en nombre la República de Colombia y por Autoridad de la Ley, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Quinta Civil Dual de Decisión,**

⁴³ Morales Molina, Hernando. "Curso de derecho procesal civil", Bogotá-1983. Ed. ABC, Parte general, octava edición, Pág. 233-234.



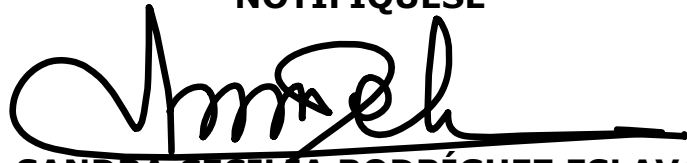
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de 17 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado 26 Civil de Circuito de esta ciudad, conforme a las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: CONDENAR al apelante al pago de las costas causadas en esta instancia. Para tal fin se fijan por agencias en derecho la suma de \$1'160.000.00. Liquídense.

TERCERO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al estrado judicial de origen.

NOTIFÍQUESE



SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

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

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Radicación 110013103032 2022 00220 01

La sustentación del recurso de apelación allegada por la parte demandante¹, obre en autos para los fines pertinentes.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 2213 de 2022, se ordena por secretaría correr traslado a la contraparte, para que se pronuncie al respecto.

NOTIFÍQUESE.

¹ Archivo "07SustentaciónApelación.pdf".

Firmado Por:
Clara Ines Marquez Bulla
Magistrada
Sala 003 Civil
Tribunal Superior De 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: **62f8cacfb3c216465139ac150e0a3179721c913cba647e2f0e6c30263e003d6f**

Documento generado en 08/09/2023 09:02:59 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

Radicación : 11001 31 03 033 2015 00581 01.

Clase : Ejecutivo.

Ejecutante : Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A – BBVA
Colombia S.A.

Ejecutados : Hacienda Santa Ana S.A.S. y Juan Carlos Posada Escobar.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto de 26 de abril de 2023 a través del cual, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, D.C., declaró la terminación del asunto en referencia por “*desistimiento tácito*”.

ANTECEDENTES

1. Tras considerar que el litigio estuvo inactivo durante un término superior a los dos (2) años, contados a partir de la última actuación, así como que una renuncia a un poder “*no interrumpe el término, ya que no es una actuación idónea tendiente a impulsar o cobrara la actuación*” el juzgado *a quo* declaró su terminación, con base en lo dispuesto en el artículo 317 del Código General del Proceso.¹

2. Inconforme, el extremo ejecutante indicó que el 7 de marzo de 2023 se radicó un memorial, con lo que se interrumpió el término referido; agregó que “*en el proceso no existen medidas cautelares efectivas, y que lo correspondiente a la carga*

¹ Cfr. Folios 244 y 245 Cd. Principal.

procesal del acreedor esta cumplida, y que solo a través la gestión extrajudicial de cobro, se puede recaudar el monto adeudado” -sic- destacó, que no fue requerido para cumplir ninguna carga, así como que nunca abandonó el proceso.²

3. Para desestimar la impugnación horizontal, la autoridad de primer grado puntualizó, que la última actuación relevante del proceso acaeció el 15 de abril de 2021, cuando se le asignó para su conocimiento, insistió en que *“la renuncia al poder allegada, no tiene la ritualidad de interrumpir el término, pues como se indicó en líneas precedentes no está encaminada a satisfacer la obligación, no mucho menos a impulsar la actuación, a la cual no le ha realizado ninguna actuación idónea tendiente a la satisfacción de la obligación en más de dos años”*. Así, mantuvo su decisión y concedió la alzada en estudio.³

CONSIDERACIONES

1. La providencia objeto de censura será confirmada en esta instancia por las razones que a continuación se exponen.

2. En cuanto al supuesto aquí estudiado, dispone el numeral 2° del artículo 317 del Código General del Proceso, que cuando un litigio *“o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, **permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes. [...] Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años”***. [Énfasis no original]

3. Cotejados uno a uno y en conjunto los documentos obrantes en el expediente, emerge evidente que, desde el 15 de abril de 2021, cuando se asignó el proceso al juzgado de ejecución de sentencias de conocimiento, hasta el 26 de abril de 2023 (2 años y 11 días) cuando se emitió el auto cuestionado, la ejecución ordenada con base en el auto apremio estuvo

² Cfr. Folios 246 a 248 Cd. Principal.

³ Cfr. Folios 257 a 259 Cd. Principal.

inactiva sin que ninguna de las partes hubiese elevado peticiones que propiciaran su impulso efectivo; situación que claramente dio lugar al desistimiento tácito decretado, por la inactividad del proceso, durante el lapso antes señalado.

Lo anterior, permite concluir que no le asiste razón al extremo demandante, en tanto que no demostró la interrupción del plazo establecido para la declaratoria del desistimiento tácito de esta actuación, habida cuenta que, la renuncia que al poder conferido a su abogado se presentó el 7 de marzo de 2023, en efecto, no tenía la virtualidad de impulsar el trámite o propiciar la efectividad del cobro perseguido.

Memórese que, “*Simples solicitudes [...] sin propósitos serios de solución de la controversia, derechos de petición intrascendentes o inanes frente al petitum o causa petendi, no pueden tenerse como ejercicio válido de impulso procesal. [pues las actuaciones] que efectuó la parte con posterioridad al fallo respectivo, deben ser útiles, necesarias, pertinentes, conducentes y procedentes para impulsar el decurso*”⁴; de modo que no toda actuación interrumpe el término aludido, sino únicamente aquella que tienda al cumplimiento idóneo del acto procesal de que se trate *vr. gr.* -para el caso auscultado- peticiones tendientes a decretar medidas cautelares, entre otras, las cuales brillan por su ausencia.

4. Corolario de lo antedicho es que se confirmará la providencia objeto de alzada, sin lugar a condenar en costas por no aparecer causadas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., **CONFIRMA** el auto de fecha y procedencia conocidas. Sin condena en costas. En firme esta providencia, por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE⁵,

⁴ Cfr. Sentencias CSJ STC4021-2020 y STC11191-2020, entre muchas otras.

⁵ Expediente digital [11001310303320150058101](https://www.cjec.gov.co/portal/seguridadjuridica/11001310303320150058101)

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin

Magistrado

Sala 017 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: **a838578ed7a1b157fed1b6b828aa9b7aef79e86c52e971ee4f7facc959d69b03**

Documento generado en 08/09/2023 04:13:48 PM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D.C., ocho de septiembre de dos mil veintitrés.

Radicado: 11001 31 03 033 2023 00250 01 - Procedencia: Juzgado 53 Civil del Circuito.
Expropiación: Agencia Nacional de Infraestructura Vs. Urbanización Lagomar Limitada.
Asunto: **Apelación de auto que rechazó demanda.**

Para resolver la apelación subsidiaria que la parte demandante interpuso contra el auto de 18 de julio de 2023, por medio del cual se rechazó la demanda por falta de subsanación, basta señalar que, al margen de la controversia en punto a si se cumplió o no con la carga informativa de la redistribución de este proceso del Juzgado 33 al Juzgado 53 Civil del Circuito conforme los Acuerdos PCSJA22-12028 y CSJBTA23-42¹, lo cierto es que antes de que se venciera el término de subsanación dicho extremo conoció el número del proceso y el Despacho judicial al que había sido enviado, y en ese lapso no efectuó gestión o actuación alguna dirigida a conocer el estado del trámite, ni a poner de presente la situación de la cual se duele.

Al efecto, nótese: *i.* que en el mismo recurso la apoderada de la ANI manifestó que el 11 de julio de 2023 solicitó información al Juzgado 33 Civil del Circuito sobre el presente litigio, y le indicaron que se había remitido al Juzgado 53, y que acudió a éste último y le manifestaron que ese estrado judicial sí conocía del proceso 11001 31 03 033 2023 00250, y *ii.* que ese día era apenas el tercero de los cinco con los que se contaba para subsanar la demanda, teniendo en cuenta que el proveído inadmisorio se emitió el 5 de julio de 2023, se registró en el sistema de consulta de procesos en esa fecha, y se notificó mediante anotación en estado del día hábil siguiente en el micrositio del Juzgado 53.

¹ La parte actora afirma que debía informársele directamente, y el *a quo* sostiene que publicó la lista de procesos recibidos en su micrositio web.

Apelación auto 11001 31 03 033 2023 00250 01

Así las cosas, es claro que, pese al conocimiento del número de radicado exacto y el Juzgado que lo tenía a cargo, dicho extremo no realizó ninguna acción para saber en qué estado se encontraba el proceso y qué providencias se emitieron, lo que le hubiera permitido acometer la carga de subsanación o la que considerara pertinente, máxime que dichos datos le posibilitaban efectuar la búsqueda en el sistema de consulta dispuesto en la página web de la rama judicial y acudir al micrositio del juzgado para tener acceso al contenido de la providencia de inadmisión².

En conclusión, la parte actora no aportó subsanación alguna, no obstante haber contado con los elementos para establecer en que circunstancia se encontraba la actuación. De ahí que la existencia o no de información sobre la redistribución, en nada podría haber influido a fin de atender los defectos de inadmisión advertidos, o manifestarse lo que la parte estimara necesario en el marco de la autonomía de su actuación.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **CONFIRMA** el auto proferido por el Juzgado 53 Civil Circuito de Bogotá el 18 de julio de 2023.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE
El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 033 2023 00250 01

² Páginas 48 y 49:

https://www.ramajudicial.gov.co/documents/146730225/150254446/ilovepdf_merged+%284%29_compressed.pdf/9871e067-c766-4fb7-be73-b7e3982ca942

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

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

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

Código de verificación: **390d2d379092169c5adf2ec2012b78f4ce53e5169b4c082d60beeb9aa489b716**

Documento generado en 08/09/2023 02:14:29 PM

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

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá, D.C., ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Proceso	Ejecutivo de mayor cuantía
Demandante	Scotiabank Colpatría S.A.
Demandado	Guillermo Alonso Moya Castro
Radicado	110013103 035 2021 00268 01
Instancia	Segunda

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión del 06 de septiembre de 2023

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el ejecutado Guillermo Alonso Moya Castro, en contra de la sentencia proferida en audiencia el 24 de abril de 2023 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de esta ciudad, en el asunto en referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones¹

Scotiabank Colpatría S.A., solicitó librar mandamiento de pago en su favor y en contra de Guillermo Alonso Moya Castro, de la siguiente manera:

1.1. Pagaré del 28 de septiembre de 2005:

¹ Cuaderno de primera instancia, archivos 003 y 007.

i) \$84.829.045,23 como saldo capital que debía cancelarse el 06 de abril de 2021.

ii) \$12.534.993,66 como intereses de plazo liquidados hasta el 06 de abril de 2021.

iii) Por los intereses de mora causados desde el 07 de abril de 2021, hasta el pago total de la obligación.

1.2. Pagaré nro. 1005886313 - 4925017138-207419345019 - 5470640010806555 del 14 de enero de 2010:

i) \$78.464.629,75 como cuota de capital que debía cancelarse el 06 de abril de 2021.

ii) \$8.185.188,04 como intereses de plazo liquidados hasta el 06 de abril de 2021.

iii) Por los intereses de mora causados desde el 07 de abril de 2021, hasta el pago total de la obligación.

1.3. Por las costas del proceso.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

Scotiabank Colpatría S.A., arguyó respecto a los pagarés objeto de cobro que Guillermo Alonso Moya Castro:

2.1. El 28 de septiembre de 2005, suscribió con Citibank – Colombia S.A., un instrumento de crédito, con su correspondiente carta de instrucciones para llenar los espacios en blanco, el que fue diligenciado por la suma de \$99.328.768,10, con vencimiento el “28 de septiembre de 2005” (sic).

2.2. El pagaré recoge obligaciones adquiridas que presentaban saldos insolutos:

Obligación	Capital	Fecha de vencimiento	Tasa de interés remuneratorio	Tasa de interés moratorio	Valor total
338024003450	4110232,44	06/04/2021	489658,75	28389,24	4699583,86
398024245650	58842315,79	06/04/2021	9688467,91	311806,71	69888830,24
45935600005697885	14533182,00	06/04/2021	1645684,00	98190,00	16411966,00
5434211006553752	7343315,00	06/04/2021	711185,00	168378,00	8328388,00

2.3. Citibank – Colombia S.A., endosó los títulos a favor de Scotiabank Colpatría S.A., antes Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A.

2.4. El 14 de enero de 2010, suscribió con Scotiabank Colpatría S.A., el instrumento de crédito nro. 1005886313 - 4925017138-207419345019 – 5470640010806555, su correspondiente carta de instrucciones para llenar los espacios en blanco, diligenciado por la suma de \$88.490.063,67, pagaderos el 06 de abril de 2021.

2.5. El pagaré recoge obligaciones adquiridas que presentaban saldos insolutos:

Tipo de producto	Consumo	Consumo	Consumo	TC
No. De Obligación	1005886313	4925017138	207419345019	3470640010806555
Fecha de V/TD	06/04/2021	06/04/2021	06/04/2021	06/04/2021
Capital	\$24142792.51	\$16091082.26	\$38228810.98	\$1944.00
Intereses de plazo	\$2502256,06	\$1695268.35	\$3987663,63	\$0,00
Intereses de mora	\$86669,27	\$61365.66	\$372745,69	\$0.00
Gastos de cobranza	\$0.00	\$0.00	\$0.00	\$0.00
Cuota Manejo / Comisiones	\$0,00	\$0.00	\$0,00	\$0.00
Seguro Vida Deudor	\$0.00	\$0.00	\$0,00	\$0,00
Otros	\$306025,06	\$349782,81	\$663657,40	\$0,00
Total	\$27037742,90	\$18197499,08	\$43252877.69	\$1944,00

2.6. En ambos títulos el deudor se comprometió a pagar en caso de mora intereses a la tasa máxima legal vigente y honorarios por el cobro judicial.

2.7. El extremo incumplió con los pagos acordados e incurrió en mora desde el 07 de abril de 2021.

2.8. Los títulos no han sido descargados por ninguno de los medios legales previstos; por lo que se hayan con plazo vencido y son exigibles.

3. Corrección de la demanda²

En sesión de audiencia del 28 de octubre de 2022 se accedió a la corrección de la demanda en punto a señalar que, la fecha correcta de vencimiento del pagaré creado el 28 de septiembre de 2005, ante Citibank – Colombia S.A., es el 06 de abril de 2021 y no como erradamente se había historiado, 28 de septiembre de 2005.

4. Mandamiento de pago³

El 02 de septiembre de 2021 se libró mandamiento de pago ejecutivo, en la forma pedida por la ejecutante.

5. Posición de la parte ejecutada⁴

Guillermo Alonso Moya Castro *i)* se opuso a cada una de las pretensiones; *ii)* se pronunció sobre cada uno de los hechos y *iii)* elevó como excepciones de mérito a) pago de la obligación; b) prescripción de la acción cambiaria; c) prescripción de la acción ejecutiva y/o derecho del demandado; d) carencia del mérito ejecutivo del título valor con creación del 14 de enero de 2010; y e) temeridad y mala fe.

6. Trámite de la contestación

² Ibidem, archivo 022 y grabación 32, minutos 00:00 a 12:10.

³ Ibidem, archivo 008.

⁴ Ibidem, archivo 014.

6.1. En proveído del 18 de noviembre de 2021, se dispuso, tener por extemporáneo el escrito de contestación y proposición de excepciones de fondo⁵

6.2. Contra el anterior, se formuló recurso de reposición y en subsidio apelación⁶, para lo que señaló el apoderado de Moya Castro que, en datas anteriores (el 23 o el 24 de septiembre) acudió al despacho de origen en procura de que, le fuera suministrado el traslado de la demanda, dado que, había recibido la notificación, pero no llevaba los anexos de interés.

Explicó que, fue notificado de forma personal porque en el expediente no estaba la constancia de realización de ese acto y que, quien lo atendió le indicó cómo debía obrar para que se surtiera la diligencia y obtener el acceso a los archivos completos; como en efecto procedió.

6.3. En auto del 18 de abril de 2022 se repuso el anterior, y se ordenó tener en término la contestación a la demanda⁷.

7. Sentencia de Primera Instancia⁸

El Juzgado 35 Civil del Circuito de la ciudad, en sesión de audiencia de instrucción y juzgamiento del 24 de abril de 2023, dispuso:

“1. DECLARAR imprósperas y no probadas las excepciones que formuló el demandado.

2. ORDENAR seguir adelante con la ejecución en los términos señalados en el mandamiento ejecutivo.

3. ORDENAR a las partes, por conducto de sus apoderados, presentar la liquidación del crédito, atendiendo las previsiones del artículo 446 del CG del P.

4. ORDENAR el avalúo de los bienes cautelados al demandado, en la forma establecida por el artículo 444 del CG del P, y rematarlos, para con su producto saldar el crédito y las costas liquidadas.

⁵ Ibidem, archivo 016.

⁶ Ibidem, archivo 017.

⁷ Ibidem, archivo 021.

⁸ Ibidem, grabación 50, minutos 18:00 a 35:00 y archivo 51.

5. De existir dineros cautelados a la demandada, entréguese a los demandantes, hasta la concurrencia del crédito y las costas liquidadas y aprobadas, siempre que no existan cautelas concurrentes por créditos con prelación o privilegio, caso en el cual, se dejarán a disposición de la autoridad respectiva. Oficiese.

6. CONDENAR en costas a la demandada. Al efecto, téngase como agencias en derecho la suma de \$8.500.000. Líquidense por secretaría.

7. Cumplida la liquidación de costas, remítase el expediente ante los Jueces Civiles del Circuito para la Ejecución de Sentencias de Bogotá – Reparto. Oficiese.”

Para llegar a la determinación anterior, el *a quo* adujo, que no fueron probadas las circunstancias que fundaron las excepciones propuestas; en tanto, la prescripción alegada no se configuró y no se acercó prueba del pago de los títulos.

8. Recurso de Apelación⁹

El apoderado del ejecutado impetró recurso de apelación tendiente a la revocatoria de la sentencia rebatida; el que fue concedido en el efecto devolutivo. Los reparos formulados ante el juez de primera instancia y sustentados en esta sede, se sintetizan en que, el funcionario a cargo no tuvo en cuenta en el debate probatorio la ausencia de los históricos de pago, pedidos directamente a la entidad bancaria e incluso, por el juzgado; lo que impide tener certeza de las sumas adeudadas para la fecha de cierre de los títulos y plasmadas como vencimiento; más cuando, “*se vino a probar una obligación*”.

Adicional, increpó la práctica de pruebas en segunda instancia.

9. Intervención del no recurrente¹⁰

Scotiabank Colpatria S.A., presentó oportunamente escrito como oposición al recurso planteado por su contraparte.

10. Decisión sobre la solicitud probatoria¹¹

⁹ Ibidem, grabación 50, minutos 35:00 a 41:00., y cuaderno de segunda instancia, archivo 06.

¹⁰ Cuaderno de segunda instancia, archivo 07.

¹¹ Ibidem, archivo 09.

En pronunciamiento del 22 de agosto de 2023 se tuvo por extemporáneo el pedimento de práctica de pruebas ante esta colegiatura.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos como reparos concretos, ampliados en la sustentación de la apelación, y están vedados los temas que no hayan sido debatidos frente al fallo de primera instancia como enmarcan los artículos 320 y 328 del Código General del Proceso; salvo la revisión oficiosa de los títulos, como ha dispuesto la jurisprudencia del Órgano de Cierre de la Jurisdicción Civil; y como seguidamente se detallará.

2. Desde ahora se advierte que será confirmada la sentencia al no hallarse el peso requerido para atender las reclamaciones formuladas por el extremo pasivo; para lo que se precisa que la decisión fue recurrida únicamente por el ejecutado en punto a derribar la orden de seguir adelante con la ejecución.

3. En el caso, la protesta se ha suscitado en el marco fáctico fijado para el cobro ejecutivo¹²:

i) Del pagaré suscrito ante Citibank – Colombia S.A., el 28 de septiembre de 2005, con espacios en blanco, diligenciado por un saldo insoluto de \$99.328.768,10, que recogió cuatro obligaciones (338024003450, 398024245650, 45935600005697885, 5434211006553752), con vencimiento el 06 de abril de 2021; documento que fue endosado a Scotiabank Colpatria S.A.

ii) Del pagaré nro. 1005886313 - 4925017138-207419345019 - 5470640010806555 creado el 14 de enero de 2010 ante Scotiabank Colpatria S.A., antes Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A., con espacios en blanco, diligenciado por un saldo insoluto de \$88.490.063,67, que recogió cuatro

¹² Cuaderno de primera instancia, archivo 007, páginas 02 a 05.

obligaciones (1005886313, 4925017138, 207419345019, 3470640010806555) con vencimiento el 06 de abril de 2021.

4. Para el marco jurídico se destaca lo referido en el artículo 422 del Código General del Proceso “[*pueden*] demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y constituyan plena prueba contra él, o las que emanen de una sentencia de condena proferida por juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial, o de las providencias que en procesos de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, y los demás documentos que señale la ley.”

Ha explicado la jurisprudencia Constitucional, que de dicha regla se deriva que los títulos ejecutivos deben gozar de dos tipos de condiciones: *i*) formales; y *ii*) sustanciales¹³.

Las condiciones formales “[*consisten*] en que el documento o conjunto de documentos que dan cuenta de la existencia de la obligación (*i*) sean auténticos y (*ii*) emanen del deudor o de su causante, de una sentencia de condena proferida por el juez o tribunal de cualquier jurisdicción, o de otra providencia judicial que tenga fuerza ejecutiva conforme a la ley, o de las providencias que en procesos contencioso administrativos o de policía aprueben liquidación de costas o señalen honorarios de auxiliares de la justicia, o de un acto administrativo en firme”.

Por lo anterior, se ha enseñado que “el título ejecutivo puede ser singular, esto es, estar contenido o constituido en un solo documento, o complejo, cuando está integrado por un conjunto de documentos que demuestran la existencia de una obligación”

Las condiciones sustanciales “[*exigen*] que el título ejecutivo contenga una prestación en beneficio de una persona. Es decir, que establezca que el obligado debe observar a favor de su acreedor una conducta de hacer, de dar, o de no hacer, que debe ser clara, expresa y exigible”.

A su turno, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia¹⁴ ha explicado sobre los requisitos contenidos en el artículo 422 del estatuto procesal

¹³ Corte Constitucional. Sentencia T-283 del 16 mayo de 2013. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC3298-2019. MP. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

en comento:

“La claridad de la obligación, consiste en que el documento que la contenga sea inteligible, inequívoco y sin confusión en el contenido y alcance obligacional de manera que no sea oscuro con relación al crédito a favor del acreedor y la deuda respecto del deudor. Que los elementos de la obligación, sustancialmente se encuentren presentes: Los sujetos, el objeto y el vínculo jurídico. Tanto el préstamo a favor del sujeto activo, así como la acreencia en contra y a cargo del sujeto pasivo.

La expresividad, como característica adicional, significa que la obligación debe ser explícita, no implícita ni presunta, salvo en la confesión presunta de las preguntas asertivas. No se trata de que no haya necesidad de realizar argumentaciones densas o rebuscadas para hallar la obligación, por cuanto lo meramente indicativo o implícito o tácito al repugnar con lo expreso no puede ser exigido ejecutivamente. Tampoco de suposiciones o de formulación de teorías o hipótesis para hallar el título. Y es exigible en cuanto la obligación es pura y simple o de plazo vencido o de condición cumplida.”

5. En cuanto a los requisitos que de forma oficiosa debe auscultar el sentenciador de única, primera o segunda instancia en torno a los títulos ejecutivos en recaudo¹⁵, es preciso advertir que, no se observan cuestiones disímiles para desatar, ajenas a los desacuerdos planteados en los reparos que habilitaron esta alzada en cuanto a la exigibilidad; aspectos que seguidamente serán abordados.

6. Se pasa a resolver el punto de apelación referente a la falta de incorporación de los históricos de pago, insistidos en procura de dar certeza al deudor frente a las sumas inmiscuidas en los títulos valores objeto de recaudo.

Sea preciso aclarar que, al momento de realizar la exposición de los reparos, el apoderado del ejecutado únicamente enfatizó la ausencia de tales reseñas, sin que, se hubiera referido a otros archivos, ni a la prescripción de suma alguna, por lo que, no podrá esta sede auscultar derroteros no expuestos ante la primera instancia; por contera, no comprendidos en la temática a sustentar en este grado

¹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC3298-2019. MP. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona.

“En conclusión, la hermenéutica que ha de dársele al canon 430 del Código General del Proceso no excluye la «potestad-deber» que tienen los operadores judiciales de revisar «de oficio» el «título ejecutivo» a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia (...), dado que, como se precisó en CSJ STC 8 nov. 2012, rad. 2012-02414-00, «en los procesos ejecutivos es deber del juez revisar los términos interlocutorios del mandamiento de pago, en orden a verificar que a pesar de haberse proferido, realmente se estructura el título ejecutivo (...). Sobre esta temática, la Sala ha indicado que “la orden de impulsar la ejecución, objeto de las sentencias que se proferían en los procesos ejecutivos, implica el previo y necesario análisis de las condiciones que le dan eficacia al título ejecutivo, sin que en tal caso se encuentre el fallador limitado por el mandamiento de pago proferido al comienzo de la actuación procesal (...).”

“De modo que la revisión del título ejecutivo por parte del juez, para que tal se ajuste al canon 422 del Código General del Proceso, debe ser preliminar al emitirse la orden de apremio y también en la sentencia que, con posterioridad, decida sobre la litis, inclusive de forma oficiosa (...).”

vertical.

Bajo tal puntualidad considera esta Corporación que, los pagarés en cobro se erigen con fuerza ejecutiva sin mayores miramientos en contra del deudor; en tanto, los defectos aducidos por el impugnante no tienen la virtualidad de desconocer las características propias de la naturaleza coercitiva del derecho incorporado. Para ello se estudia:

6.1. El interesado recalcó en el recurso que, uno de los acercados para recolección de su importe fue creado el 28 de septiembre de 2005, con más de quince años de existencia, sin que sea un documento eterno y sin hallar explicación respecto a la fecha de vencimiento para el 06 de abril de 2021 y de que, se trate de saldos insolutos; adicional, que, insistió a través del derecho de petición, así como por la judicatura, que fueran remitidos “*los planes iniciales de pago, los históricos de pago y las cartas de instrucciones*”, lo que no fue despachado favorablemente por la entidad.

Debe indicarse que, el título valor fue endosado a favor del Banco Scotiabank Colpatria S.A., sin especificarse la fecha de tal acto; empero, el ejecutado no puso en duda tal acción, ni desconoció las firmas impuestas con la intención de obligarse.

6.2. Como prueba de oficio, el estrado judicial ordenó en auto del 30 de junio de 2022 a Scotiabank Colpatria que remitiera “*los documentos que solicitó el acá demandado mediante derecho de petición radicado el 8 de octubre de 2021*”¹⁶; oportunidad en que el encartado le había requerido “*1. Plan inicial de pagos o proyección de pagos. 2. Histórico de pagos. 3. Carta de instrucciones. 4. Copia de pagaré de fecha 28 del mes de septiembre del año 2005. 5. Copia pagaré 1005886313 – 4925017138 - 207419345019 – 5470640010806555*”¹⁷.

6.3. En cumplimiento a lo anterior, fueron arrimados¹⁸:

¹⁶ Ibidem, archivo 025.

¹⁷ Ibidem, archivo 014, páginas 10 y 11.

¹⁸ Ibidem, archivo 029.

- La distribución de pagos del crédito nro. 1005886313.
- El saldo de la obligación nro. 004925017138 del 26 de octubre de 2022.
- La distribución de pagos del crédito nro. 4925017138.
- El saldo de la obligación nro. 207419345019 del 26 de octubre de 2022.
- La distribución de pagos del crédito nro. 207419345019.
- El saldo de la obligación nro. 338024003450 del 26 de octubre de 2022.
- La distribución de pagos del crédito nro. 338024003450.
- El saldo de la obligación nro. 398024245650 del 26 de octubre de 2022.
- La distribución de pagos del crédito nro. 398024245650.
- El saldo de la obligación nro. 001005886313 del 26 de octubre de 2022.
- El saldo de la obligación nro. 00010001000010044996 del 26 de octubre de 2022.
- La distribución de pagos del crédito nro. 001000010044996.
- El saldo de la obligación nro. 00010001000010348443 del 26 de octubre de 2022.
- La distribución de pagos del crédito nro. 0001000010348443.
- El saldo de la obligación nro. 00010005000001197419 del 26 de octubre de 2022.
- La distribución de pagos del crédito nro. 0005000001197419.

6.4. Al absolver el interrogatorio de parte el representante legal de Scotiabank Colpatria S.A., explicó que:

- Para las obligaciones abarcadas en el pagaré del 28 de septiembre de 2005, *“no existe una proyección porque esas obligaciones fueron cedidas por Citibank”*, sobre esas *“no tenemos una proyección como tal”*; y que, especialmente cuando se trata de tarjetas de crédito estas (proyecciones) no se generan, porque son productos cambiantes; para lo que ejemplificó que, puede hacerse una compra *“hoy y diferirla a 36 meses; mañana hacer otra y diferirla a 24”* y *“en el crédito rotativo”* tampoco; pero en los préstamos a plazos definidos sí se puede indicar cómo se da la distribución de los instalamentos. Adicional, adujo que, al observarse los créditos 3 y 4 incorporados, se trata de tarjetas de crédito y los otros dos son de consumo¹⁹.

¹⁹ Ibidem, grabación 032, minutos 37:40 a 39:15.

- Para el pagaré creado en el “2010” ante la persona jurídica demandante, la información fue remitida oportunamente al correo del ejecutado y al juzgado²⁰; y relacionó para las obligaciones que, una es una tarjeta de crédito, la terminada en “6555”; hay un crédito rotativo, el “6313”; de la “5019” se envió la proyección; y en la “7138” no fue remitida; y desconoce si se tiene o no²¹.

6.5. Frente a lo visto se torna relevante lo indicado por la entidad que trajo los documentos a cobro, en cuanto a que, no contaba con los históricos de pago del título valor procedente de Citibank, porque su génesis fue al interior de otra sociedad; y que, para el crédito de consumo nro. 4925017138, otorgado directamente por la convocante, este no fue puesto a disposición del representante del ente colectivo, ni del estrado judicial, no obstante, haberse solicitado.

6.6. Pese a las deficiencias que surgen para satisfacer lo que insiste el censor, directamente con el pagaré de Citibank S.A., y la obligación nro. 4925017138, que a su vez integra el título nro. 1005886313 - 4925017138-207419345019 – 5470640010806555 de Scotiabank Colpatria S.A., debe tenerse en cuenta que, si bien estos fueron suscritos en vieja data (años 2005 y 2010), las obligaciones que llevaron al diligenciamiento de los espacios en blanco conciernen a incumplimientos con los pagos entre septiembre y octubre de 2020²², por lo que, no atañen a cuantías lejanas y que se quisieran cobrar como “*perpetuidad*” del derecho allí contenido.

Ahora, los instrumentos principales facultaban al tenedor del título para diligenciar los espacios en blanco, entre otros eventos, ante el no pago de cualquiera de las obligaciones y para determinar las fechas de vencimiento²³; sin que se indique que los planes de pago sean un anexo de los atisbados.

6.7. Surge notable que, pese a cualquier inquietud que asalte al deudor, su actividad fue reducida porque, no bastaba con manifestar el desconcierto, sino que, le incumbía probarlo bajo la libertad probatoria de la que pudo valerse; al no

²⁰ Ibidem, grabación 032, minutos 41:00 a 41:20.

²¹ Ibidem, grabación 032, minutos 45:00 a 46:25.

²² Ibidem, grabación 032, minutos 28:00 a 31:00.

²³ Ibidem, archivo 007, páginas 03 y 05.

tratarse el pago de una afirmación indefinida no susceptible de prueba.

La parte no ofreció medio suasorio alguno que aminorara el mérito ejecutivo, porque, no trajo ningún respaldo de los pagos; así, no era suficiente con argüir que algunas de las obligaciones ya estaban saldadas y que, lo consignado en el 2019 y en el 2020 obedecía a otros conceptos que ya no se deben²⁴; mismos que no se discriminaron ni en la contestación, ni en el interrogatorio, ni en el recurso.

Tal generalidad del argumento lo hace incierto y lo debilita, porque si el ejecutado era cliente de Scotiabank S.A., o de Citibank S.A., lo lógico era que sus productos tuvieran respaldo en un título valor, en este caso en blanco; también se esperaba que contara con recibos o extractos bancarios que pudieran amparar su parecer (o haberlos solicitado a la ejecutante); tema que, por demás, no podía serle del todo extraño al apelante, más cuando Guillermo Alonso Moya Castro señaló ser contador público²⁵.

6.8. La situación vista, impide concretar un yerro que favorezca al prestatario, ante la falta de acreditación que descarte el valor ejecutivo, de haberse descargado por el pago o bajo alguno de los presupuestos que proceden como excepción a la acción cambiaria del artículo 784 del Código de Comercio.

Lo acotado lleva al traste el punto de apelación en examen.

7. Se pasa a confirmar la sentencia de primera instancia que ordenó seguir adelante con la ejecución en contra del deudor; consecuencia de ello, se condenará en costas por esta sede al apelante, al no salir avante el objeto de la alzada; las que se fijarán en el mínimo, como reglamenta el numeral 1, del artículo 365 del Código General del Proceso, y el numeral 1, del artículo 5°, del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

III. DECISIÓN

²⁴ Ibidem, grabación 032, minuto 1:05:00.

²⁵ Ibidem, grabación 032, minuto 51:35.

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 el 24 de abril de 2023 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de esta ciudad, en el presente radicado.

Segundo. Condenar en costas a la parte ejecutada, y en favor de la sociedad ejecutante. Como agencias en derecho por la segunda instancia el Magistrado sustanciador fija la suma de un salario mínimo legal mensual vigente; conforme a lo indicado. Ante el *a quo* efectúese la correspondiente liquidación.

Tercero. Devolver el expediente al despacho de origen, una vez ejecutoriada esta providencia.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,²⁶

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

STELLA MARÍA AYAZO PERNETH

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Firmado Por:

²⁶ Documento con firma electrónica colegiada.

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.,

Stella Maria Ayazo Perneth
Magistrada
Sala 04 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: **ecb70f1b9cb768b0f3fdbf44fdde4c4c07053dc2f0da0eb00fd1377fa96302e4**

Documento generado en 08/09/2023 02:58:51 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., ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Ref: *DECLARATIVO de RESOLUCIÓN DE CONTRATO de la SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO contra la UNIÓN TEMPORAL HORIZONTE y OTRA. Exp. 037-2013-00526-01.*

Se niega la solicitud elevada por la aseguradora demandada relativa a que se declare DESIERTO el recurso de alzada invocado por la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello, comoquiera que la sustentación de la alzada fue oportuna. Es de tenerse en cuenta que, el auto de 2 de agosto del año en curso –mediante el cual se admitió y corrió traslado de las apelaciones, se notificó por estado el 3 de agosto siguiente, de modo tal, que el término de sustentación feneció el 16 de septiembre del año en curso.

Conforme con lo expuesto, los interesados deberán estarse a lo dispuesto en proveído de la misma fecha.

NOTIFÍQUESE.


JORGE EDUARDO FÉRREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., ocho (08) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

Ref: DECLARATIVO de RESOLUCIÓN DE CONTRATO de la SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO contra la UNIÓN TEMPORAL HORIZONTE y OTRA. Exp. 037-2013-00526-01.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Salas de Decisión celebradas el 16 de agosto y 7 de septiembre de 2023.

Decide la Corporación el recurso de apelación interpuesto por la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello –SECAB- y la Aseguradora Liberty Seguros S.A. contra la sentencia dictada el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

*1.- La Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello demanda a Néstor Leonardo Pérez Barreto, Esneyder Hernando Clavijo Villalba y a la Aseguradora Liberty Seguros S.A. por el incumplimiento del contratista en las obligaciones que surgieran del contrato de obra Villavicencio 001-05, por tanto: **i).** Se declare resuelta esa convención y, en consecuencia, **ii).** Se condene a los demandados Néstor Leonardo Pérez Barreto y Esneyder Hernando Clavijo Villalba integrantes de la Unión Temporal Horizonte y a su garante, Aseguradora Liberty S.A.S. a la restitución de \$6.908.764.972.00 que el contratista recibió en consideración a esta vinculación como al desembolso de \$853'129.708 por concepto de la cláusula penal pactada; **iii).** Que para la restitución conforme a las pretensiones, de un lado, se efectuó la liquidación de los intereses de mora sobre los respectivos valores desde el momento en que incumplió hasta la fecha en que se verifique el pago; y, de otro, verificada la operación se proceda a la indexación.*

Finalmente, que sean condenados en costas.

En subsidio, solicitó que se declare resuelto el contrato por el incumplimiento parcial de las obligaciones contractuales, por tanto, que los convocados: i). Restituyan a la SECAB las sumas de dinero que resulten de la diferencia entre los dineros entregados por el CAB-SECAB al contratista y el valor de la cantidad de obra ejecutada por este conforme a lo que resulte probado en el proceso; y, ii). Que se les condene al pago de \$853'129.708 por concepto de cláusula penal; iii). Montos sobre los que deben liquidarse los intereses de mora desde el momento en que incumplió y hasta que se verifique el pago, además, que opere la indexación de las sumas. Consecuentemente, se les condene en costas.

2.- La situación fáctica que dio origen a la demanda se resume así (001CuadernoUno.pdf):

2.1.- El 13 de enero de 2006 el Convenio Andrés Bello celebró con la Unión Temporal Horizonte el contrato de obra "Villavicencio 001-05" cuyo objeto fue el diseño y construcción del parque acuático para esa ciudad. Dicha unión estuvo conformada por Néstor Leonardo Pérez Barreto y Esneyder Hernando Clavijo Villalba, con una participación en el mismo del 99% y 1%, respectivamente.

2.2.- El valor de esa convención ascendió a \$6.670'097.080; sin embargo, el 26 de enero de 2006 se suscribió el otrosí No. 1, consistente en que del anticipo se descontaría el 1% del valor del proyecto (\$66'033.961.10) por concepto de administración de la EDUV. Y el 15 de agosto de 2006, mediante otrosí No. 2 se adicionó en la suma de \$1.861'200.000, razón por la que el valor total ascendió a \$8.531'297.080.

2.3.- "Las partes convinieron que el valor del contrato de obra "Villavicencio 001-05" se pagaría así:

A) El cincuenta por ciento (50%) del valor del contrato a título de anticipo;

B) Pagos periódicos mensuales a partir del momento en que se hubiere ejecutado como mínimo el 40% del proyecto, previa presentación y aprobación del informe de avance de obra por parte de la interventoría; sin que los pagos mensuales excedieren el 90% del valor total del contrato; y,

C) El 10% restante del valor total del contrato, previa presentación y aprobación del informe final de obra y presentación de los documentos relacionados en la cláusula quinta del contrato de obra (...)"

2.4.- Las partes acordaron un plazo de 10 meses para la ejecución del contrato, contados a partir del 7 de febrero de 2006, plazo que se prorrogó por 4 meses. Es más, se pactó cláusula penal en caso de incumplimiento.

2.5.- El 23 de octubre de 2006 se suspendió el contrato, reiniciándose el 24 de septiembre de 2007; razón por la cual el término estipulado contractualmente venció el 9 de marzo de 2008.

2.6.- Para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales y la correcta inversión del anticipo, la Unión Temporal tomó la póliza de seguros de cumplimiento No. 697671 con la Aseguradora Liberty Seguros S.A., por un valor asegurado a propósito del cumplimiento del contrato de obra de “\$ 835.129.708” y el valor asegurado por el manejo del anticipo el rubro de \$4.265'648.540.

2.7.- El seguimiento y la interventoría de la ejecución de las obras estuvo a cargo de la Empresa de Desarrollo Urbano de Villavicencio EDUV, entidad que contrató a SOCODET S.A., para que asumiera esa labor.

2.8.- A título de anticipo se entregó la suma de \$4.346'400.841, además, realizó un pago parcial de la obra que ascendió a \$2.456'770.661. Y giró, \$105.593.470 destinado a la cancelación de expensas de la Curaduría Segunda de Villavicencio, “cuyo pago era de cargo exclusivamente del contratista conforme a los gastos de inversión del proyecto en el ítem ‘Trámite de licencias de construcción’”.

2.9.- Que el 25 de marzo de 2008 notificó al contratista que el plazo contractual estaba vencido, ordenándole que se abstuviera de continuar con la ejecución de las obras. El 3 de abril siguiente, las partes acordaron celebrar una audiencia de conciliación para dirimir sus diferencias y liquidar el contrato, así mismo, convinieron medir las obras para determinar su avance; “de la misma manera se dejó constancia que la medición se haría con el acompañamiento por parte de la EDUV y del interventor del contrato”, es más, Néstor Leonardo Pérez Barreto indicó los nombres de las personas que actuarían en representación del contratista.

2.10.- El 17 de abril de 2008 se determinó el cronograma de actividades para hacer la medición en cuestión. El 21 de abril siguiente, la Unión dejó constancia de la entrega de la pre-acta de cantidades de obra ejecutadas del proyecto. El 23 de abril el contratista hizo entrega de las memorias de cálculo del proyecto, diseño y construcción del Acuparque. El 24 de abril informó la necesidad de suspender la medición. El 25 de abril el contratista hizo un recuento de los hechos acaecidos en el último mes e informó que él junto a la interventoría, continuarían con la medición y “afirma que para el 25 de abril de 2008 estarán listas las observaciones y vistos buenos de interventoría. El 12 de mayo se solicitó al contratista los planos, diseños, memorias estructurales, resultados de ensayos, entre otros, para la medición de la obra. El 19 de mayo SOCODET S.A. solicitó al convenio los planos estructurales y demás documentos para realizar la medición.

2.11.- El 29 de mayo de 2008 el Convenio de Andrés Bello mediante comunicado 4139 le solicitó al contratista la entrega de los documentos que con fecha 19 de mayo de 2008 había exigido la interventoría al CAB. En esa misma fecha, el convenio se enteró de la existencia de un acta

de recibo final de obra. “Acto seguido y mediante comunicación 4140- procedió a informar de ello al doctor HÉCTOR RAÚL FRANCO ROA, alcalde de Villavicencio, con el fin de que adoptara las medidas pertinentes”.

2.12.- El 3 de junio de 2008 el representante legal de la Unión le pidió a la SECAB le concediera un plazo adicional de 10 días hábiles para remitir documentos requeridos por SOCODENT S.A.

2.13.- Entre otras comunicaciones, el 18 de junio de 2008 la Unión Temporal radicó en la SECAB una fechada junio 13 del mismo año, con varios anexos que daban cuenta que ejecutó las obras de que trata el contrato. En la primera calenda, también radicó en el Convenio Andrés Bello comunicación en la que expresaba su inconformidad respecto a la medición de lo entregado, “y en especial porque en dicha medición estarían presentes funcionarios de la EDUV y de la Alcaldía de Villavicencio”.

2.14.- Para la fecha de recibo, el contrato del interventor ya estaba vencido, razón por la que SOCODET S.A. no estaba facultado para firmar en calidad de interventor del mismo. Para hacer valer las afirmaciones contenidas en el acta de recibo, el contratista y la interventoría se valieron de artificios y engaños con el fin de obtener provecho ilícito, por tanto, indujeron en error a la Alcaldía de Villavicencio, la EDUV y a la SECAB, fue así como reajustaron el porcentaje AIU del 19% al 30%, por tanto, se presentó un sobreprecio equivalente a la suma de \$610 millones de pesos, aproximadamente, último porcentaje que fue aplicado a los estudios y diseños que estuvieron previamente afectados por el factor multiplicador, lo que se tradujo en un mayor costo, el que asciende a \$155 millones.

2.15.- El contratista y la interventora incluyeron en el acta de recibo final de las obras el valor de los diseños de las atracciones, a pesar de que el titular de la propiedad industrial de los mismos es la firma EDOSPINA S.A. Además, se relacionaron en las cuentas del contrato, cobros por concepto de gastos de transporte, montaje y puesta en funcionamiento de las atracciones mecánicas del parque acuático que nunca llegaron dentro del plazo contractual al sitio de las obras, lo anterior por \$200 millones.

2.16.- Por considerar que el acta de recibo final contenía información falsa, la Alcaldía de Villavicencio, el EDUV y la SECAB en acta de reunión de 9 de junio de 2008 acordaron efectuar la medición de las obras.

2.17.- En el año 2006 la Contraloría Municipal de Villavicencio en sus auditorías dejó en el hallazgo 24 en el acápite “-sentado (...) la irregularidad consistente en el incremento de manera unilateral e ilegal por parte del contratista y de la interventoría del AIU al 30%”, es más, que existe un sobre costo por tener en cuenta el factor AIU en relación con los diseños.

2.18.- Entre otras comunicaciones, “(l)os días 17, 18 y 20 de junio de 2008 se verificó el estado actual de las obras y su medición,

por parte de la Arquitecta MARITZA CABRERA RAMÍREZ (...). A esas reuniones no concurrieron ni el contratista ni la firma interventora”.

2.19.- Luego de la respectiva visita, según consta en el acta 005 de 17 de junio de 2008, los profesionales encargados de la medición consideraron que el valor de las obras ejecutadas fue de \$3.162'692.316.49, de suerte que, el contratista incumplió.

2.20.- “Para determinar el valor real de las obras ejecutadas, se calculó el AIU del 19% (...) y se descontó de los diseños facturados por la Unión Temporal Horizonte, debido a que, como quedó anotado, el titular de la propiedad intelectual de los mismos es la firma EDOSPINA S.A.”, al igual, al momento de determinar el valor real de las obras no se reconoce el AIU “a los estudios y diseños ya que los mismos, como quedó anotado, estaban previamente afectados por el factor multiplicador; de igual forma se deben descontar los gastos de transporte, montaje y puesta en funcionamiento de las atracciones mecánicas del parque acuático”.

2.21.- Al momento de finalizar el pacto, el contratista no había alcanzado el porcentaje de ejecución reportado artificialmente en el acta de recibo final. El contratista y la aseguradora no han reintegrado la diferencia entre las sumas recibidas y el valor de las obras ejecutadas.

2.22.- El trámite de conciliación tuvo efectos fallidos.

2.23.- “La compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. quedó notificada de la ocurrencia del siniestro, con la citación que a ella se hiciera a la audiencia de conciliación promovida por el Convenio Andrés Bello ante la Procuraduría General de la Nación, dando así aplicación a los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio”.

3.- Néstor Leonardo Pérez Barreto enterado del asunto, se pronunció frente a los hechos de la demanda y las pretensiones, en su defensa postuló las excepciones denominadas: **i).** “Inexistencia de la causa invocada”; **ii).** “Improcedencia de la resolución del contrato”; y, **iii).** “Genéricas” (fls. 209 y ss. ib.)

3.2.- Notificado en debida forma, Esneyder Hernando Clavijo Villalba, por intermedio de apoderado judicial, contestó la demanda, se opuso a las súplicas y elevó los medios defensivos titulados: **i).** “Inexistencia de la causa invocada”; y, **ii).** “Genéricas” (fls. 249 y ss., ib.).

3.3.- Finalmente, Liberty Seguros S.A. se pronunció frente a los hechos y presentó un acápite denominado: “EXCEPCIONES” (fls. 259 y ss.).

3.3.1.- Adicionalmente, presentó demanda de mutua petición contra la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello pues incumplió con su obligación de avisar la ocurrencia del siniestro que alega, esto, con ocasión del incumplimiento del contrato de obra “Villavicencio 001-

05” por parte de la Unión Temporal Horizonte, por tanto, en caso de que la aseguradora fuera condenada a pagar monto alguno con cargo a ese siniestro, “esta compañía sufriría perjuicios equivalente a esa condena o, en todo caso, los que se demuestren en el proceso motivados por el incumplimiento de la obligación de la Secretaría del Convenio Andrés Bellos de avisar el siniestro, amén del pago de los perjuicios sufridos por el incumplimiento de la obligación del asegurado de avisar el siniestro”.

Lo anterior, con estribo en que “(e)l incumplimiento de esta obligación de avisar el siniestro, si es que lo hubo, impidió a Liberty Seguros S.A. apersonarse oportunamente del mismo para evitar la extensión y agravación, con lo cual se le ocasionan perjuicios derivados de ello y cifrados en la eventual indemnización que tendría que pagarle a la Secretaría del Convenio Andrés Bello, con cargo a la póliza de seguro de cumplimiento 697691”.

3.3.2.- Por su parte, la convocada en reconvencción contestó la demanda y propuso la excepción denominada: “Cumplimiento de la obligación de que trata el artículo 1075 del Código de Comercio” (001DemandaReconvencción.PDF).

4.- Más adelante, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso. Finalmente, la sentencia se dictó por escrito el 25 de abril de 2022 (004SentenciaEstado20220426.pdf).

II. EL FALLO APELADO

5.- La juez a quo encontró reunidos los presupuestos procesales para emitir la respectiva decisión de fondo. En ese camino, consideró que debía despejar los siguientes interrogantes relativos a la resolución del contrato No. 001-05 y, por tanto, sobre la devolución de los dineros entregados para la obra convenida, de suerte que, debía dilucidar de forma liminar, si la parte demandada incumplió con sus obligaciones, para determinar la procedencia de la restitución en cuestión.

En ese camino, aludió a los presupuestos de la acción de resolución o cumplimiento de contrato, para establecer que se acreditó la existencia y validez de la respectiva convención. En esa línea, y en lo que toca al orden de las obligaciones por cumplir, refirió que: “(...) no es la empresa contratada para la ejecución de la obra la primera contratante incumplida. Se evidencia con claridad que conforme con los términos del contrato y las precisiones contractuales, de las revisiones de obra e informes parciales se irían haciendo los pagos periódicos solo hasta el 40% luego del primer anticipo dado, y sin superar nunca el 90 % del contrato. Nada de esto se hizo, o por lo menos de ello no señaló la parte demandante haber cumplido. Quiere decir lo anterior que entonces la primera contratante que incumplió sus obligaciones fue la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello y no la contratista demandada”.

Continuó, “(p)ero además, si se revisa el acta final de entrega de obra, surge otro incumplimiento a cargo de la demandante en la propia suscripción de la misma, que debió serlo por la entidad contratante y no por la interventora, razón por la cual la SECAB se ve abocada (sic) el 3 de abril de 2008, a citar a una conciliación en la cual harían parte la contratista, la SECAB, la interventora, la EDUV (EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE VILLAVICENCIO) y la compañía aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A. para que se procediera a la medición e (sic) la obra, medición que por lo demás, a la Secretaría Ejecutiva del Convenio correspondía durante la ejecución del contrato, según los términos del contrato, y no luego de su entrega” .

Y luego de efectuar varios razonamiento, concluyó: “De allí entonces que si se compara la forma de cumplimiento del contrato en las etapas convenidas, evidente surge que quien incumple primeramente es la Secretaría Ejecutiva demandante pues si bien entrega el anticipo, que como se recuerda, correspondió finalmente a la entrega del valor total del contrato, no existió ni una sola verificación parcial de las obras adelantadas, sobre las cuales y según el contrato, se harían pagos hasta el 40% sin superar nunca el 90% del total del valor. Menos aún verificación final del contrato para cancelar el 10% restante, dando como resultado que el contrato se pagó, en efecto y como bien lo entendieron los contratistas por la cantidad de obra en materiales contratada y la Unión Temporal Horizonte procedió efectivamente a ejecutar la obra hasta ese punto, sin que sea exigible ahora, pretender endilgar de aquella un incumplimiento”. “Pero además, es que desde la demanda, se empecinó la secretaría ejecutiva demandante en afirmar la presunta acción fraudulenta en los reajustes de valores y acta de entrega final que adujo se realizó únicamente con la firma interventora, todo lo cual, debe decirse desde ya, no fue debidamente probado”.

Agregó, “(c)on todo, la parte demandante y con base en las mediciones de obra posteriores efectuadas por Alcaldía de Villavicencio, concluyó que el valor real de las obras ejecutadas correspondió a \$3.162.692.316,49 mcte., y fundó entonces su reclamación para este proceso en que debía la contratista en consecuencia, devolver el excedente en relación con el valor del contrato antes señalado. Sin embargo, olvida el convenio demandante que de ser ello así, el contrato no hubiera pactado la suma precisa que se anotó en su objeto, y que de tener por cierto este último valor sin ninguna otra consideración, sería como desconocer el valor que en principio pactaron las partes”.

“Así las cosas, lo que surge entonces con claridad es la ausencia de incumplimiento por parte de la contratista UNIÓN TEMPORAL HORIZONTE. A más de la conclusión primera arriba ya dilucidada según la cual la contratante -SECAB- no procedió en ningún momento con las revisiones parciales de obra y entrega de dineros con la periodicidad pactada en el contrato, obligación que era primera en el tiempo y luego del primer anticipo pactado, la unión temporal contratista llevó a cabo la obra hasta el presupuesto entregado por su contraparte, quedando entonces por adelantar, y en el evento que así lo decidiera la contratante, la obra restante. Ninguna otra

consideración surge de las pruebas recaudadas en el proceso. No fueron probadas las presuntas irregularidades o subterfugios anunciados por la actora entre la contratista y la entidad interventora, como tampoco la razón de la devolución de dineros solicitada si como se advierte el contrato se ejecutó conforme al valor convenido por las partes.

La tesis entonces a la que ha de arribarse es que si no se cumplió con el contrato por ambos contratantes, quien debía anteponer su cumplimiento estricto e inicial era la demandante, en el ejercicio y control de las obras encomendadas y no a través de su interventora, que en últimas adelantó y aceptó las obras en la forma y términos recibidos en el acta final de entrega. Si era esta interventora quien representaba a la entidad contratante y hoy parte activa de esta demanda, debió entonces reclamar de ambas, la interventora y la contratista, la nulidad del acta a fin de culminar o resolver el contrato en debida forma. No habiéndolo hecho, y menos aún no habiendo probado el sustento de sus inconformidades con la misma, no puede la secretaría contratante, luego de la terminación del contrato exigir la devolución de dineros que como se dijo no se trató de montos parciales sino de la totalidad del costo del contrato, que sin contraprestación distinta a la de llevar a cabo las obras, que en efecto se realizaron, no genera obligación alguna a cargo de la contratista, salvo que luego de las apreciaciones de la Sociedad Colombiana de Ingenieros puedan reformularse diseños y precisar los recursos necesarios para la obra. La verdad objetiva indiscutible que muestran los elementos de convicción allegados al proceso, de los que se desprenden afirmaciones categóricas absolutamente contrarias a las que sustentan la declaración de incumplimiento ponen de manifiesto que el contrato se ejecutó hasta tanto se cumplió con el presupuesto pagado”.

En lo que toca a Liberty Seguros refirió que: “En efecto, si ni siquiera se pudo terminar finalmente el contrato pues la realidad es que del mismo solo se ejecutó un porcentaje aproximado del 50%, no se entiende como (sic) pueda concluirse luego de las revisiones y mediciones efectuadas y lo actuado en este proceso la ocurrencia de un siniestro por incumplimiento a cargo de la demandada, si hubo incumplimiento lo hubo de manera parcial y está más que explicado que éste no fue solo atribuible a la parte pasiva. Propuso también la aseguradora la “ilegitimidad en causa activa, por parte de la SECAB, y pasiva, por parte de LIBERTY SEGUROS, para que aquella reclame a ésta suma alguna derivada del contrato de seguro instrumentado en la póliza de cumplimiento que convoca este proceso”, y la ‘inexigibilidad de obligación alguna a cargo de LIBERTY SEGUROS, por no haber acreditado la SECAB la ocurrencia del siniestro y la pérdida que alega y ausencia de mora, por parte de aquella’, las cuales igualmente se declararán prósperas, toda vez que improbable el incumplimiento y ausentes incluso desde la pretensión misma los perjuicios causados, se escapa el objeto de la póliza para ser reclamado por medio de este proceso”. Y no declaró la denominada “terminación del contrato de seguro por falta de notificación de la agravación del estado del riesgo” como la que tenía que ver con la “compensación entre los eventuales perjuicios que alega la SECAB y la deuda que tiene con su contratista, por los valores que no le han pagado aún, a pesar de haber recibido las obras contratadas” como las demás relativas a a la compensación alegada.

De cara a la demanda de reconvencción, el juzgado de primera instancia efectuó dos consideraciones: La primera, que el incumplimiento de la demandada no existió, de suerte que, “la compañía de seguros no tendría que entrar a responder o salir al pago de los perjuicios, pero además por cuanto no existen perjuicios probados que hayan sido debidamente comprobados”; y, la segunda: “(...) en punto del aviso del presunto siniestro, no se ha cumplido tampoco en la forma y términos del artículo 1075 del Código de Comercio pues de éste se predica que constituye la noticia a la que está obligado el beneficiario dar por la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes en que lo hubiera conocido o debiera conocer”. “Exime de esta noticia, en efecto, y conforme a la misma regla mercantil, que el asegurador hubiese intervenido en las operaciones del salvamento o en la comprobación del siniestro. (...) Y aunque se encuentra en esta última circunstancia la compañía aseguradora demandada, lo que la obligaría a salir al pago de los perjuicios, tampoco se solicitaron éstos, lo que en esta acción se pidió desde el inicio fue el cumplimiento de un contrato representado en la devolución de unos presuntos dineros entregados como anticipo que a la postre señaló la demandada no se gastaron en su totalidad, los cuales debería devolver la demandada. Si se vuelve al objeto concreto de la póliza esta no estaba destinada sino al pago de unos perjuicios en caso de incumplimiento, el que reiterase, no aparece probado. Improbado el aducido incumplimiento y carente el proceso de la prueba de cualquier perjuicio no queda más que su exoneración”.

Por último, precisó: “(s)i como ocurre en el evento, el siniestro o incumplimiento del contrato aducido por la parte demandante no se halló probado en contra de la demandada con base en un acta final que ésta adujo como fraudulenta, lo cierto es que el resarcimiento consagrado en la póliza, se dará en la forma y términos pactados en el contrato de seguro. Si como lo recordó el apoderado de la aseguradora en los alegatos finales del proceso la misma solo cubre los perjuicios debidamente reconocidos, y no habiéndose comprobado los mismos en el actual, será otra la acción de repetición que deberá elevar la demandante en razón de lo acordado con la compañía aseguradora. (...) Recuérdese en este punto, nuevamente que lo que solicitó la demandante mediante esta acción fue el cumplimiento del contrato mediante la devolución de dineros que resultasen cancelados de más en el contrato de obra cuestionado”, entre otros razonamientos.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- Inconforme con la decisión las partes impugnaron la decisión, bajo los siguientes argumentos:

Secretaria Ejecutiva del Convenio Andrés Bello – SECAB-

6.1.- Contrario a lo señalado en la sentencia, cumplió con las obligaciones derivadas del contrato, por tanto, se encuentra legitimada para ejercer la acción resolutoria.

El objeto del contrato consistió en determinar si el contratista había cumplido o no las obligaciones a su cargo, las que derivaban del contrato; sin embargo, “lo cierto es que el Despacho efectuó un análisis sobre el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la SECAB”, de modo que, decidió sobre objeto distinto al que fue fijado por las partes. Es de resaltar que, los demandados no propusieron la excepción de contrato no cumplido.

Sobre el presunto pago de la totalidad del valor del contrato erró la juzgadora, comoquiera que el monto establecido inicialmente en el contrato ascendió a COP \$ 6.670'097.080, monto que fue adicionado mediante otrosí No. 2 en la suma equivalente a COP \$1.861'200.000, para un total de COP \$8.531'297.080. En ese orden, así se efectuaron los pagos:

- (i) Los días 3 de febrero y 8 de septiembre de 2006, la SECAB le entregó a la UTH una suma equivalente a COP \$4.346.400.841, por concepto de anticipo, de acuerdo con lo establecido en el numeral a) de la cláusula quinta del Contrato.
- (ii) El día 26 de enero de 2007, mi Mandante entregó al Contratista una suma equivalente a COP \$2.456.770.661, por concepto de pago parcial de la obra

Contratista, de acuerdo con los gastos de inversión del proyecto en el ítem “Trámite de licencias de construcción”. COP \$105.593.470,00, destinados a la cancelación de las expensas de la Curaduría Segunda de Villavicencio, cuyo pago era de cargo exclusivamente del

Si así son las cosas, no pagó la totalidad del valor del convenio, pues sólo entregó COP \$6.908'764.972 para que el contratista pudiera contar con los recursos necesarios para la construcción de la obra. “(...) mi Mandante entendió correctamente la dinámica que planteaba el objeto contractual, razón por cual efectuó los pagos necesarios en los términos establecidos en el Contrato, con el ánimo de permitir la ejecución de la obra contratada, para lo cual entregó al Contratista el anticipo y efectuó el pago parcial, como está demostrado en el proceso”, además, “la obligación de ejecutar las obras a cargo del Contratista es de resultado”. Y es por ello que en el Contrato las partes pactaron que su valor se pagaría a medida que se iban ejecutando las obras, motivo por el cual la SECAB efectuó los pagos al UTH en los tiempos y términos establecidos en el Contrato, cumpliendo así su obligación principal”.

En concreto, cumplió con lo dispuesto en el numeral a) de la cláusula quinta de la convención, amén de lo establecido en la cláusula 5° del negocio. “En ese orden, es importante señalar que los valores girados por la SECAB al Contratista por concepto de anticipo, pago parcial e, incluso, gastos que debían asumidos por el Contratista (costos de trámite de licencias), fueron girados a la UTH con el ánimo de que pudiera contar con los recursos suficientes para la ejecución del Contrato, circunstancia que tampoco fue valorada en la Sentencia”, es más, Esneyder Hernando Clavijo Villalba dio cuenta que recibieron los recursos para la ejecución.

En gracia de discusión, de considerarse que pagó, mas no en la forma establecida, “ello no puede entenderse en un incumplimiento grave o esencial de las obligaciones a cargo de la SECAB, capaz de configurar, en este caso, la excepción de contrato no cumplido”, en otras palabras, ese proceder no es suficiente para declarar el incumplimiento de la parte actora –inicial-, pues no se afectó la esencia de la convención.

En cuanto al seguimiento y verificación de la ejecución de las obras, era una obligación, en estricto sentido a cargo de la interventoría, esto es, de Socodet S.A., pues la cláusula 10ª del contrato establece que dicho sujeto era el encargado de efectuar el seguimiento de la ejecución del contrato, “labor que comprendía la medición y el seguimiento del nivel de ejecución y avance de las obras objeto del Contrato, así como el control integral sobre el proyecto en general”.

“Sumado a ello, debe señalarse que la excepción de contrato no cumplido -declarada erróneamente por el Despacho- solamente se configura tratándose de obligaciones recíprocas, que son aquellas que nacen como contraprestación una de la otra. Es decir, la causa de la prestación que debe ejecutar una de las partes es precisamente aquella que debe satisfacer su contraparte”. Es más, que la obligación de seguimiento y medición del nivel de ejecución de las obras “no es una contraprestación directa a la obligación de ejecutar la obra como tal (...). La causa de esta última es precisamente la obligación de pagar el Contrato y, por ende, es su contraprestación y obligación recíproca”.

Se trata de una indebida valoración probatoria, como quiera que: i). El juez soslayó el alcance de los artículos 176 y 280 del Código General del Proceso; ii). En la sentencia se limitó a examinar el interrogatorio de parte de Esneyder Hernando Villalba y el informe realizado por la Fiscalía General de la Nación; iii). No se analizó el dictamen realizado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros, elemento de convicción que desvirtúa el dicho de Clavijo Villalba como el contenido del informe y el acta; iv). “(...) dentro del objeto del Dictamen se encontraba determinar, en primera instancia, ‘el porcentaje global de ejecución de la obra a cargo de UTH, teniendo en cuenta la calidad e idoneidad técnica de las obras realizadas, conforme a las pruebas realizadas en campo’”, pues el valor de las obras ejecutadas por la UTH ascendió a COP \$3.190’560.953,65 monto inferior al referido en el acta e informe, incluso, “se contradice con lo manifestado por el señor Clavijo Villalba”, cuestión que permite evidenciar que el contratista ejecutó obras por una suma equivalente al 49.36% del presupuesto aprobado para la ejecución de las obras contratadas; v). “En realidad, el Contratista ejecutó un porcentaje menor al que se indicó en el Informe y Acta. Respecto de este último documento, llama la atención que en la Sentencia se haya señalado que la SECAB no logró desvirtuar su contenido”; vi). “(...) el Acta no es el documento idóneo para acreditar el cumplimiento o no de las obligaciones de los contratantes. Como bien lo señala la cláusula décimo tercera del Contrato, las partes debían suscribir un acta de liquidación mediante la cual se efectuará el balance económico del Contrato”; vii). El dictamen también permitió establecer otras cuestiones, tales como la utilidad y funcionalidad de la obra

ejecutada, “lo que demuestra que no sólo no se ejecutó la totalidad de las obras exigidas en el contrato, aun cuando en las obras que sí se ejecutaron por el contratista, su incumplimiento fue imperfecto”, así como las obras pendientes; viii). Secodet y el contratista modificaron arbitrariamente el porcentaje AIU, puesto que el porcentaje referido en el acta es del 30%, de lo que también da cuenta el dictamen; ix). La juez no estudió la cláusula penal prevista en el contrato, la que, por demás, debe reconocerse; x). Liberty está llamado a responder “toda vez que se realizaron los riesgos asegurados en la póliza de seguro No. 697671 (...)”; y, finalmente, xi). No hay lugar a condenar a la entidad en costas.

Liberty Seguros S.A.

7.2.- La juez a quo yerra en la apreciación del artículo 1075 del Código de Comercio. En efecto, “la SECAB incumplió gravemente con el deber de dar aviso de la ocurrencia del siniestro dentro del término legalmente estipulado, y no se configuró ninguna circunstancia válida que la eximiera del cumplimiento de dicho deber”.

Continuó, “(d)e tal manera que no le asiste la razón al A-quo cuando manifiesta que la SECAB se eximía de esta obligación cuando el asegurador hubiese intervenido en las operaciones del salvamento o en la comprobación del siniestro, pues dicha apreciación no tiene ningún fundamento, tal como se expondrá con mayor detalle al momento de sustentar el presente recurso. Aunado a lo anterior, vale reiterar que de ninguna manera se acreditó la configuración del supuesto siniestro, tal y como quedó debidamente sustentado en la sentencia de primera sentencia. Por lo tanto en el evento en que el Ad quem decidiera revocar la sentencia principal y acceder a las pretensiones de la demanda instaurada por la SECAB, se solicita al Honorable Tribunal estudiar la totalidad de los motivos que llevan a haber denegado las pretensiones de la demanda de reconvencción como quiera que esos no fueron estudiados a profundidad por sustracción de materia de haber negado las pretensiones de la demanda inicial. Dicha apreciación no tiene ningún fundamento, tal como se expondrá con mayor detalle al momento de sustentar el presente recurso. Aunado a lo anterior, vale reiterar que de ninguna manera se acreditó la configuración del supuesto siniestro, tal y como quedó debidamente sustentado en la sentencia de primera sentencia. Por lo tanto en el evento en que el Ad quem decidiera revocar la sentencia principal y acceder a las pretensiones de la demanda instaurada por la SECAB, se solicita al Honorable Tribunal estudiar la totalidad de los motivos que llevan a haber denegado las pretensiones de la demanda de reconvencción como quiera que esos no fueron estudiados a profundidad por sustracción de materia de haber negado las pretensiones de la demanda inicial”.

8.- Así mismo, por auto adiado 2 de agosto de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en la Ley 2213 de 2022.

8.1.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal los apelantes sustentaron en debida forma sus reparos.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para ser parte, capacidad para comparecer y competencia concurren en la litis, además como no se observa causal de invalidez que anule la actuación se impone una decisión de mérito.

2.- Con miras a resolver la apelación formulada por los extremos de la litis, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de primera instancia, pero inmerso siempre dentro del criterio dispositivo, por lo que es al apelante a quien le corresponde determinar el ámbito dentro del cual ha de moverse el ad-quem al momento de tomar la decisión, sin embargo, en este particular evento la Sala puede resolver sin limitaciones habida cuenta que los dos extremos de la litis presentaron recurso de apelación -artículo 328 inciso 2° del Código General del Proceso-.

3.- Desde esta perspectiva los problemas jurídicos a resolver se contraen a determinar (i) si están demostrados los requisitos esenciales de este tipo de acción, y en ese camino, (ii) si en verdad en la primera instancia se incurrió en una indebida valoración probatoria. Dilucidado lo anterior, descenderá la Sala al análisis de la alzada propuesta por la demandante en reconvención -aseguradora-, relativa a la interpretación del artículo 1075 del Código de Comercio y los efectos de que se revoque el fallo de primer grado.

4.- De vieja data ha sostenido la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil-, tras interpretar el artículo 1546 del Código Civil, que para la prosperidad de cualquiera de las dos acciones taxativamente en dicha disposición, la resolución ora el cumplimiento con indemnización de perjuicios, es necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) La existencia de un contrato bilateral válido b) Que el contratante contra quien se dirige la demanda haya incumplido lo pactado a su cargo, que consiste en “no haberse cumplido la obligación” o “haberse cumplido imperfectamente” o “haberse retardado el cumplimiento”; y c) Que el contratante que la proponga haya cumplido o se haya allanado a cumplir lo pactado a cargo suyo, que estriba en que quien pide la resolución o el cumplimiento del contrato no esté en mora de cumplir sus propias obligaciones; quiere ello significar, que necesariamente la parte que invoca cualquiera de las acciones tiene que haber cumplido o allanado a cumplir sus prestaciones y el demandado encontrarse en mora de hacerlo, para que salga triunfante en la litis, de lo contrario obtendrá un resultado adverso.

5.- Sobre el primer presupuesto citado, tenemos el contrato de obra No. 001-05 entre la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello -SECAD- y la Unión Temporal Horizonte (fls. 21 y ss. 001CuadernoUno.pdf), y dos otrosíes, el primero 26 de enero de 2016 (fl. 46, ib.) y el segundo, de 15 de agosto de 2006 (fls. 47 y 48, ib.); temática sobre la que debe decirse de un lado, la juez a quo encontró acreditada; y de otro, que no es motivo de impugnación pues las partes ninguna inconformidad al respecto postularon.

No obstante, en este punto conviene hacer la siguiente precisión, comoquiera que incide directamente en la esencia del litigio, y esto es, que el mencionado contrato fue pactado por precios unitarios. Al respecto, el Consejo de Estado sobre el tópicó ha puntualizado (C.E. Rad. 25000-23-36-000-2013-00211-01 (54714):

"Los contratos de obra por precio global son aquellos en los que el contratista, a cambio de las prestaciones a que se compromete, obtiene como remuneración una suma fija siendo el único responsable de la vinculación de personal, de la elaboración de subcontratos y de la obtención de materiales, mientras que en el contrato a precios unitarios la forma de pago es por unidades o cantidades de obra y el valor total corresponde al que resulta de multiplicar las cantidades de obras ejecutadas por el precio de cada una de ellas comprometiéndose el contratista a realizar las obras especificadas en el contrato"⁵⁶.

Esta distinción resulta fundamental, porque, como lo ha señalado la jurisprudencia, en el contrato a precio global se incluyen todos los costos directos e indirectos en que incurrirá el contratista para la ejecución de la obra y, en principio, no origina el reconocimiento de obras adicionales o mayores cantidades de obra no previstas, en tanto en el contrato a precios unitarios, toda cantidad mayor o adicional ordenada y autorizada por la entidad contratante debe ser reconocida, aunque, de todos modos, en uno y otro caso, el contratista tiene el derecho a reclamar en oportunidad por las falencias atribuibles a la entidad sobre imprevistos en el proceso de selección o en el contrato, o por hechos que la administración debe conocer, que desequilibran la ecuación financiera y que están por fuera del control del contratista, cuando quiera que no se hayan adoptado las medidas encaminadas a restituir el contrato a sus condiciones económicas iniciales"⁵⁷.

Puestas así las cosas, debe descenderse al análisis de la causa bajo esas premisas, pues no bastaba simplemente tener por acreditada dicha convención.

Y a esa conclusión -que se trata de un contrato por precios unitarios- se arriba al estimar los siguientes elementos:

i). Al revisar el objeto del contrato se vislumbra:

PRIMERA.- OBJETO:

El presente contrato tiene por objeto desarrollar el proyecto de cooperación y asistencia técnica para realizar la: "**DISEÑO Y CONSTRUCCION DEL PARQUE ACUATICO PARA LA CIUDAD DE VILLAVICENCIO**".

Las principales actividades y características se encuentran descritas en los numerales 3 y 4 de estos términos de referencia y detalladas el **FORMATO 10**, que hará parte integral de este contrato.

Mírese que, si bien se alude a la realización del diseño y la construcción del parque acuático para la ciudad de Villavicencio, también lo es, que, con posterioridad, se indicó: “Las principales actividades y características se encuentran (sic) en los numerales 3 y 4 de estos términos de referencia y detalladas en el Formato 10, que hará parte integral de este contrato”; no obstante, la parte demandante no aportó el mencionado formato con la demanda.

ii). La cláusula sexta es del siguiente tenor:

DECIMA SEXTA OBRAS NO PREVISTAS

Se considerarán como Obras no Previstas aquellas actividades de construcción no previstas inicialmente, consideradas necesarias para el desarrollo del proyecto, que son:

El valor se establecerá sobre la base de los precios de lista de insumos básicos, suministrados por el Contratista con su propuesta. En caso de diferencias entre los precios expresados en los Análisis de Precios Unitarios y el listado de insumos básicos, para efectos de la composición del valor de los ítems adicionales, el valor del insumo será el menor valor expresado ya sea en el Análisis de Precios Unitarios o en el listado de precios de insumos básicos.

Las actividades que se ejecuten como obras no previstas, no aumentarán en ningún caso el valor total del contrato. En éste evento, se deberá hacer un estudio de actividades menos prioritarias, susceptibles de disminución para compensar el valor del contrato. El resultado, será un ajuste en las especificaciones de construcción, en las cantidades de obra, sin que haya lugar a detrimento en la terminación completa de la obra y, en ningún caso dará lugar a adiciones presupuestales.

Para aquellas obras no previstas que tengan componentes que no se encuentren en la lista de insumos básicos, para efectos de determinar el monto de las obras a compensar, su precio será acordado entre el Interventor y el Contratista, con base en los precios vigentes en el mercado. Para tales efectos se requerirá previo visto bueno del Supervisor y aprobación expresa por parte de la SECAB a través del interventor designado. En caso de presentarse discrepancias en la definición del precio, éste será determinado por la SECAB y la Interventoría.

iii). El contenido del acta de recibo final de obra del contrato 01 del 2005, se establecen los siguientes descriptores:

- ítem
- Descripción
- Unidad
- Cantidad
- V. Unidad
- V. Total

Así, a modo de ejemplo, tenemos

SECRETARÍA EJECUTIVA DEL CONVENIO ANDRÉS BELLO		FECHA:		09/03/2008	
A. OBRA EJECUTADA		CONTRATO No. 01 de 2005			
ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANT.	V. UNID.	V. TOTAL
1	DISEÑO				
1.1	Levantamiento topográfico	OB	1,00	5.110.457,50	5.110.457,50
1.2	Estudio de suelos	OB	1,00	14.322.185,00	14.322.185,00
1.3	Diseño arquitectónico	OB	1,00	60.398.710,00	60.398.710,00
1.4	Plan de implantaciones	OB	1,00	12.000.000,00	12.000.000,00
1.5	Diseño de las atracciones	OB	1,00	105.789.265,00	105.789.265,00
1.6	Diseño hidrosanitario	OB	1,00	66.714.258,75	66.714.258,75
1.7	Diseño eléctrico aprobado ante la electrificadora del Meta	OB	1,00	60.123.853,75	60.123.853,75
1.8	Diseño estructural	OB	1,00	62.785.135,00	62.785.135,00
1.9	Diseño del pavimento	OB	1,00	6.000.000,00	6.000.000,00
1.10	Licencia de parcelación y construcción, incluye concesión de aguas y vertimientos	OB	1,00	105.000.000,00	105.000.000,00
1.11	Presupuesto detallado	OB	1,00	15.000.000,00	15.000.000,00
	SUB TOTAL				514.243.845,00
2	CONSTRUCCIÓN OBRAS CIVILES Y ARQUITECTONICAS				
	ACTIVIDADES PRELIMINARES				
2.1	Campamento de 80 msc2	UN	60,00	64.000	5.120.000,00
2.2	Ceramiento en masa polisombra verde altura 3 m	M2	1.500,00	6.576	10.014.000,00
2.3	Descapote mecánico incluye asfalto (350*160)	M2	26.000,00	2.976	166.600.000,00
	SUB TOTAL PRELIMINARES				181.734.000,00
2.4	POZO PROFUNDO				
	Localización y reparos para pozos				

De dicho documento se advierte, en principio, que la interventoría recibió la obra de acuerdo a las cantidades contratadas, y no, a un valor global. Al respecto, en las observaciones de la interventoría se anotó:

OBSERVACIONES DE LA INTERVENTORÍA SOBRE EL ACABADO A LAS OBRAS EJECUTADAS
LAS OBRAS SE EJECUTARON SATISFACTORIAMENTE SEGÚN PLANOS DE DISEÑO Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS

Haciéndose énfasis en la ejecución a propósito del diseño y las especificaciones técnicas. Acta que, por demás, data del 9 de marzo de 2008.

iv). La Unión Temporal Horizonte el 28 de noviembre de 2006, esto es, años antes a la recepción de la obra por la interventoría, precisó:

Asunto: Contestación de observaciones informes de interventoría N° 09 – 10 – 11 – 12.

Con el ánimo de aclarar las observaciones y dudas generadas en los informes anteriormente relacionados se presentan las siguientes justificaciones.

En cuanto a los requerimientos hechos al diseño de pavimentos en el informe N° 09 se encuentran aclarados en Anexo N° 1.

Las observaciones hechas al estudio de suelos fueron remitidas al laboratorio de suelos INGEGAR INGENIERIA EU. Sobre las cuales en el Anexo N° 2 se entregan las aclaraciones y reposiciones expuestas por el laboratorio.

Se complementa el diseño de placa de piscina de olas teniendo en cuenta las observaciones hechas al diseño presentado, en el Anexo N° 3.

Se presentan requerimientos hechos por interventoría referente a EVALUACION DE PREDIOS UNITARIOS OFERTADOS POR LA UNION TEMPORAL HORIZONTE. Aclarando que es un contrato de obra modalidad llave en mano, en donde el contratista se compromete a realizar los trabajos que se necesiten para realizar el objeto del proyecto. Por lo anteriormente expuesto sobre el tipo de contrato, se explica la inclusión del proceso de diseño y tramite de licencias dentro del presupuesto general del PARQUE ACUATICO, además los precios de los materiales, transporte, mano de obra, equipos necesarios para la ejecución del proyecto, están ajustados al mercado local, para lo cual se realizó un comparativo con los precios pagados por el Municipio de Villavicencio y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Villavicencio (EAAV),

reajustando solamente los precios del transporte de materiales y agregados. Esto por cuando el proyecto se localiza a 17 Km, del perímetro urbano de la ciudad.

Con respecto al valor neto del A.I.U. corresponde al 30%. Se aclara que ya esta estipulación entre la Unión Temporal Horizonte y la SECAB de manera contractual en la propuesta revisada y aprobada entre las partes y obedece a condiciones especiales del contrato, además como ya lo dijimos anteriormente es un contrato de obra modalidad llave en mano por ser diseño y construcción. El ítem de diseño esta afectado por el A.I.U., toda vez que los especialistas y los gastos que se contrataron para la elaboración de los diseños no tiene nada que ver con los profesionales y los gastos utilizados en el proyecto para su administración. También se reiteran que en esta situación es de tipo contractual con la SECAB.

Los análisis de precios unitarios del capítulo de diseño y análisis de precios unitarios solicitados en el informe N° 12, con las debidas correcciones y aclaraciones respectivas se agregan en el Anexo N° 4.

Se entregan especificaciones técnicas de las actividades de construcción previstas en cada uno de los capítulos en el Anexo N° 5.

Con referencia a las atracciones fueron contratadas con la firma EDOSPINA quienes por la naturaleza de su empresa y la complejidad de sus atracciones ofertan sus productos y venden un proyecto y no lo individualizan agregándole a esto su experiencia respaldo, garantía y seguimiento desde su puesta en marcha en adelante, para esto anexamos la propuesta económica hecha por la firma EDOSPINA a la Unión Temporal Horizonte.

v). En el acta de reunión No. 02 del 29 de mayo de 2008, se advierte:

ACTA DE REUNIÓN
DESARROLLO DE LA REUNIÓN

Las recomendaciones observaciones frente a la ejecución del convenio y sus derivados, previo a la liquidación de los mismos.

Se acuerda visita a la Obra para efectos de iniciar medición en campo de la Obra el lunes 9 de junio con el fin de cumplimiento de la ejecución de la Obra contratada "Diseño y Construcción del Acuparque para la Ciudad de Villavicencio".

Se establece que para la medición se requiere:

- Cuadro consolidado de Cantidades de Obra contratadas con la U.T. Horizonte - Propuesta cotejada paralelamente con el presupuesto del 20 de octubre de 2006 originado a partir del Diseño aprobado ante Curaduría Urbana.

Verificar la Adición contra el presupuesto del 20 de octubre de 2006 - Actividades ejecutadas.

- De acuerdo a lo anterior se establezca comunicación con la preacta, entregada por la U.T. Horizonte a la Zerab y a la Interuentora SOCOTET S.A. y a su vez esta se verifique con el Acta de recibo final de obra con el contenido en documento radicado en la Contratación con el No 4140 del 29 de mayo/08 (Hay)

Luego es claro, que los intervinientes consideraron que para realizar la medición era necesario disponer del cuadro consolidado de cantidades de obra contratadas con la Unión Temporal Horizonte, es más, “-propuesta cotejada paralelamente con el presupuesto del 20 de octubre de 2006 originado a partir del diseño aprobado ante Curaduría Urbana”. Incluso, se anotó: Verificar la adición contra el presupuesto del 20 de octubre de 2006. Actividades Ejecutadas”.

vi). Véase que en el acta de soporte de recibo final de contrato de obra, diseño y construcción del Acuparque de Villavicencio no se hizo alusión a un precio global, sino a ítems discriminados por cantidades, valores unitarios y valores totales (9 de marzo de 2008) (fls. 223 y ss. 001CuadenorUno.pdf).

MAYOR CUADRO DE CANTIDADES Y VALORES UNITARIOS Y VALORES TOTALES DE LAS OBRAS CONTRATADAS												
CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN DEL INSTITUTO VECINAL				MAYOR CUADRO DE CANTIDADES Y VALORES UNITARIOS Y VALORES TOTALES DE LAS OBRAS CONTRATADAS					ACTA DE RECIBO FINAL DE OBRA			
ITEM	DESCRIPCION	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL	CANTIDAD	VALOR UNITARIO
1.01	Administración	100	\$ 1.000,00	\$ 100.000,00	100	\$ 1.000,00	\$ 100.000,00	100	\$ 1.000,00	\$ 100.000,00	100	\$ 1.000,00
1.02	Asesoría	100	\$ 2.000,00	\$ 200.000,00	100	\$ 2.000,00	\$ 200.000,00	100	\$ 2.000,00	\$ 200.000,00	100	\$ 2.000,00
1.03	Asesoría	100	\$ 3.000,00	\$ 300.000,00	100	\$ 3.000,00	\$ 300.000,00	100	\$ 3.000,00	\$ 300.000,00	100	\$ 3.000,00
1.04	Asesoría	100	\$ 4.000,00	\$ 400.000,00	100	\$ 4.000,00	\$ 400.000,00	100	\$ 4.000,00	\$ 400.000,00	100	\$ 4.000,00
1.05	Asesoría	100	\$ 5.000,00	\$ 500.000,00	100	\$ 5.000,00	\$ 500.000,00	100	\$ 5.000,00	\$ 500.000,00	100	\$ 5.000,00
1.06	Asesoría	100	\$ 6.000,00	\$ 600.000,00	100	\$ 6.000,00	\$ 600.000,00	100	\$ 6.000,00	\$ 600.000,00	100	\$ 6.000,00
1.07	Asesoría	100	\$ 7.000,00	\$ 700.000,00	100	\$ 7.000,00	\$ 700.000,00	100	\$ 7.000,00	\$ 700.000,00	100	\$ 7.000,00
1.08	Asesoría	100	\$ 8.000,00	\$ 800.000,00	100	\$ 8.000,00	\$ 800.000,00	100	\$ 8.000,00	\$ 800.000,00	100	\$ 8.000,00
1.09	Asesoría	100	\$ 9.000,00	\$ 900.000,00	100	\$ 9.000,00	\$ 900.000,00	100	\$ 9.000,00	\$ 900.000,00	100	\$ 9.000,00
1.10	Asesoría	100	\$ 10.000,00	\$ 1.000.000,00	100	\$ 10.000,00	\$ 1.000.000,00	100	\$ 10.000,00	\$ 1.000.000,00	100	\$ 10.000,00
1.11	Asesoría	100	\$ 11.000,00	\$ 1.100.000,00	100	\$ 11.000,00	\$ 1.100.000,00	100	\$ 11.000,00	\$ 1.100.000,00	100	\$ 11.000,00
1.12	Asesoría	100	\$ 12.000,00	\$ 1.200.000,00	100	\$ 12.000,00	\$ 1.200.000,00	100	\$ 12.000,00	\$ 1.200.000,00	100	\$ 12.000,00
1.13	Asesoría	100	\$ 13.000,00	\$ 1.300.000,00	100	\$ 13.000,00	\$ 1.300.000,00	100	\$ 13.000,00	\$ 1.300.000,00	100	\$ 13.000,00
1.14	Asesoría	100	\$ 14.000,00	\$ 1.400.000,00	100	\$ 14.000,00	\$ 1.400.000,00	100	\$ 14.000,00	\$ 1.400.000,00	100	\$ 14.000,00
1.15	Asesoría	100	\$ 15.000,00	\$ 1.500.000,00	100	\$ 15.000,00	\$ 1.500.000,00	100	\$ 15.000,00	\$ 1.500.000,00	100	\$ 15.000,00
1.16	Asesoría	100	\$ 16.000,00	\$ 1.600.000,00	100	\$ 16.000,00	\$ 1.600.000,00	100	\$ 16.000,00	\$ 1.600.000,00	100	\$ 16.000,00
1.17	Asesoría	100	\$ 17.000,00	\$ 1.700.000,00	100	\$ 17.000,00	\$ 1.700.000,00	100	\$ 17.000,00	\$ 1.700.000,00	100	\$ 17.000,00
1.18	Asesoría	100	\$ 18.000,00	\$ 1.800.000,00	100	\$ 18.000,00	\$ 1.800.000,00	100	\$ 18.000,00	\$ 1.800.000,00	100	\$ 18.000,00
1.19	Asesoría	100	\$ 19.000,00	\$ 1.900.000,00	100	\$ 19.000,00	\$ 1.900.000,00	100	\$ 19.000,00	\$ 1.900.000,00	100	\$ 19.000,00
1.20	Asesoría	100	\$ 20.000,00	\$ 2.000.000,00	100	\$ 20.000,00	\$ 2.000.000,00	100	\$ 20.000,00	\$ 2.000.000,00	100	\$ 20.000,00

vii). La aseguradora demandada allegó el presupuesto general del proyecto "Diseño y construcción Parque Acuático Ciudad de Villavicencio", en el que se detallan también los ítems, la descripción, unidades, valor costo directo y el valor total (fls. 282 y ss. Ib.):

DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN PARQUE ACUÁTICO CIUDAD DE VILLAVICENCIO
PRESUPUESTO GENERAL

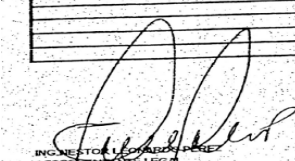
CAPITULO	ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UND	CANTIDAD	VALOR COSTO DIRECTO	VALOR TOTAL
I DISEÑO						
	1.01	Levantamiento topográfico	GB	1,00	5,110,457.50	5,110,457.50
	1.02	Estudio de suelos	GB	1,00	14,322,165.00	14,322,165.00
	1.03	Diseño arquitectónico	GB	1,00	60,398,713.00	60,398,713.00
	1.04	Plan de implantaciones	GB	1,00	12,000,000.00	12,000,000.00
	1.05	Diseño de las atracciones	GB	1,00	105,789,256.00	105,789,256.00
	1.06	Diseño hidrográfico	GB	1,00	69,714,258.75	69,714,258.75
	1.07	Diseño eléctrico aprobado ante la electrificadora del Meta	GB	1,00	60,123,853.75	60,123,853.75
	1.08	Diseño estructural	GB	1,00	62,786,135.00	62,786,135.00
	1.09	Diseño del pavimento	GB	1,00	6,000,000.00	6,000,000.00
	1.10	Obra de parcelación y construcción, incluye concesión de aguas y saneamiento	GB	1,00	108,000,000.00	108,000,000.00
	1.11	Programación, cantidades de obra y presupuesto detallado	GB	1,00	15,000,000.00	15,000,000.00
VALOR SUBTOTAL DISEÑO						514,243,345.00
II CONSTRUCCIÓN OBRAS CIVILES Y ARQUITECTÓNICAS						
A ACTIVIDADES PRELIMINARES						
1 PRELIMINARES						
	1.01	Campamento 18 m x 2	UN	2,00	1,449,911.25	2,899,822.51
	1.02	Campamento en mata bolsomera verde altura 2 m	M2	1,580.56	5,349.62	13,029,412.50
VALOR COSTO DIRECTO CAPITULO						15,923,434.51
B SISTEMA DE ACUEDUCTO						
1 PRELIMINARES						
	1.01	Localización y replanteo para redes de acueducto incluye elaboración de planos redere	ML	908.73	2,194.88	1,994,941.39
2 EXCAVACIONES						
	2.01	Excavaciones manuales en tierra Inc. retiro H=10m, 0.80 m. a 0.40	M3	290.79	31,849.11	8,281,516.58
	2.02	Excavaciones mecánicas en tierra Inc. retiro tanque almacenamiento	M3	132.30	32,950.00	3,038,286.20
3 RELLENOS						
	3.01	Releno material tamaño máximo 2" composición manual a 0.10	M3	35.35	43,410.24	1,577,920.17
	3.02	Releno material proveniente de la excavación seleccionada incluye compactación a 0.20 m.	M3	218.10	7,075.05	1,543,055.28
	3.03	Suministro e instalación de arena para base incluye extendida y compactada a 0.10	M3	38.35	44,633.17	1,818,745.06
4 INSTALACIÓN DE TUBERÍA PVC RDE 21						
	4.01	Suministro e instalación de tubería y accesorios de PVC RDE 21 de 2" incluye arreglo zanja	ML	230.00	22,815.20	5,247,894.15
	4.02	Suministro e instalación de tubería y accesorios de PVC RDE 21 de 3" incluye arreglo zanja	ML	841.52	40,884.48	28,228,209.64
	4.03	Suministro e instalación de tubería y accesorios de PVC RDE 21 de 4" incluye arreglo zanja	ML	37.21	65,468.19	2,249,277.24
5 INSTALACIÓN DE ACCESORIOS DE HF						

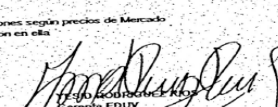
Así también milita el acta de recibo parcial (fls 295 y ss., ib.). Y en la que se advierte el AUI en un 30% (Data del 20 de octubre de 2006).

EDUV
EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE VILLAVICENCIO
CONVENIO ANDRÉS BELLO
UNION TEMPORAL HORIZONTE

CAPITULO	ÍTEM	DESCRIPCIÓN	UND	CANTIDAD	VALOR COSTO DIRECTO	VALOR TOTAL
	2.06	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para el PISCINA DE LLEGADA DE TOBOGÁNES	GB	1,00		
	2.07	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para el HIDROTUBO TIPO TRENZA DE DOS CARBILES	GB	1,00		
	2.08	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para el TOBOGÁN MULTITRINEA DE 4 CARBILES	GB	1,00		
	2.09	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para ESPEJO DE LLEGADA MULTITRINEA Y TRENZA	GB	1,00		
	2.10	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para el TOBOGÁN DE VELOCIDAD KAMBAZE	GB	1,00		
	2.11	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para ESPEJO DE LLEGADA DE TOBOGÁNES VELOCIDAD	GB	1,00		
	2.12	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para el TOBOGÁN DE VELOCIDAD CON BORNO	GB	1,00		
	2.13	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para el Foso de Regada HIDROFLUSH	GB	1,00		
	2.14	Transporte, montaje y puesta en funcionamiento de equipos para el Foso de Regada	GB	1,00		
VALOR COSTO DIRECTO CAPITULO						3,756,530,062.62
VALOR TOTAL COSTO DIRECTO						563,479,509.39
ADMINISTRACIÓN 15%						375,653,006.26
IMPREVISTOS 10%						187,826,503.13
UTILIDAD 5%						38,052,740.50
IVA SOBRE UTILIDAD 16%						4,913,541,321.9
VALOR TOTAL						4,913,541,321.9

Nota: Esta sujeto a modificaciones según precios de Mercado
Firma, quienes intervinieron en ella


ING. NESTOR LEONARDO PÁEZ
 REPRESENTANTE LEGAL
 UNIÓN TEMPORAL HORIZONTE


ING. OSCAR EDUARDO VEZAINO
 INTERVENTORIA
 SOCODET S.A.

viii). Adicionalmente, el Informe Investigador de Laboratorio FPJ 13 de fecha 18 de noviembre de 2010 (fls. 516 y ss. 001CuadernoUnoA.pdf): reseña:

Fiscalía General de La Nación – Cuerpo Técnico de Investigación
Sección Investigativa - Grupo de Administración Pública. Continuación Dictamen No. 0391

5. INFORME SOBRE EL GRADO DE ACEPTACIÓN POR LA COMUNIDAD TÉCNICO CIENTÍFICA, DE LOS PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS

De acuerdo a protocolo FGN-ECC-PAI-01 Estudio Técnico Comparativo de Cantidades y Costos de obra Civil, cuyo objetivo es determinar las diferencias entre las cantidades y los costos de una obra civil realizada o ejecutada y las cantidades y costos de la misma contratadas y pagadas, el cual es el mismo objetivo de la solicitud. La visita técnica de comprobación nos permite determinar los objetivos planteados y es un procedimiento aceptado por la comunidad técnico científica.

7. EXPLICACIÓN DEL PRINCIPIO O PRINCIPIOS TÉCNICOS - CIENTÍFICOS APLICADOS (INFORME SOBRE EL GRADO DE ACEPTACIÓN POR LA COMUNIDAD CIENTÍFICA)

Técnica de comparación entre las cantidades de los ítem contratados y pagados y las cantidades verificadas en obra y técnica de comparación entre los precios unitarios contratados y los precios unitarios de referencia mediante método para el cálculo de cantidades de obra y método para el cálculo de costos de obra civil estipulados en protocolo FGN-ECC-PAI-01 y que es generalmente aceptado por la comunidad técnico científica.

9. INTERPRETACIÓN DE RESULTADOS

Teniendo como base las dos visitas adelantadas al lugar de las obras, visita a las instalaciones de de EDOSPINA y registros fotográficos se estima que las cantidades contempladas en acta de recibo final de fecha 9 de marzo de 2008, corresponden en cantidad a lo hallado en el lugar de las obras.

Si bien es cierto las obras se encuentran abandonadas, estructuralmente presentan buen estado, sumándose a lo anterior que dentro del proceso de conciliación que se adelanta en la actualidad entre la EDUV, Alcaldía de Villavicencio, SECAB y Unión Temporal Horizonte, el contratista manifiesta su disposición de terminar las obras sin que genere mas costos para el estado, tan pronto la Alcaldía de Villavicencio ejecute las obras eléctricas que se encuentra a la fecha licitando. (Necesarias para la instalación de los equipos electromecánicos almacenados en EDOSPINA). De igual manera de la visita a EDOSPINA se pudo establecer que los equipos electromecánicos allí almacenados están en buen estado, listos para ser instalados, algunas atracciones como secciones de toboganes y demás solo requieren un mantenimiento antes de su instalación. Se manifiesta por representantes de EDOSPINA que estiman un periodo de tres meses para el mantenimiento de lo allí almacenado e instalación y puesta en marcha de los equipos en el acuparque.

Ahora bien, en cuanto a las obras se estima se encuentran en un avance del 85% aproximadamente, faltando un 25% para poner a funcionar el Acuparque, como es la instalación de las atracciones, terminación de piscinas, adecuación obras de urbanismo (parqueaderos, zonas verdes, senderos, baterías sanitarias). Labores que implican una cuantía cercana a los 1.200.000.000, que según los manifestado en las reuniones en las que estuve presente serán invertidos por la SECAB y la Unión Temporal Horizonte, sumado a los cerca de 900 millones que invertirá la administración municipal para las obras eléctricas necesarias para la instalación de los juegos y equipos electromecánicos almacenados en EDOSPINA.

9.1 CONCLUSIONES.

A pesar de que las obras se encuentran inconclusas y con alta presencia de maleza como se pudo constatar en las visitas y registro fotográfico, del análisis de las estructuras en concreto, metálicas y obras en general se concluye que están en buen estado sin observaciones en cuanto a su calidad estructural, que requieren eso sí un mantenimiento para proceder a su terminación y puesta en funcionamiento. Las cantidades contempladas en el acta de recibo final de fecha 9 de marzo de 2008 corresponden en cantidad y calidad a lo constatado en el lugar de las obras y lo verificado en las instalaciones de EDOSPINA en Madrid - Cundinamarca.

Es decir las obras ejecutadas y cuantificadas ascienden a la suma de \$8.651.4813.962.99, valor contemplado en acta de recibo final de obra.

ix). Y sobre ese aspecto también dio cuenta el miembro de la Unión Temporal Esneyder Hernando Clavijo Villalba (fls. 525 y ss., ib.).

6.- Al cariz de esos elementos, por tanto, teniendo en mente que se trata de un contrato de obra en la modalidad de precios unitarios, no es posible que la pretensión principal salga avante, esto es, la relativa a condenar a los integrantes de la Unión Temporal Horizonte Néstor Leonardo Pérez Barreto y Esneyder Hernando Clavijo Villalba a la restitución de la suma de \$6.908.764.972.00 que el contratista recibió, comoquiera que, esa unión se obligó de acuerdo con las cantidades y unidades contratadas. En ese camino, tampoco habría lugar a ordenar el pago de la respectiva cláusula penal, pues se itera, a riesgo de fatigar, no se trató de una convención por precio global en la que el contratista se obligó a la entrega completa del acuparque de Villavicencio.

7.- Ahora bien, en punto a las súplicas de naturaleza subsidiaria, esto es, a propósito del incumplimiento parcial de dicha convención, pronto advierte la Sala que la sentencia deberá confirmarse, mas por la razón que a continuación se expone.

En efecto, al tratarse de un contrato a precios unitarios, esto es, donde la forma de pago es por unidades o cantidades de obra, el juzgador debe tener plena certeza de las condiciones en que pactó dicho convenio, en palabras más sencillas, qué cantidades de obra debía ejecutar el contratista, en este caso, la Unión Temporal Horizonte, esto, a efectos de establecer si a propósito del acta de recibo final de la obra, puede catalogarse como contratista incumplido, y por ende, tal conducta da lugar a la restitución del dinero que predica la parte demandante.

No obstante, pronto se advierte que la Sala de Decisión no tiene certeza de todas las condiciones que rigen el contrato de obra No. 001-05 suscrito entre la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello - SECAD- y la Unión Temporal Horizonte (fls. 21 y ss. 001CuadernoUno.pdf), modificado en dos oportunidades, la primera de 26 de enero de 2016 (fl. 46, ib.) y la segunda, de 15 de agosto de 2006 (fls. 47 y 48, ib.). Y esto, es así, básicamente, porque no obra en el expediente: **i).** El formato 10 “que hará parte integral del contrato”; **ii).** El programa de inversión de anticipo, detallado por rubros y tiempo de ejecución; **iii).** El “programa detallado de ejecución de obra, elaborado de acuerdo con los lineamientos determinados en este capítulo”; **iiii).** El programa de inversión de obra, “en concordancia con el programa detallado de obra, por capítulos e ítems del presupuesto, y será tomado como el programa en cifras, que tendrá la interventoría para considerar la obra ejecutada con los totales por mes el valor absoluto de costo directo considerado, el valor porcentual considerado de avance, el valor de la Administración (de acuerdo con su programa interno), y el porcentaje de los Imprevistos y el de Utilidad relacionado con el Costo Directo, representada en un valor absoluto mensual (...); **iv).** La lista de insumos básicos de materiales, equipos y mano de obra. En efecto, el primero hace parte del contrato y los instrumentos numerados **ii).**, **iii).**, y **iv).** hubieran dado luces para definir lo pactado a construir por la Unión Temporal Horizonte, máxime si debían ser aprobados por el interventor del contrato antes de dar inicio a la ejecución de la obra.

Es más, la cláusula décima cuarta del convenio, relativa a los documentos del contrato prevé: “Formarán parte integrante del contrato los siguientes documentos: Los presentes términos de referencia, la propuesta presentada por el contratista, los estudios, diseños y documentos previos realizados por la EMPRESA DE DESARROLLO URBANO DE VILLAVICENCIO la comunicación de aceptación de la propuesta, emitida por la SECAB y toda la correspondencia que en desarrollo del contrato se cruce entre la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bellos ‘SECAB’ y el contratista”; sin embargo, no milita en el expediente: **i).** La propuesta presentada por el contratista; **ii).** Los estudios; **iii).** Diseños y demás instrumentos previos realizados por la Empresa de Desarrollo Urbano de Villavicencio y la demandante.

Lo anterior, teniendo en cuenta de existir obligaciones especiales relacionadas con materiales, verbi gratia, el costo de los acarreos de todos los materiales debía incluirse dentro de los análisis de precios unitarios respectivos, “toda vez que no habrá pago por separado para el transporte de los mismos” (2.9. 2.OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA EN EL DESARROLLO DEL CONTRATO)

En ese camino, es de observar que, en la cláusula quinta de la convención, sobre la entrega del anticipo, hace alusión al presupuesto presentado por el contratista dentro de su oferta, así:

A) UN ANTICIPO: La SECAB pagará el 50% del valor del contrato de acuerdo a los desembolsos realizados por la EDUV, de los cuales la SECAB cobrará el 4.5% del valor total del proyecto correspondiente a otros gastos de administración, ejecutados directamente y cotizados en el AIU del presupuesto presentado por el contratista dentro de su oferta de acuerdo con el **FORMATO NUMERO 5**, la cual hace parte integral de este contrato.

Los rendimientos que llegaren a producir los recursos así entregados, serán devueltos a la SECAB.

Puestas así las cosas, no hay lugar a descender sobre los demás requisitos de que trata la acción resolutoria contenida en el artículo 1546 del Código Civil, en la medida que no hay evidencia sobre lo contratado por la parte actora, por ende, no es posible contrastarla con la información contenida en el acta de recibo final como con las obras que revisó la Sociedad Colombiana de Ingenieros. En ese camino, ha de señalarse que: **i).** Sin la propuesta y el presupuesto aprobado no se puede advertir el alcance del proyecto, esto es, qué debía entregar la Unión Temporal para considerarse contratante cumplido; **ii).** No se adosó la justificación de la adición del valor del contrato; **iii).** No es posible definir las particularidades de la obra, verbi gratia, cómo fluctuaron las cantidades y valores contratados, incluso, los ítems pactados; y, **iv).** No puede establecerse si existieron mayores o menores valores de obra en algunos rubros.

Recordemos que, el principio de la necesidad de la prueba le indica al juzgador el deber de tomar toda decisión judicial con apoyo en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso (artículo 164 ejúsdem), esto es, que los medios probatorios para poder ser valorados deben

aportarse en los términos señalados de manera taxativa por el legislador, contrario sensu, su apreciación cercenaría el derecho de defensa y de contradicción de la contraparte.

Entretanto, el principio de la carga de la prueba (artículo 167 *ibídem*) le impone a las partes la obligación de probar los supuestos de hecho en que edifica sus pretensiones, para este caso concreto, o sea, que consiste en lo que a cada parte le asiste interés en probar, de modo que si el interesado en suministrarla no lo hace, o la allega imperfecta, se descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente, ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones; claro está que como las pruebas una vez allegadas son consideradas o vistas del proceso y no de las partes, las recaudadas por la actora sirven para demostrar los hechos en que se apoyan las excepciones de la contraparte y viceversa.

De tal modo, que a nadie le es dado el privilegio de que su mero dicho sea prueba suficiente de lo que afirme, tal como lo ha precisado la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil:

“es verdad que, con arreglo al principio universal de que nadie puede hacerse su propia prueba, una decisión no puede fundarse exclusivamente en lo que una de las partes afirma a tono con sus aspiraciones. Sería desmedido que alguien pretendiese que lo que afirma en un proceso se tenga por verdad, así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga. De ahí que la Corte Suprema de Justicia haya dicho en un importante número de veces... que ‘es principio general de derecho probatorio y de profundo contenido lógico, que la parte no puede crearse a su favor su propia prueba. Quien afirma un hecho en un proceso tiene la carga procesal de demostrarlo con alguno de los medios que enumera el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil, con cualesquiera formas que sirvan para formar el convencimiento del Juez. Esa carga... que se expresa con el aforismo *onus probandi incumbit actori* no existiría, si al demandante le bastara afirmar el supuesto de hecho de las normas y con eso no más quedar convencido el Juez” (Sent. de 12 de febrero de 1980 Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pag. 405).

7.1.- Y se preguntará la parte actora, sobre el alcance del dictamen efectuado por la Sociedad Colombiana de Ingenieros. Al respecto debe señalarse que:

Revisado dicho trabajo, se advierte que las conclusiones a las que arribó dicha sociedad no se fundan, en definitiva, en los anexos **exactos** del contrato que se analiza, por tanto, se trata de apreciaciones subjetivas de lo que debió ser. En ese camino tenemos, a modo de ejemplo, las siguientes conclusiones: **i).** Sobre el objeto del dictamen: “Dentro del objeto del contrato que era el diseño y construcción del parque acuático para la ciudad de Villavicencio, el alcance de las obligaciones contractuales de la UT Horizonte se definió inicialmente en el presupuesto inicial que se estableció por grandes capítulos”; **ii).** “Declaraciones que condicionan el resultado del dictamen y premisas que fueron necesarias para poder realizarlo y presentarlo

de manera general que influyó sobre todos los componentes técnicos: La falta de cierta información documental (...) Deterioro normal de las obras existentes (...) Falta de información respecto a ADOSPINA S.A.S. en Reorganización, como subcontratista de la UT Horizonte (...) **Ante la falta de especificación contractual y en diseños, de la norma técnica para realizar ciertas construcciones, se evaluará su calidad conforme a las pruebas realizadas en campo y su utilidad actual de cara a la posibilidad de terminar de construir el Acuaparque**” (resaltado es ajeno al texto); iii). Componente contractual: “La información contractual no se encuentra completa, presentando faltantes de documentos contractuales. Se tiene como resultado el presupuesto inicial, el acta de liquidación, las cuales están en la información física entrega firmadas, éstas se tabularon para permitir el manejo de información, determinar cantidades contractuales y realizar análisis de estos resultados. Donde se encontró un incremento del AIU presentado en el acta de liquidación y con respecto al presentado en la propuesta, debido a que estos era de 30% y 19.34% respectivamente, lo anterior sin justificación encontrada en la información existente”, “Lo contractual no contaba con la ejecución de capítulos como lo son la construcción de las áreas administrativas, restaurante, baños, vestieres, fachada, tienda de souvenir, portería, cuarto de basuras, subestación eléctrica, áreas de circulación y paisajismo, piscina infantil, piscina de llegada a toboganes, PTAR, PTAR”; iii). Fíjese bien en la siguiente afirmación:

- Revisada esta información se obtiene como conclusiones la ausencia de documentos necesarios que se relaciona a continuación:
 - Presupuesto contractual inicial
 - Informe de inversión de anticipo inicial y de adición
 - Actualización de pólizas con fecha de acta de inicio.
 - Acta de adición presupuestal
 - Pólizas actualizadas en adición, suspensión y reinicio.
 - Actas de aprobación de pólizas actualizadas.
 - Facturas de cobro de acta 1 y de liquidación.
 - Planos récord de obra
 - Planos de vías internas y parqueaderos
 - En la revisión de la planimetría entregada a la SCI, no se cuenta con la totalidad de los planos aprobados por la curaduría urbana segunda de Villavicencio.

iv). En el componente estructural, se evidencian razonamientos tales como: “Los análisis de ingeniería, conceptos y conclusiones emitidos se fundamentan en la información disponible suministrada para el desarrollo del estudio y la obtenida de manera directa como desarrollo de éste. Se hace la salvedad que no se contó con la totalidad de la información contractual técnica solicitada y que las conclusiones y conceptos aquí expuestos pueden estar sujetos a ajustes, en caso de que la totalidad de información solicitada fuese suministrada”; v). Componente hidráulico: “Los informes de diseño, los planos correspondientes y la información de la etapa de construcción no se encuentran completos”; vi). De cara al componente “Presupuesto”:

4.3.5 Componente Presupuesto

- En la fase de recopilación de información específica para el tema de presupuestos, se encontraron dificultades para identificar los presupuestos reales de cada etapa, pues hay múltiples documentos que refieren el presupuesto aprobado, general, definitivo, etc. cuyos valores difieren de los valores consignados en otros documentos contractuales. Por este motivo se buscaron como referencia cierta, solo aquellos que se encuentran debidamente suscritos y/o que pueden ser relacionados directamente con otros documentos que ilustran el proceso contractual, tales como el contrato, el otrosí para la adición, el acta parcial de obra No.1 y el Acta de Recibo Final. Se contó con algunos informes bien del contratista o de la interventoría, los cuales se tomaron como referencia, más no como prueba de la existencia o ejecución de las obras, toda vez que se considera obra ejecutada la que se encuentra físicamente en el lugar de ejecución del contrato. La documentación disponible se revisó en detalle, encontrando observaciones en cada caso.
- Es necesario registrar que dentro de la documentación revisada se tuvo acceso a unos Análisis de Precios Unitarios, que no cuentan con fecha ni firmas, por consiguiente, no hay trazabilidad del momento en que se presentaron, de que hayan sido revisados y sujetos a observaciones por parte de la interventoría ni mucho menos aprobados, pues no se encontraron Actas de comparación de precios entre los del contratista y los de la interventoría,

5.1 Contractual

El contrato de obra entre la SECAB y la U.T. HORIZONTE se firmó en enero 13 de 2006 y la constitución de la Unión temporal HORIZONTE se firmó en febrero 08 de 2006, es decir fue posterior a la firma del contrato. Además, se presentó en la propuesta de la UT HORIZONTE presentada en enero 02 de 2006, el formulario N°3 de Conformación de la UT con fecha de enero 02 de 2006.

1. Dentro del plan de implantación del proyecto se establecieron un cronograma de ejecución y etapas de desarrollo y así mismo para la ejecución de las obras por etapas; sin embargo, en la realidad se manejó sin tener en cuenta las etapas y parámetros definidos en el plan mencionado.
2. Se firmó el contrato de obra con un valor estimado por grandes partidas globales y un plazo para la ejecución, sin tener en cuenta que el objeto real y alcance de este no podía estar claramente definido, debido a que el mismo contrato involucraba la realización de los diseños técnicos y la obtención de licencias y permisos, de los cuales se debía definir en detalle las obras a ejecutar, con sus respectivos precios unitarios y cantidades y el plazo real de ejecución. Por lo anterior se generó una suspensión de 11 meses y el valor inicial no representó el valor real de las obras a ejecutar.
3. Dentro de la documentación contractual disponible no hay información de soporte del anticipo inicial, tales como:
 - Radicación de la cuenta del Anticipo por parte del Contratista de Obra.
 - Plan de manejo o inversión del anticipo.
 - Aprobación del pago del anticipo por parte del ordenador de gasto y/o Interventoría.
 - Soportes de pago para legalización del Anticipo.
4. Se aprobó un valor adicional y por ende un anticipo adicional de lo cual no se encontró un documento que soportara las razones técnicas, financieras o jurídicas que hizo necesaria esta adición; más aún cuando no se tenían definidos los diseños necesarios y completos para la ejecución de las obras.
5. Del Anticipo N°1 se pagaron valores de administración tanto para la SECAB, como para la EDUV, con valores diferentes a lo acordado contractualmente, girando el doble de lo acordado.
6. La Licencia de construcción se expidió en agosto 17 de 2007 por un término de 36 meses, es decir venció en agosto 17 de 2010.
7. En el periodo de suspensión del Contrato de obra comprendido entre el 23 de octubre de 2006 y el 24 de septiembre de 2007, el contratista inició tramites de Concesión de Aguas Subterráneas, Permiso de vertimiento de Aguas Residuales y Licencia de Construcción.

vii). En el resumen ejecutivo, adicionalmente, se indicó: “La falta de correspondencia entre el valor del contrato y los diversos presupuestos que se encontraron como parte de la documentación revisada del contrato hace evidente la falta de seguimiento y control del presupuesto, según se evidencia en el siguiente registro donde los valores del contrato deberían coincidir y por el contrario en todos los casos difiere:

CONCEPTO	VALOR EN LA CELDA DE TOTAL COSTO DIRECTO +ARJ+IVA	DIFERENCIA RESPECTO AL PRESUPUESTO CONTRACTUAL (PPTO APROBADO)
Valor del Contrato según documentos suscritos (Cito Inicial + Adición)	\$ 8.531.297.080,00	\$ 0,00
Valor del contrato según el Presupuesto Aprobado	\$ 8.455.135.928,27	\$ 76.161.151,73
Valor del contrato según el Acta Final de Obra (columnas INICIALES - CONDICIONES DEL PRESUPUESTO DE OBRA A EJECUTAR CON EL VALOR CONTRATADO	\$ 8.468.655.415,62	\$ 62.641.664,38
Valor del contrato según el Acta Final de Obra - columnas VALOR FINAL DE OBRAS A EJECUTAR CON EL VALOR CONTRATADO	\$ 8.656.829.470,49	\$ 125.532.390,49
Valor del contrato según el Acta de Liquidación	\$ 8.531.192.629,88	\$ 104.450,12

viii). “En el presupuesto aprobado no se encontraron involucradas unas actividades que si se encontraban en los diseños tales como preliminares, el sistema de alcantarillado de aguas residuales, la fachada, el bloque de baños y vistieres, la sede administrativa, la tienda de souvenir, el

restaurante, la portería, el cuarto de basuras, el strip telefónico, las áreas de vinculación, el rio lento, la piscina infantil, las piscinas de llegada de los toboganes y las plantas de tratamiento de agua potable y residual. De los anteriores, podría decirse que hay varios de los cuales se podría prescindir en la etapa inicial del proyecto y con el tiempo podrían haber sido objeto de nuevas fases de desarrollo del proyecto”, más adelante, “(a) pesar de lo anterior, si se contrataron el total de las atracciones, lo mínimo que se debía asegurar, eran las obras que tenían que ver con el funcionamiento de las atracciones como objeto principal del proyecto general, a fin de garantizar la infraestructura mínima necesaria para el funcionamiento inicial, y se concentraron los recursos de anticipo en un subcontrato para la fabricación de las atracciones, sin garantizar que podrían llegar a ser funcionales”; ix). “(...) Del mismo modo, se presentan variaciones entre el presupuesto aprobado para la ejecución del contrato y la obra recibida en el Acta de Recibo Final, sin haber podido constatar los argumentos para ninguna de las condiciones”; x).

9. Entre otras cosas, se observa que, en el presupuesto contractual inicial, el capítulo de atracciones no discriminaba de manera independiente fabricación, transporte y montaje, sino que tenía una partida presupuestal total para las atracciones (que se supondría debía incluir todos los costos asociados a cada una), mientras que en el Presupuesto aprobado esta partida ascendió a \$ 3.502.000.000,00 en dos sub capítulos diferentes, significando esto que se presentó un aumento de \$ 1.215.240.091,28 equivalentes al 53,14% respecto al presupuesto inicial.

DESCRIPCIÓN	PRESUPUESTO INICIAL	PRESUPUESTO APROBADO	Variación del presupuesto respecto al presupuesto inicial del contrato
Atracciones Parque Acuático	\$2.286.759.908,72		
Fabricación Atracciones Parque Acuático		\$3.192.000.000,00	
Transporte, Montaje Y Puesta En Funcionamiento De Atracciones Parque Acuático		\$ 310.000.000,00	
Total	\$2.286.759.908,72	\$3.502.000.000,00	\$1.215.240.091,28
% sobre Presupuesto inicial	43,02%	65,88%	53,14%
% sobre Presupuesto aprobado	35,38%	54,18%	

xi). En el numeral 4.5. del “Componente Presupuesto”, tenemos:

4.5 Componente Presupuesto

En la fase de recopilación de información específica para el tema de presupuestos, se encontraron dificultades para identificar los presupuestos reales de cada etapa, pues hay múltiples documentos que refieren el presupuesto aprobado, general, definitivo, etc. cuyos valores difieren de los valores consignados en otros documentos contractuales. Por este motivo se buscaron como referencia cierta, solo aquellos que se encuentran debidamente suscritos y/o que pueden ser relacionados directamente con otros documentos que ilustran el proceso contractual, tales como el contrato, el otrosi para la adición, el acta parcial de obra No.1 y el Acta de Recibo Final. Se contó con algunos informes bien del contratista o de la interventoría, los cuales se tomaron como referencia, más no como prueba de la existencia o ejecución de las obras, toda vez que se considera obra ejecutada la que se encuentra físicamente en el lugar de ejecución del contrato.

Un elemento que no estaba explícito dentro de los productos de los diseños eran las especificaciones, que si bien deben estar consignadas en los planos, en múltiples ocasiones no son explícitas, de manera que este es un documento indispensable de respaldo para cualquier presupuesto, pues es el que permite garantizar que los Análisis de Precios Unitarios corresponden a la obra contratada, así como en la ejecución se constituyen en el referente para el control de calidad y el control presupuestal.

Es necesario registrar que dentro de la documentación revisada se tuvo acceso a unos Análisis de Precios Unitarios, que no cuentan con fecha ni firmas, por consiguiente, no hay trazabilidad del momento en que se presentaron, de que hayan sido revisados y sujetos a observaciones por parte de la interventoría ni mucho menos aprobados, pues no se encontraron Actas de comparación de precios entre los del contratista y los de la interventoría, actas de fijación y/o aprobación de precios unitarios no previstos, ni Actas de modificación de cantidades.

Del mismo modo el Análisis de AIU que refieren en la propuesta en realidad es un formato de registro de los porcentajes, más no constituye el análisis real de los costos de administración del proyecto con relación a los costos directos. Entre otras cosas se encontró que con el correr del contrato el AIU del presupuesto fue modificado sin que se cuente con un documento que aporte explicación alguna, o Acta que ilustrara la justificación de dicho cambio.

El análisis realizado se hizo poniendo en relación el Acta de Recibo Final con el presupuesto aprobado los cuales tienen el mismo AIU modificado, más este no corresponde al AIU de la propuesta que dio origen al Contrato de Obra.

La estimación de cifras se realiza basado en los precios del contrato y en los planos de diseño, considerando que hacen falta planos relevantes como los de las estructuras metálicas que soportan las atracciones, por lo cual no fue posible verificar las cantidades de diseño, no obstante es evidente que de las estructuras metálicas que están en pie, hacen falta elementos de los cuales no fue posible conocer las características esperadas en el diseño y por consiguiente no sería posible afirmar que son competentes para soportar las atracciones y su carga de servicio.

En cuanto a la valoración actualizada, escapa a las posibilidades de este concepto la determinación del costo en la actualidad de las obras para la terminación del proyecto, debido a los siguientes argumentos técnicos que se evidenciaron tras la elaboración del concepto:

- No existen Especificaciones Técnicas para todos los ítems del presupuesto de Diseño que permitan adelantar la solicitud de cotizaciones con parámetros claramente definidos para calcular la cantidad y características de los insumos, los equipos y la mano de obra necesaria para la elaboración de precios unitarios, que sean coherentes con la ejecución de las obras.
- Las normas y especificaciones utilizadas para los Estudios y Diseños del proyecto y vigentes para ese momento, son diferentes a las actuales, y serían de obligatorio cumplimiento para la ejecución de obras en cualquier momento.

x). “Se aprobó un valor adicional y por ende un anticipo adicional de lo cual no se encontró un documento que soportara las razones técnicas, financieras o jurídicas que hizo necesaria esta adición; más aún cuando no se tenían definidos los diseños necesarios y completos para la ejecución de las obras”; xi). En el capítulo “PRESUPUESTOS”, se advierte:

13.2 Presupuesto Contractual inicial

Partiendo del contrato al cual se hizo alusión en el capítulo Contractual, que indica un valor inicial del contrato por **\$6.670.097.080** cuyo detalle se refiere según un formato 10, del cual no se tiene conocimiento, más existe el formato 4 tomado de la propuesta según se ilustra el total en la siguiente figura y el cual se puede ver en su totalidad en el Anexo F1

(...)

El presupuesto inicial contempló 26 ítems considerados en su totalidad con unidad Global, que se convertirían posteriormente en subcapítulos, se entendería que estaban refiriendo el presupuesto total destinado para cada área específica, pero por ser un contrato que incluía el diseño, el presupuesto real solo se conocería después de la elaboración de los diseños, de hecho, la elaboración del presupuesto detallado era uno de los ítems de pago del contrato inicial, según se ilustra en la tabla a continuación:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UND.	CANTIDAD	V. TOTAL	PESO DEL CAPITULO
1	DISEÑO			\$ 442.437.451,48	6,32%
1,01	LEVANTAMIENTO TOPOGRÁFICO	GL	1,00	\$ 5.110.457,12	0,10%
1,02	ESTUDIO DE SUELOS	GL	1,00	\$ 14.322.165,21	0,27%
1,03	DISEÑO ARQUITECTÓNICO	GL	1,00	\$ 60.398.710,33	1,14%
1,04	DISEÑO DE LAS ATRACCIONES	GL	1,00	\$ 105.789.265,52	1,99%

(...)

Fuente: Elaboración propia a partir del Formato No.4 de Presupuesto de la propuesta

Respecto al presupuesto inicial lo único que se puede decir es que debía ser la referencia y contexto por tomar como límite del presupuesto contractual. Con un valor de **\$ 6.670.097.080 incluido IVA** del 16% sobre la utilidad del 3% y un AIU del 19,35397% cuyo detalle se encuentra en el mismo archivo del presupuesto - Anexo F1- de la propuesta refrendando que ese sería el porcentaje del AIU excepto con solo dos decimales.

13.3 Presupuesto de Diseños (General Total)

A partir de los Estudios y Diseños presentados, y como parte de los productos a entregar en la consultoría, se encontraba el Presupuesto del Proyecto. En consecuencia, aunque no hay fecha explícita en el presupuesto encontrado, descrito como presupuesto general, cabe suponer que a partir de este se habrían escogido las actividades para el presupuesto aprobado, más no hay certeza de lo anterior. Como quiera que el título de este presupuesto indica que corresponde al 100% del proyecto aprobado por la Curaduría, el EDUV y la interventoría, se toma como referencia del valor total del proyecto, siendo claro que este no constituye el alcance total del contrato.

El presupuesto general asciende a **\$18.963'265.093,75 incluido un AIU del 30%** (diferente al contractual de 19,35397%).

Lo expuesto anteriormente se evidencia en el Anexo F3

En ese orden, “(e)n la información revisada, se encontró un presupuesto que ésta referido como presupuesto aprobado del 20 de octubre de 2006, el cual se presenta según el cuadro presupuestal por un

valor de \$8.528'665.675,7, cifra que difiere del valor total del contrato incluyendo la adición de \$1.861'200.000, con la del contrato que llegó a \$8.531'297.080 (...) Como quiera que el presupuesto aprobado omita los costos administrativos y presente un AIU diferente, se parte del 'Presupuesto aprobado' para el análisis de las obras a revisar por parte del presente concepto técnico, presentado un análisis de los ítems más representativos que se tenían en ese presupuesto para concluir finalmente"; xii). Presupuesto ejecutado:

13.3 Presupuesto Ejecutado

Una vez definido el presupuesto aprobado continuaron ejecutando el contrato, y sin que se conozcan documentos de registro de aprobación de las variaciones como un Acta de Modificación de cantidades o similar, surgen un Acta de Recibo Parcial de Obra No.1 y al final del contrato un Acta de Recibo Final de obra, en el cual se excede el presupuesto aprobado para varios de los capítulos, además se incluyen cantidades para la construcción del Río Lento y otros ítems, que no estaban considerados en el presupuesto aprobado, compensando esos nuevos ítems a través de la disminución de cantidades en otras actividades que sí habían sido aprobadas. En cualquier escenario, las obras se encuentran incompletas, bien porque no se incluyeron en el presupuesto aprobado, bien porque se aprobaron y no se ejecutaron hasta el alcance definido, o porque se ejecutaron con deficiencias o tras el paso del tiempo se han deteriorado o simplemente no se encuentran físicamente en el lugar del proyecto.

Tal como lo han manifestado los diferentes especialistas que participan del presente concepto, las obras que en efecto pudieron ser verificadas en campo se encuentran incompletas. No obstante, se revisó en detalle partiendo de la documentación disponible, y se adelantó la revisión numérica de estos documentos, recalculándolos en los casos necesarios, así como se registraron las cantidades de los ítems que se pudieron verificar en campo a la luz de la exploración adelantada.

A continuación, se describen los documentos revisados relacionados con el presupuesto ejecutado.

(...)

Cabe aclarar que en los múltiples cuadros de presupuesto bien contractual, general, aprobado, ejecutado, parcial, etc..., no hay consistencia en la numeración de los capítulos, subcapítulos, ni ítems pues en algunos se refieren con letras en otros con números, que serían cosas de forma, pero así mismo en las cifras de fondo, se observan variaciones, tal como lo ilustra la tabla anterior, en la que se evidencia que los presupuestos de referencia tomados no correspondieron al valor del contrato.

En los valores parciales de los diferentes capítulos, se evidencian las amplias variaciones que se aprecian entre el Presupuesto aprobado mostrado en la primera columna y la obra recibida por la interventoría, comparativo dentro del cual resalta que el único capítulo que permaneció invariable fue el de las atracciones.

Dadas las diferencias en la numeración, fue necesario guiarse por el nombre de cada línea (aunque allí también hay inconsistencias como el hecho de que el capítulo del SISTEMA ALCANTARILLADO AGUAS RESIDUALES se encuentra repetido, si bien se puede entender que una de las líneas corresponde al Sistema de Alcantarillado de aguas lluvias, este tipo de errores generan confusiones que al final dejan a la interpretación y buen entender de quien revisa los documentos. Del mismo modo, los errores aritméticos y la falta de rigor en la verificación de las cifras del presupuesto contractual generaron que los cuadros presupuestales consultados presenten diferencias.

Adicional a los totales diferentes presentados en el mismo presupuesto aprobado, las actas parcial y el Acta de recibo final, la misma pre acta del acta de Recibo Final, donde el valor contratado difiere entre unas y otras, e incluso no tiene los mismos valores parciales aún en el informe presentado por el contratista con miras a la liquidación en el cual también se encuentran errores aritméticos al totalizar e inconsistencias en el registro de los valores parciales de los subcapítulos según se puede apreciar al comparar la figura siguiente con el Acta de Recibo final – ver Anexo F9

xii). Y aun cuando se indique: “Dado que no existe ninguna versión de presupuesto (cantidades x precios unitarios) que sume aritméticamente el mismo valor del contrato, se incluyó en la tabla anterior, una columna con los totales por capítulos del Presupuesto aprobado, que sería lo más cercano que se tiene a las condiciones contractuales, y es respecto a esa columna que se calcularon los porcentajes de ejecución del contrato,

encontrando una ejecución total de \$3.190'560.935.65 en obras que se estiman en un estado funcional, o que podrían hacerse funcionales, lo cual equivale al 49,36% del presupuesto aprobado. Sin embargo, si la misma cifra se relaciona con el valor del contrato en costo directo, (\$6.522'398.379,20) el porcentaje de ejecución sería del 48,92%"; de un lado, en el experticio se hizo alusión a obras que se estiman funcionales; y, de otro, muy importante, la Sociedad Colombiana de Ingenieros no adosó con el dictamen los medios de convicción en los que se fundó para arribar a varias conclusiones. Sobre el último punto y tras validar con el juzgado de conocimiento, solo obra un archivo de Excel en el que se relacionan los anexos, mas no es posible validar esa información.

8.- En definitiva, no existen elementos de juicio que ilustren a la Sala cuál era, en definitiva, la especificidad del objeto del contrato entre la Secretaría Ejecutiva del Convenio Andrés Bello y la Unión Temporal Horizonte, asunto que impide, como se anunció, descender al estudio de los demás presupuestos de la acción invocada, comoquiera que no es posible determinar el incumplimiento de la parte demandada.

En suma, se insiste, el éxito de las pretensiones requería que el interesado aportara los elementos de convicción mediante los cuales el operador judicial pueda apoyar de manera fundada su decisión, dada la especial disciplina en la cual gravita el objeto del litigio; para ello, téngase presente que **"toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso"** (art. 164; eiusdem).

8.1.- Con estribo en lo antes discurrido se refrendará lo decidido en primera instancia, mas por las razones expuestas en esta instancia.

9.- Finalmente, en aras de resolver el motivo de inconformidad de la aseguradora demandante en el libelo de mutua petición, el que se contrae a establecer el alcance del canon 1075 del Código de Comercio, según el cual:

"El asegurado o el beneficiario estarán obligados a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo hayan conocido o debido conocer. Este término podrá ampliarse, mas no reducirse por las partes.

El asegurador no podrá alegar el retardo o la omisión si, dentro del mismo plazo, interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro".

Al cariz de ese precepto, pronto se advierte que no hay lugar a revocar la decisión de la juez de primer grado, basicamente, porque la aseguradora en el año 2008 tuvo conocimiento de varios hechos acaecidos de cara a la ejecución del contrato 001 de 2005 -y con independencia de las resultas del trámite de la demandada principal-, comoquiera que se adosó comunicación adiada 2 de abril de 2008, que da cuenta que la entidad hizo seguimiento de esa convención, incluso, que da cuenta que su representante

asistió al comité calendado 22 de febrero de 2008, en el que se hizo alusión a una nueva reunión el 4 de marzo de esa misma anualidad, “con el fin definir (sic) la prórroga solicitada por el contratista, una vez se tuviera el informe técnico y financiero presentado por el contratista y la interventora (...)”.

Continuó:

Teniendo en cuenta que no se dio cumplimiento a lo concluido en el comité antes mencionado y que la SECAB no legalizó la prórroga del contrato que desde hace más de cinco (5) meses había sido solicitada y avalada por la Interventoría, no entendemos como se toma la determinación unilateral de suspender la ejecución de los trabajos objeto del contrato, los cuales según los informes tanto del contratista como del Interventor se encuentran en un porcentaje que supera el 80% de la ejecución contratada.

Sin embargo y con el mejor de los ánimos conciliatorios, sugerimos se realice una reunión con carácter urgente y la mayor brevedad posible con la participación del Contratante, del Contratista, del Interventor y la Aseguradora para que se tomen las determinaciones del caso, que favorezcan a todas las partes y principalmente a la ciudad de Villavicencio que al final, es la que se va a ver favorecida con la terminación de tan importante Proyecto o perjudicada si se suspenden los trabajos en el estado en que se encuentran.

Quedamos a la espera de su pronta y oportuna respuesta, con el fin de prestar la colaboración que este a nuestro alcance.

Cordialmente,

Documento suscrito por el Ing. Hugo Arbelaez Salazar Consultor Preventivo de Riesgos en Curso del Outsourcing Liberty Seguros S.A. con CC. Dr. Francisco Rodríguez García Administrador de Riesgos en curso Liberty Seguros S.A.

Mirese bien el cargo del profesional que rubricó la misiva, luego mal puede decir la aseguradora demandante -reconvención- que desconocía el “eventual” incumplimiento de la Unión Temporal, puesto que se trataba de terminar o suspender el proyecto. Finalmente, es menester señalar que ese documento no fue desconocido por la mencionada aseguradora.

De otro lado, es menester señalar que, dadas las resultas del trámite principal, no hay lugar a descender a análisis atinentes al alcance de la cobertura de la póliza No. 697971 que tomara la Unión Temporal Horizonte con Liberty Seguros S.A.

V. DECISIÓN

Por 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:

1.- CONFIRMAR la sentencia objeto de censura dictada el 25 de abril de 2022 por el Juzgado Cuarenta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, mas por las razones anotadas en esta instancia.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a los recurrentes.

3.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3º del artículo 366 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho a cargo de cada una de las partes recurrentes la suma de \$1.800.000.00. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA
Com ausência justificada

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
MAGISTRADA

Firmado Por:

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.,

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.,

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: **92694f16ae5928b6c0ab96d5ab9fc6ccdcecf507690d4cf90f30faae05c14835**

Documento generado en 08/09/2023 03:57:32 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
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	:	FIDELINA ESCOBAR MEJÍA
DEMANDADA	:	EL ARROZAL Y CIA. SCA
CLASE DE PROCESO	:	EJECUTIVO
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

Se ADMITE en el efecto suspensivo el recurso de apelación instaurado por la parte demandante contra la sentencia que profirió el 9 de agosto de 2023, el Juzgado 37 Civil del Circuito de la Ciudad , dentro del proceso de la referencia.

Una vez ejecutoriada esta providencia, la secretaría procederá a contabilizar el término de cinco (5) días que la apelante tiene para sustentar su recurso, pues en caso de no hacerlo, se le declarará desierto; del escrito de sustentación que presente se correrá traslado a la parte contraria en la forma y términos previstos por el artículo 12, en concordancia con el 9, de la Ley 2213 de 2022.

La sustentación, como su réplica, se remitirán al correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 de la Ley mencionada, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	Verbal
DEMANDANTE	Miguel Antonio Cuesta Monroy
DEMANDADO	Sociedad Cristo Lector Ltda.
RADICADO	110013103 042 2020 00176 04
INSTANCIA	Segunda - <i>apelación de auto</i> -
DECISIÓN	Revoca auto

Se decide el recurso de apelación formulado por la señora Yalile Cuesta Monroy -quien se presentó como hermana del fallecido demandante Miguel Cuesta Monroy- contra el auto dictado el 10 de febrero de 2023 por el Juzgado 42 Civil del Circuito, mediante el cual rechazó de plano una nulidad procesal presentada por aquella.

I. ANTECEDENTES

1. El *a quo* al encontrar reunidos los requisitos legales, admitió la demanda verbal incoada por Miguel Antonio Cuesta Monroy en contra de la sociedad Cristo Lector Ltda., siendo reformada con posterioridad, actuación aceptada en auto de 29 de abril de 2021. Fue así como la sociedad demandada, compareció al trámite allegando un memorial el 1º de junio de 2022, con el que solicitaba se decretara el desistimiento tácito, a lo cual se accedió en providencia del 14 de junio del mismo año.

Ante tal determinación la señora Yalile Cuesta Monroy, en la mencionada condición, informó sobre el fallecimiento de su hermano -el actor- desde el 12 de abril de 2021, por lo que petitionó la suspensión o

interrupción del proceso, frente a lo cual se pronunció el *a quo* en auto de 29 de julio de 2022 indicándole que “*mediante providencia del 14 de junio de 2022 se terminó el proceso por desistimiento tácito, por lo cual no es procedente su solicitud*”, decisión que fue objeto de los recursos de reposición y apelación, principal y subsidiario en su orden, siendo el primero despachado de manera desfavorable y el segundo negado por improcedente.

Fue así como el 5 de agosto de 2022 la misma señora Cuesta Monroy, actuando a través de apoderado, presentó incidente de nulidad invocando la causal contenida en el numeral 3° del artículo 133 del Código General del Proceso sobre la base de haberse adelantado el proceso luego de ocurrida una causal legal de interrupción o de suspensión del proceso, ello reiterando que el demandado había fallecido desde el 12 de abril de 2021, situación que había sido puesta en conocimiento del juzgado.

Mediante auto de 10 de febrero de 2023 el juzgado rechazó de plano la nulidad sobre el supuesto que al sostener que “*la persona interesada ejerció actuaciones concretas dentro de la presente actuación sin alegar la causal de nulidad prevista en el numeral 3° del artículo 133 del CGP, lo cual, a voces del artículo 136 Ibidem, ha generado el saneamiento del vicio alegado*”. Inconforme con tal decisión, se formularon los recursos de reposición y en subsidio de apelación, aludiendo a que, de un lado el auto que decretaba el desistimiento tácito no se encontraba ejecutoriado para el momento que compareció representando al demandante fallecido, por lo que el juzgado debió proceder conforme lo dispone el inciso primero del precepto 160 del estatuto procesal; y de otro, reseñó que frente al argumento de saneamiento de la nulidad se tiene que con remitido el 17 de junio de 2022 se pidió “*al informar el deceso de su consanguíneo expresamente solicitó: “anular la providencia del 14 de junio de 2022, que decide dar por terminado el asunto de la referencia*”, por lo que no puede entenderse que la incidentante se hubiese allanado al vicio que ahora se alega.

Negada la reposición sobre argumentos referidos a que *“contra el auto que termino el asunto no se interpuso ningún recurso, es pertinente poner de relieve que, aun si hipotéticamente se hubiese configurado causal nulitaba alguna en esta actuación, lo cierto es que, a voces del artículo 1361 adjetivo la misma, de haber cobrado entidad, ha sido saneada por cuanto se aprecia diversidad de actuaciones de la recurrente que convalidaron lo actuado conforme se aprecia en consecutivos No. 35 y 37 de la encuadernación principal”*, se concedió la alzada.

II. CONSIDERACIONES

1. De manera preliminar, debe ponerse de presente que las solicitudes presentadas por Yalile Cuesta Monroy, son susceptibles de ser estudiadas porque esta alude a calidad de hermana del fallecido demandante Miguel Cuesta Monroy, lo que se traduce en que esta se presentó como su sucesora procesal a términos del artículo 68 del Código General del Proceso que dispone: *“Fallecido un litigante o declarado ausente, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos o el correspondiente curador”*, para lo que adujo la pertinente prueba.

2. Superado lo anterior importa destacar que el argumento toral del juzgado de circuito para rechazar de plano la memorada solicitud de nulidad procesal se relaciona con el fenómeno del saneamiento del vicio anulatorio invocado, pues en sentir del señor juez de instancia la sucesora procesal *“ejerció actuaciones concretas dentro de la presente actuación sin alegar la causal de nulidad prevista en el numeral 3o del artículo 133 del CGP, lo cual, a voces del artículo 136 Ibidem, ha generado el saneamiento del vicio alegado”*.

Sin embargo, la situación no es como se reseña en el proveído recurrido, pues realmente lo que hizo la compareciente desde un principio fue poner de presente el fallecimiento de su hermano -el demandante- con la prueba del registro de defunción¹, procurando así que se remediara la

¹ Archivo 35ManifestaciónMuertedelDemandante. Subcarpeta 01Cuaderno01Principal. Carpeta PrimeraInstancia.

irregular situación procesal surtida, situación que advirtió en sus intervenciones posteriores.

De modo que, ella siempre actuó alegando un mismo hecho: el fallecimiento del demandante Miguel Antonio Cuesta Monroy, sin que el juez de conocimiento hubiera puesto la debida atención a ese suceso debidamente acreditado, no obstante que el precepto 160 del Código General del Proceso le reclama al juzgador que *“inmediatamente tenga conocimiento del hecho que origina la interrupción, ordenará notificar por aviso al cónyuge o compañero permanente, a los herederos, al albacea con tenencia de bienes, al curador de la herencia yacente o a la parte cuyo apoderado falleció o fue excluido o suspendido del ejercicio de la profesión, privado de la libertad o inhabilitado, según fuere el caso -se subraya-”* (inc. 1º), situación que soslayó por completo, tanto más si se tiene en cuenta que las decisiones emitidas sobre el particular siempre se orientaron a destacar que el proceso se encontraba terminado por auto de 14 de junio de 2022² -notificado por estado electrónico el día 16 siguiente-³, sin reparar que doña Yalile Cuesta Monroy, mediante memorial presentado al día posterior, esto es el 17 de junio, alegó el acaecimiento de la propia causal de interrupción del proceso, por lo que no resulta aceptable que se sostenga que el trámite estaba finiquitado pues ello no fue así, porque realmente esa decisión para tal data no cobraba ejecutoria.

III. CONCLUSIÓN

Las anteriores apreciaciones son suficientes para colegir que no se presentó el saneamiento de la memorada nulidad, por lo que inexorablemente debe revocarse el auto impugnado; en su lugar, el juzgado de primera instancia deberá estudiar de fondo la nulidad formulada, previo trámite legal.

Y no hay lugar a imponer condena en costas debido a la prosperidad del recurso.

² Archivo 34Auto Termina Proceso Art. 317 Un Año. Subcarpeta 01Cuaderno01Principal. Carpeta PrimeraInstancia.

³ Información verificable en el microsítio del Juzgado en el aparte de estados electrónicos.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Magistrado sustanciador de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, **REVOCA** el auto apelado dictado el 10 de febrero de 2023.

La Secretaría librese la comunicación que refiere el artículo 326 del Código General del Proceso informando sobre esta decisión; y devuelva la actuación en la debida oportunidad.



Notifíquese.

JAIME CHAVARRO MAHECHA
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C.

SALA CIVIL

Bogotá, D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

Radicación : 11001 31 03 043 2015 00090 01.

Clase : Ejecutivo.

Ejecutante : Alberto González Benavides.

Ejecutados : Luis Carlos González Ardila.

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutante, contra el auto de 1º de diciembre de 2022 a través del cual, el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, D.C., declaró la terminación del asunto en referencia por “*desistimiento tácito*”.

ANTECEDENTES

1. Tras considerar que el litigio estuvo inactivo durante un término superior a los dos (2) años, contados a partir de la última actuación, el juzgado *a quo* declaró su terminación con base en lo dispuesto en el artículo 317 del Código General del Proceso.¹

2. Inconforme, el extremo ejecutante indicó que dicha parálisis obedeció a la “*prohibición judicial*” que, desde el año 2017, decretó la Fiscalía Ochenta y Ocho Seccional de esta ciudad sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria 50C-618559; entidad sobre la cual -criticó- no avanzó en su investigación, motivo por el que no se había podido

¹ Cfr. Folio 126 Cd. Principal.

realizar el remate del dicho predio; en consecuencia, solicitó que se revocara la determinación cuestionada y se requiriera a ese ente investigador, para que levantara la aludida medida y se diera vía libre a la subasta echada de menos.²

3. Para desestimar la impugnación horizontal, la autoridad de primer grado puntualizó, que la última actuación relevante del proceso acaeció el 31 de enero de 2020, cuando puso en conocimiento de las partes la comunicación proveniente de la fiscalía mencionada; destacó, que, a pesar de tratarse de una ejecución distinta a la que reclama la efectividad para la garantía real, el interesado no solicitó otras cautelas, ni presentó ninguno otro tipo de impulso procesal, dentro del término referido, por lo que no se logró su interrupción, frente a la que, ni siquiera restándole la suspensión decretada en tiempos de pandemia, se podía estimar algo diferente. Así, mantuvo su decisión y concedió la alzada en estudio.³

CONSIDERACIONES

1. La providencia objeto de censura será confirmada en esta instancia por las razones que a continuación se exponen.

2. En cuanto al supuesto aquí estudiado, dispone el numeral 2° del artículo 317 del Código General del Proceso, que cuando un litigio “o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas, **permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes. [...] Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años**”. [Énfasis no original]

3. Cotejados uno a uno y en conjunto los documentos obrantes en el expediente, emerge evidente que, desde el 31 de enero de 2020, cuando se

² Cfr. Folios 127 y 128 Cd. Principal.

³ Cfr. Folios 131 a 134 Cd. Principal.

notificó por estado la última providencia emitida dentro del trámite examinado, hasta el 1° de diciembre de 2022 (2 años y 11 meses) cuando se emitió el auto cuestionado, la ejecución ordenada con base en el auto apremio estuvo inactiva sin que ninguna de las partes hubiese elevado peticiones que propiciaran su impulso efectivo; situación que claramente dio lugar al desistimiento tácito decretado, por la inactividad del proceso, durante el lapso antes señalado.

Lo anterior, permite concluir que no le asiste razón al extremo demandante, en tanto que no demostró la interrupción del plazo establecido para la declaratoria del desistimiento tácito de esta actuación, habida cuenta que, si bien, la prohibición mencionada -eventualmente- impedía el remate del bien inmueble mencionado, ello no era óbice para que, *vr. gr.* el interesado persiguiera otro tipo de bienes del deudor para efectivizar su acreencia, máxime si se toma en cuenta el tipo de proceso de que se trata o, en su defecto, solicitara e insistiera en el levantamiento de aquélla, ante la supuesta inactividad de la fiscalía en llevar a cabo la investigación que originó la anotación impositiva precitada.

4. Corolario de lo antedicho es que se confirmará la providencia objeto de alzada, sin lugar a condenar en costas por no aparecer causadas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., **CONFIRMA** el auto de fecha y procedencia conocidas. Sin condena en costas. En firme esta providencia, por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previas las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE⁴,

⁴ Expediente digital [11001310304320150009001](#)

Firmado Por:

Adriana Ayala Pulgarin

Magistrado

Sala 017 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: **d5c5808e0b0c4e93ef2479b60c43647403cfcffc03785614d125228576f1d8ed**

Documento generado en 08/09/2023 04:11:30 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., ocho de septiembre de dos mil veintitrés.

Radicado: 11001 31 03 047 2021 **00412** 01

Se admite, en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 15 de mayo de 2023 por el Juzgado 47 Civil del Circuito, dentro del proceso de impugnación de actas promovido por Ricardo Rivera Aragón contra Club Campestre Los Gansos.

Cabe advertir que, de conformidad con lo establecido en la Ley 2213 de 2022, la parte apelante cuenta con el término de cinco (5) días, a partir de la ejecutoria del admisorio, para sustentar los precisos reparos en los que fundamentó su recurso de apelación, y que si se presenta tal sustentación, la parte no apelante tiene cinco (5) días para la réplica. Además, téngase en cuenta que la no sustentación de la alzada en esta instancia impone declararla desierta según el artículo 12 de la referida normatividad.

NOTIFÍQUESE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 047 2021 00412 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

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

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,

conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **6388a5d633cdc6ee6ea75ec62f5256ae319240dd44c1a3f16d0f3cd7670ea76a**

Documento generado en 08/09/2023 03:02:19 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

Bogotá, D.C., ocho de septiembre de dos mil veintitrés.

Radicado: 11001 31 03 049 2020 00346 01 - Procedencia: Juzgado 49 Civil del Circuito.
Divisorio: Flor Alba Ramos León Vs. Martha Susana Pinzón y Otros.

Se resuelve la apelación subsidiaria que las demandadas María Teresa Ramos de Pinzón y Martha Susana Pinzón de Ramos interpusieron contra el auto de 22 de noviembre de 2022¹, por medio del cual se rechazó la solicitud de nulidad² que plantearon en el escrito de contestación de demanda.

Tal recurso se fundamentó en que: siempre se debe correr traslado de los anexos y la falta de ello conlleva nulidad conforme el numeral 8 del artículo 133 Cgp; que, pese a esa omisión, debía contestarse la demanda o se habría perdido la oportunidad procesal para ello; que la apertura del juzgado al público y la falta de petición sobre remisión de los anexos no tiene incidencia, pues las normas son claras en cuanto a la necesidad de dar traslado de los anexos de la demanda

CONSIDERACIONES

1. En materia de apelación de autos, como en el presente caso, la competencia del superior se encuentra limitada al temario planteado por el recurrente (art. 328 Cgp), pero que obviamente tenga pertinencia con la decisión cuestionada, de donde, como la segunda instancia no puede

¹ Alzada concedida el 10 de julio de 2023, repartida e ingresada al Despacho el 4 de agosto de 2023. Dicha providencia se apoyó en que no hay prueba que corrobore lo dicho por las demandadas, que ellas dieron contestación a la demanda por lo que no se les ha vulnerado derecho alguno, y que el despacho está abierto desde el 1° de septiembre de 2021 por lo que las partes pueden comparecer para revisar las actuaciones y tomar copias, y que no aparece petición sobre el no envío de los anexos.

² Como fundamentó de tal petición se refirió: “*La solicitud de esta declaración encuentra sustento normativo en el numeral 8 del artículo 133 del C.G.P. y recae sobre el acto de notificación personal de la demanda, toda vez que la misma se surtió sin que se diera el traslado comprendiendo los anexos de la demanda en los términos del artículo 292 del C.G.P., y/o el artículo 8 del Decreto 806 de 2020*”.

asumir un conocimiento panorámico, quedan fuera de debate y sin necesidad de respuesta aspectos que no se refieran con estrictez a lo dicho por el apelante y al objeto de la determinación impugnada.

En otras palabras, al Tribunal sólo le es permitido analizar el proveído objeto de alzada con base en lo aducido en el recurso de apelación, es decir, su labor se circunscribe al estudio de los motivos concretos de controversia planteados por la parte inconforme, siempre que tengan relación con la determinación atacada y los supuestos, argumentos o deducciones lógico-jurídicas que la fundamentaron.

2. Precisado lo anterior, y revisado en detalle el expediente de primera instancia, el Tribunal evidencia allí no obra archivo alguno que dé cuenta de haberse practicado, respecto de las demandadas María Teresa Ramos de Pinzón y Martha Susana Pinzón de Ramos, una notificación personal o por aviso bajo los presupuestos del Cgp (artículos 291 y 292) o en el artículo 8 del D.L. 806 de 2020 (aplicable al caso teniendo en cuenta la fecha en que la parte demandada acudió al proceso), de donde, como concluyó el juez *a quo* al resolver la reposición, se debe entender que el enteramiento de ellas se surtió por conducta concluyente al radicar poder y la contestación.

Por tanto, dichas personas tenían la posibilidad de solicitar a la Secretaría del Juzgado que le suministrara los anexos ahora echados de menos de conformidad con lo establecido en el inciso 2° del artículo 91 Cgp³, de donde la situación fáctica que soporta la petición de anulación (ausencia de traslado o remisión de anexos) resulta contraevidente.

³ “... Cuando la notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago se surta por conducta concluyente o por aviso, o mediante comisionado, el demandado podrá solicitar en la secretaría que se le suministre la reproducción de la demanda y de sus anexos dentro de los tres (3) días siguientes...”.

De igual manera, como en la petición de nulidad se menciona el artículo 292 Cgp, se advierte que en el caso en que se hubiere remitido aviso a las convocadas en mención para la práctica de la notificación de la demanda, aquellas también habrían tenido la posibilidad de pedir al Juzgado copia de la demanda y sus anexos según lo establecido en el citado canon 91.

En suma, por las particularidades y especificidades del *sub lite*, la circunstancia alegada en cuanto a la supuesta falta de remisión de anexos del escrito inicial, en manera alguna podría conllevar la nulidad de la actuación.

3. Con todo, pasando por alto lo expuesto en el punto anterior, de todas maneras se impondría la confirmación del auto apelado, había cuenta que las demandadas en mención ni siquiera acreditaron el supuesto de hecho en que fundamentaron su solicitud de nulidad, pues no aportaron elemento alguno del cual pudiera colegirse, o inferirse siquiera, que se les remitió aviso o comunicación de notificación personal bajo el artículo 292 Cgp o el artículo 8 del D.L. 806/20 sin la remisión de los anexos de la demanda.

Es de ver que aquellas no aportaron constancia de recepción del documento correspondiente o correo electrónico recibido, en los cuales eventualmente pudiera analizarse si la parte demandante les remitió o no los anexos de la demanda.

Así las cosas, y al margen de la discusión en punto a si la ausencia de remisión de anexos puede conllevar o no una nulidad por indebida notificación, lo afirmado por las demandas en el asunto no pasa de su mero dicho, pues ninguna prueba se aportó al respecto, de ahí que resulte inviable, solo por ello, ahondar en el estudio de la cuestión y acceder a su petición anulatoria.

Apelación auto 11001 31 03 049 2020 00346 01

4. Baste lo dicho para ratificar la decisión impugnada.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **CONFIRMA** el auto apelado, proferido por el 22 de noviembre de 2022 por el Juzgado 49 Civil Circuito de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE
El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 049 2020 00346 01

Firmado Por:

German Valenzuela Valbuena

Magistrado

Sala 019 Civil

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

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

Código de verificación: **1187a3bb76772635e87bcda2d516d069d196717ec20435e5397219c051905f15**

Documento generado en 08/09/2023 04:18:06 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., ocho (8) septiembre de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Proceso	Liquidación Judicial
Concurado	Empresa Agrícola Guacharacas S.A.S,
Motivo	Recusación

ASUNTO.

Se decide la recusación instaurada por el apoderado de la empresa en reorganización contra Claudia Patricia García Rocha, directora de Procesos en Liquidación I.

FUNDAMENTO DEL RECURSO.

El censor alegó que la directora del área de procesos de liquidación de la Superintendencia de Sociedades, Claudia Patricia García Rocha, se encuentra inmersa en la causal consagrada en el No. 9 del artículo 141 del CGP por grave enemistad con los campesinos dentro del presente proceso de reorganización por las siguientes razones: i) Falta de aplicación 41 de la Ley 160 de 1994 y art. 21 del Decreto 561 de 1989, al no haber citado a la Agencia Nacional de Tierras para que se hiciera parte del proceso, ii) No haberse resuelto la nulidad radicada desde el día 19 de julio de 2023.

CONSIDERACIONES

Como cuestión preliminar, se memora que la recusación es un acto exclusivo de quienes fungen como partes dentro de un proceso que se puede formular directamente en contra del juez con conocimiento de la causa propuesta y que, supuestamente, está incurso en alguna de las causales establecidas de forma taxativa por el legislador. Lo anterior, con la imperiosa necesidad de mantener

el equilibrio y objetividad en la actividad judicial desarrollada y eliminar cualquier asomo de parcialidad en el ejercicio de su función.

Valga la pena anotar que estas disposiciones no pueden deducirse por analogía, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, porque se trata de reglas de orden público.

Ahora bien, resolviendo el asunto de fondo, se advierte que el recusante pretende poner en tela de juicio la objetividad de la juzgadora señalando que las decisiones por ella adoptadas, dentro del trámite de liquidación judicial, evidencian que la dra. García Rocha alberga sentimiento de enemistad hacia el colectivo de campesino que conforma la empresa en liquidación porque, según considera, dicho modo de proceder constituye una vulneración al debido proceso. Sin embargo, dicha interpretación no se acopla con el escenario consagrado en el Numeral 9 del artículo 141 CGP, dado que la enemistad a la que dicha norma hace referencia no puede pregonarse de forma unilateral, de acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia esta noción, *“lleva implícita la idea de la reciprocidad, pues es un sentimiento que plantea una situación entre dos o más personas, como es la aversión o el odio, implicando que, por regla general, no pueda haber enemistad sin correspondencia, es decir, de un sólo individuo hacia otro que ignore tales desafectos que despierta o produce.”*¹

Debido a ello, caen de su propio peso las acusaciones incluidas en el escrito de recusación si se considera que *“no es factible el fenómeno de la enemistad unilateral, aun cuando es posible que exista diferencia, resquemor o antipatía frente a personas que por razón de las labores o de las relaciones cotidianas originan tales actitudes”, las que a veces son irrespetuosas y ajenas a un comportamiento decoroso, sin que, de todos modos, por indignas que puedan ser, merezcan ser calificadas como de enemistad.*² (Subrayado fuera del original)

Es relevante aclarar que en ningún momento el apoderado hace referencia a

¹ CSJ Sala de Casación Penal-Auto de 30 de mayo de 2006, radicado 25481.

² Ibidem.

situaciones que, al haber tenido lugar por fuera de las diligencias del subexamine, dieron origen a la supuesta enemistad entre la juzgadora y los integrantes de la empresa. Del mismo modo, tampoco logra demostrar la existencia de algún conflicto personal entre el apoderado y la funcionaria, que cree entre ellos un grado de hostilidad derivado de los hechos esbozados en el juicio con incidencia en los comportamientos propios del quehacer judicial, específicamente, adoptar decisiones con base en el criterio jurídico que maneja el juzgador asignado y que, evidentemente, no pueden ser catalogados, per se, como acto de enemistad porque de lo contrario se corre el peligro de comprometer la autonomía del juez, siendo evidente que la función jurisdiccional, aun cuando sea ejercida por autoridades administrativas, también se encuentra revestida por los principios de independencia, autonomía e imparcialidad³.

Así lo indicó la Corte Constitucional en sentencia C-1641 de 2000, decisión reiterada en la C-156 de 2013: *“La ley puede conferir atribuciones judiciales a las autoridades administrativas, pero siempre y cuando los funcionarios que ejercen concretamente esas competencias no sólo se encuentren previamente determinados en la ley sino que gocen de la independencia e imparcialidad propia de quien ejercita una función judicial”*.

A partir de lo anterior se infiere razonadamente, que la inconformidad con el rumbo que ha tomado el proceso de reorganización en comento, como consecuencia de las órdenes proferidas en uso de las facultades que le otorga la ley a la dra. García Rocha, no constituye el fundamento fáctico ni jurídico para atacar su falta de imparcialidad; por lo tanto, se declarará infundada la recusación, y se dispondrá la devolución del expediente al despacho de origen

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-

Sala Civil, se **RESUELVE:**

1.- Declarar infundada la recusación formulada por la Empresa Agrícola

³ artículos 116 y 228 de la Constitución Política

Guacharacas S.A.S.

2.- Devuélvase el expediente al Despacho de origen.

NOTIFÍQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RAD. 11001-3199-001-2021-91947-01

Para resolver la postulación de la prueba solicitada, la parte demandante indica que es necesario decretar el testimonio de Franklin Alberto Arroyo “ya que en primera instancia no fue escuchado su testimonio y por conocer de primera mano del tema objeto de la presente *litis*”. No obstante, en torno a esa aspiración no presenta justificación alguna -ni este despacho la encuentra- para entender que esa motivación encaja en alguna de las específicas causales del artículo 327 del Código General del Proceso, ya que la declaración que se pretende recaudar: (i) no fue exorada de común acuerdo entre los extremos; (ii) tampoco decretada en primera instancia y dejada de practicar -en sentido adverso, en auto del 19 de julio de 2023 se admitieron las solicitadas oportunamente y no se impugnó esa decisión-; (iii) no versa sobre hechos ocurridos después de la etapa demostrativa en primer grado; (iv) no es de ninguna manera un elemento de juicio que no pudo aducirse por fuera mayor, caso fortuito o por obra de la parte contraria; (v) ni con aquel se busca desvirtuar algún documento que no pudo ser incorporado en tiempo.

En ese orden, como lo que en realidad pretende la interesada es que se disponga la práctica de un medio probatorio que no fue solicitado en el plazo legal, anhelo que resulta improcedente porque además de que el decreto de pruebas quedó en firme -al no haberse siquiera recurrido-, el adelantamiento de los elementos de convicción en el rito de la alzada está sometido al cumplimiento de alguna de las taxativas hipótesis del evocado canon legal, las razones expresadas son suficientes para que el Tribunal **NIEGUE** la petición, con la advertencia que el escenario probatorio en segunda instancia, de suyo excepcional, no tiene como fin sanear los defectos en el ejercicio de las cargas demostrativas.

Notifíquese.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'HENEY VELÁSQUEZ ORTIZ', with a stylized, cursive script.

HENEY VELÁSQUEZ ORTIZ
Magistrada

[11001319900120219194701](#)

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

RAD. 11001-3199-002-2022-00178-01

Se decide lo pertinente frente a la solicitud de pruebas formulada por la parte demandante.

CONSIDERACIONES

1. La funcionaria de la Superintendencia de Sociedades declaró en sentencia que: i) Carlos Julio Fernández Jamette ostenta la calidad de representante legal del Grupo de los Seis S.A.S. desde el 20 de octubre de 2021; ii) en esa condición transgredió el deber de diligencia que le asiste conforme al artículo 23 de la Ley 222 de 1995, en tanto que se le impidió a la accionista Shaffia Mercedes Sánchez Alí ejercer el derecho de inspección de los libros y papeles de comercio que reposan en las instalaciones de la empresa el 28 de febrero, 1 y 6 de marzo de 2022; y, iii) la improcedencia de las demás pretensiones de la demanda.

2. En el plazo previsto en el artículo 327 del Código General del Proceso, el extremo actor pidió que se decretara un dictamen contable para la “acreditación de los perjuicios generados a Grupo de los Seis S.A.S. como consecuencia de los acuerdos celebrados con los socios deudores, en virtud de la ampliación de las facultades del representante legal”, también que se allegara decisión con la que presuntamente se le ordenó a Carlos Julio Fernández Jamette “abstenerse de continuar incurriendo en cualquier acto que perjudique, limite u obstaculice los derechos” de esa compañía, indicando que esos elementos de convicción a su parecer, encajan en la hipótesis prevista en el numeral 3° del citado precepto, en la medida en que versan “sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos”.

3. Para resolver la postulación conviene verificar el hecho objetivo de que los medios probatorios tuvieran relación con circunstancias posteriores al finiquito de esa etapa y, a que por ello no se hubieren podido hacer valer antes. Empero, del análisis de la actuación se advierte que a pesar de que la solicitud se vale de la regulación prevista en el estatuto adjetivo, lo que el apoderado en realidad pretende es insistir en la incorporación de un informe pericial que fue negado en instancia anterior¹ y de una decisión proferida en trámite similar, en la presuntamente la Superintendencia de Sociedades le ordena a Carlos Fernández que se abstenga de continuar incurriendo en cualquier acto que perjudique, limite u obstaculice los derechos del Grupo de los Seis S.A.S. que no fue aportada; razones que la Sala estima suficientes para denegar las peticiones estudiadas.

3.1. En lo concerniente a la viabilidad del peritaje contable y financiero debe decirse que, como la realidad de la controversia es que por los defectos en la convocatoria y *quorum* se declare la ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas del Grupo de los Seis S.A.S. en la reunión del 7 de abril de 2022, a que evidenciadas esas inconsistencias, se le ordene tanto a ésta como a las otras sociedades demandadas, abstenerse de dar efectos a las decisiones cuestionadas y, a que de demostrarse que Carlos Julio Fernández Jamette faltó a su deber de diligencia como representante legal de la compañía, se condene a una reparación a título de daños extrapatrimoniales a favor de Shaffia Mercedes Sánchez; ciertamente en el plenario obra suficiente material suatorio para comprobar si los acuerdos que se suscribieron en esa oportunidad fueron indebidamente celebrados y, si por ello, se ha ocasionado un grave detrimento económico tanto a la empresa como a la interesada, sin que sea dable desgajar que los contratos de transacción que reposan en el expediente no tienen aptitud de demostrar el daño que reclama la actora por esta vía, especialmente cuando de su estudio se pueden extraer los montos a los que ascendieron esos negocios y, por tanto, la severidad de la afectación que se cuestiona.

Amén de que como se expuso por la juzgadora de primer grado, para definir el conflicto también se tienen los interrogatorios de parte evacuados, el acta de la reunión del 7 de abril del 2022, las convocatorias que resultan relevantes para efectos de definir la controversia, los estatutos que se refieren a la ineficacia de decisiones sociales, el mandamiento de pago librado respecto de Iprimes S.A.S. y

¹ Minuto 1:33:50 - 1:53:50 / 129Audiencia2023-01-543855.mp4

Escapology Incubadora de Ideas S.A.S. y, los autos de terminación de esos procesos.

3.2. Sobre el asunto impulsado por Shaffia Mercedes Sánchez Alí y Diego Correa Uribe, igualmente contra Grupo de los Seis S.A.S., Escapology Incubadora de Ideas S.A.S., Iprimes S.A.S., GX S.A.S., JCA Reps S.A.S. y Carlos Julio Fernández Jamette, únicamente se allegó auto en el que se fijó caución por la suma de \$1.000.000 para que la prestaran los demandantes bajo cualquiera de las modalidades previstas en la ley para el efecto, proveído que no denota una circunstancia con aptitud de influenciar el examen que aquí se hará y, que por el contrario, muestra que no es útil para lo que le atañe revisar a esta Corporación, en la medida en que esa gestión se dirige a una situación diferente, esto es, a que se determine si:

“i) en la reunión extraordinaria de segunda convocatoria del máximo órgano de Grupo de los Seis S.A.S. celebrada el 19 de enero de 2023 se aprobó una acción social de responsabilidad en contra del representante legal, Carlos Julio Fernández Jamette; ii) como consecuencia de lo anterior, dicho sujeto fue removido del cargo de representante legal de Grupo de los Seis S.A.S. por ministerio de la ley; iii) como consecuencia de lo anterior, el señor Fernández Jamette no puede actuar como representante legal principal o suplente de esa sociedad; iv) de conformidad con lo establecido en el artículo 20 de los estatutos de esa sociedad, el señor Fernández Jamette presidió la mencionada reunión asamblearia al tener la calidad de representante legal de la sociedad; v) el señor Fernández Jamette, en su calidad de representante legal de Grupo de los Seis S.A.S. y, por tanto, de presidente de la referida sesión, incurrió en un conflicto de interés en aquella oportunidad, al impedir la inclusión de un punto nuevo en el orden del día consistente en la propuesta de iniciar una acción social de responsabilidad en su contra y al ordenar, en ese momento, un receso sin la deliberación y aprobación del máximo órgano social, vi) como consecuencia de lo anterior, debe ordenarse a dicho sujeto abstenerse de actuar por sí, o por interpuesta persona, en cualquier asunto relacionado con la aprobación o la potencial aprobación de acciones sociales de responsabilidad en su contra, vii) el señor Fernández Jamette, como presidente de la aludida reunión — debido a su condición de representante legal principal—, violó los artículos 23 y 68 de la Ley 222 de 1995 y 430 del Código de Comercio, al exigir una mayoría calificada para incluir un punto nuevo en el orden del día de la reunión asamblearia del 19 de enero de 2023, al ordenar un receso sin la deliberación y aprobación del máximo órgano social y al proceder en una situación que constituye conflicto de interés, viii) como consecuencia de lo anterior, hay lugar a declarar la nulidad de las decisiones consistentes en negar la inclusión de un punto nuevo en el orden del día en la mencionada sesión, por violar los artículos 23 y 68 de la Ley 222 de 1995 y en ordenar un receso sin la deliberación y aprobación del máximo órgano en la precitada reunión, por violar los artículos 430 del Código de Comercio y 23 de la Ley 222 de 1995, ix) acaecieron los presupuestos que dan lugar a la sanción de ineficacia de las decisiones adoptadas en reunión asamblearia del 28 de febrero de 2023 por indebida convocatoria y, subsidiariamente, x) hay lugar a declarar la nulidad de la decisión adoptada en la sesión asamblearia del 28 de febrero de 2023, consistente en ratificar al señor Fernández Jamette como representante legal de la sociedad, por ser contraria a lo dispuesto en los artículos 25 y 232 de la Ley 222 de 1995.

4. Así las cosas, como no puede perderse de vista que con la misma solidez del trámite de primera instancia, los medios de convicción en segunda deben satisfacer los presupuestos generales de pertinencia, conducencia, conveniencia y adecuación al tema debatido, análisis que debe ejecutarse con apego a los reparos frente a la decisión atacada y, del que no se vislumbra la utilidad de los elementos de juicio requeridos; la Sala Unitaria del Tribunal Superior de Bogotá **NIEGA** las pruebas peticionadas por la convocante y, por virtud de la solicitud que se hizo en oportunidad, admite en el efecto suspensivo la apelación adhesiva formulada por los demás demandados contra la sentencia proferida por la Superintendencia de Sociedades.

Por secretaría, contabilícense los términos de que trata el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022. Adviértase a las partes lo dispuesto en el párrafo del precepto 9° de esta misma Ley y dispóngase que regresen las diligencias al despacho en oportunidad.

Notifíquese.



HENEY VELÁSQUEZ ORTIZ

Magistrada

[11001319900220220017801](https://www.cjec.gov.co/portal/seguridad-judicial/11001319900220220017801)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE	:	ESCAPOLOGY INCUBADORA DE IDEAS S.A.S.
DEMANDADO	:	GRUPO DE LOS SEIS S.A.S.
COADYUVANTE	:	SHAFFIA MERCEDES SÁNCHEZ ALI
CLASE DE PROCESO	:	IMPUGNACIÓN ACTAS DE ASAMBLEA
MOTIVO DE ALZADA	:	APELACIÓN SENTENCIA

Se ADMITE en el efecto suspensivo el recurso de apelación instaurado por la parte demandante contra la sentencia que profirió el 17 de agosto de 2023, la Superintendencia de Sociedades, dentro del proceso de la referencia.

Una vez ejecutoriada esta providencia, la secretaría procederá a contabilizar el término de cinco (5) días que la apelante tiene para sustentar su recurso, pues en caso de no hacerlo, se le declarará desierto; del escrito de sustentación que presente se correrá traslado a la parte contraria en la forma y términos previstos por el artículo 12, en concordancia con el 9, de la Ley 2213 de 2022.

La sustentación, como su réplica, se remitirán al correo electrónico secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co. Cada parte, si es del caso, acreditará el envío del escrito a su contraparte para los efectos del artículo 3 y el parágrafo del artículo 9 de la Ley mencionada, lo cual deberá ser tenido en cuenta por la Secretaría.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

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

Bogotá, D. C., ocho de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 11001 31 99 005 2020 40261 01 - Procedencia: Dirección Nacional de Derecho de Autor -DNDA
Proceso: Verbal, Egeda Colombia Vs. Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada 7
Asunto: Apelación Sentencia
Aprobación: Salas virtuales (23/08, 6/09-2023). Salas 29 y 31.
Decisión: **Revoca parcialmente**

Se resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 11 de agosto de 2022.

ANTECEDENTES

1. Egeda Colombia demandó a la Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, con el propósito de que se declarara: que en el establecimiento hotelero Cia Hotelera Cartagena Plaza, de propiedad de esa cadena, se comunicaron públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores que representa “*entre el 1° de diciembre de 2010 hasta el momento de terminación del proceso*”; que la demandada no cuenta con autorización previa y expresa para ello; que aquella vulneró los derechos patrimoniales de autor de comunicación pública; y que es civilmente responsable por el incumplimiento del deber legal que causa infracción de derechos de propiedad intelectual.- Y en consecuencia, pidió que se condenara a la convocada al pago de los perjuicios ocasionados conforme las tarifas e indexación allí relacionadas, y a abstenerse de realizar tal conducta hasta tanto no obtenga la licencia respectiva

2. Las pretensiones así resumidas se sustentaron en los siguientes hechos:

a. Que la actora representa a los productores audiovisuales nacionales e internacionales, gestiona en su nombre y representación el derecho de autorizar la comunicación pública de sus obras audiovisuales, y otorga a los propietarios y responsables de establecimientos abiertos al público la licencia previa y expresa “*que la ley exige para realizar la comunicación pública de las obras audiovisuales de su repertorio*”.

b. Las anteriores facultades se basan en lo dispuesto en la Decisión Andina 351 de 1993, el artículo 2.6.1.2.9. del Decreto 1066 de 2015, la Circular N° 165 de 30 de diciembre de 2009, el canon 13 de la ley 44 de 1993, por tanto, se encuentra acreditada su representación jurídica respecto de los titulares de derechos de las obras audiovisuales cuya infracción se reclama.

c. La comunicación de obras audiovisuales se lleva a cabo al ubicar televisores a la vista del público en las zonas comunes y en las habitaciones, situación que conlleva al pago de unas tarifas, cobros establecidos de acuerdo con los parámetros y requisitos exigidos en la ley, concretamente los artículos 57 de la ley 44 de 1993, 88 de la Decisión Andina 351 de 1993, y 2.6.1.2.7. del Decreto 1066 de 2015, entre otros.

d. La demandada cuenta con 311 habitaciones y 155 sillas en dependencias comunes y presta sus servicios al público desde el 1° de diciembre de 2010, fecha desde la cual, sin autorización, ha comunicado de forma pública obras audiovisuales que forman parte de su catálogo de representación, a través de sus televisores ubicados en las zonas comunes y las habitaciones, lo que vulnera los derechos patrimoniales de autor de los productores audiovisuales a los que representa.

e. Esa circunstancia se verificó al realizar inspección judicial en el establecimiento, donde se observó que los televisores contaban con una suscripción de operador de televisión para realizar la comunicación pública de obras audiovisuales “*que forman parte de la parrilla de programación del operador DIRECTV*”.

3. Surtida la notificación correspondiente, la demandada se pronunció frente a cada los hechos de la demanda, se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó: “*improcedencia de las pretensiones por ser contrarias a normatividad legal expresa y vigente – aplicación del principio de legalidad*”, “*errónea, subjetiva, parcializada y malintencionada interpretación de la sentencia c-282 de 1997 sobre la comunicación de obras audiovisuales dentro de las habitaciones hoteleras alquiladas con fines de alojamiento*”, “*por disposición normativa vigente en Colombia el simple suministro de instalaciones físicas para facilitar la realización de una comunicación no representa comunicación pública de las obras (principio de legalidad)*”, “*en el establecimiento hotelero... no se comunican públicamente obras audiovisuales*”, “*cobro de lo no debido*”, “*falta absoluta de pruebas respecto a las pretensiones demandatorias –soporte argumentativo en una prueba de inspección judicial inexistente*”, “*legalidad de la actuación de la sociedad demandada*” y “*precedente judicial*”. Además, objetó el juramento estimatorio.

En síntesis, alegó: que la demandante no demostró “*si los huéspedes de la instalación hotelera utilizaron o no, desde el año 2010 a la fecha, los aparatos receptores de señal de la televisión dentro de las habitaciones, esto es, si siquiera los encendieron y si lo hicieron*”; que si el huésped dentro de la habitación que alquiló decidió encender el televisor solo para su entretenimiento, “*tal hecho por conllevar exclusivamente el particular esparcimiento del huésped, NO CONSTITUYE DE MANERA*

ALGUNA COMUNICACIÓN PÚBLICA DE OBRAS AUDISUALES y *por ende, no genera pago de derecho alguno por tal concepto*” (para lo cual citó los artículos 15 y 28 C.Pol., 83 de la ley 300 de 1996, 44 de la ley 23 de 1982, 1° del decreto 1318 de 1996, 3° y 21 de la Decisión Andina 351 de 1993, ratificado por la sentencia C-282 de 1997 de la Corte Constitucional); y que corresponde a los operadores de cable asumir la totalidad de los costos de la transmisión de los contenidos que ponen a disposición de los usuarios.

En esa senda, adujo que dicha sentencia estableció de forma clara que si el huésped enciende voluntariamente el televisor para su entretenimiento, esta conducta no constituye una comunicación pública de obras, máxime si la autorización para ello se otorgó al operador de tv y *“cada uno de los canales que hacen parte de su programación”*; que no se demostró que quienes habían ocupado las habitaciones del hotel hicieron uso de las obras audiovisuales y cinematográficas de los productores representados por la actora; y que *“tal comunicación es efectuada directa, única y exclusivamente por TELMEX ..., hacía el huésped como persona natural individualmente considerada destinataria del servicio contratado”*.

Además, indicó que las condiciones del contrato de prestación de servicios integrados de tecnologías de la información y las comunicaciones N° CG_CPST-33485-18 de 13 de julio de 2018, suscrito con Telmex para el servicio empresarial de 32 televisores, no fueron ampliadas por el uso de los clientes en sus recámaras con fines privados y de esparcimiento, como destinatarios del servicio final, y por tanto, al encontrarse pagos los costos de la transmisión y al no alcanzar un público nuevo en las habitaciones del hotel, *“no se está realizando un nuevo acto de comunicación pública de dicho contenido”* que requiera autorización; que no se cobró a los clientes una tarifa superior por el hospedaje en una habitación con el servicio de televisión satelital, pues ésta hace parte de

las atenciones brindadas a sus usuarios, y tampoco se percibió ganancia ocasional por su uso; y que existe suficiente precedente horizontal y vertical dictado en casos similares al que acá se analiza, en el cual se ha negado lo pretendido por la demandante.

Y respecto al juramento estimatorio, dijo que la condena reclamada por \$25.015.615 por comunicación pública de obras audiovisuales en sitios abiertos al público en el hotel no es procedente, porque no tienen aparatos receptores de señal de televisores en áreas comunes, que es inexacta la cuantía por la comunicación de las obras en las habitaciones, por cuanto no se acompañó copia de la acreditación del hotel por estrellas expedidas por el ente certificador, y no se tuvo en cuenta las noches que las habitaciones no han sido alquiladas

4. Concluida la etapa probatoria, ambas partes alegaron de conclusión.

LA SENTENCIA APELADA¹

¹ Parte resolutive: **PRIMERO: Declarar** que en las zonas comunes del establecimiento hotelero denominado CIA Hotelera Cartagena Plaza, de propiedad de la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, identificada con el NIT 800.116.562-9, no se comunicaron al público obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por EGEDA COLOMBIA, dentro del periodo correspondido entre el 1 de diciembre de 2010 hasta la fecha de este fallo, y, en consecuencia, acoger la excepción de mérito denominada “Cobro de lo no debido por presunta comunicación pública de obras audiovisuales en zonas de acceso al público en general”. **SEGUNDO: Negar** las demás excepciones de mérito propuestas por el demandado. **TERCERO: Declarar** que en las habitaciones del establecimiento hotelero denominado CIA Hotelera Cartagena Plaza, de propiedad de la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, ya identificada, se han comunicado públicamente obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por EGEDA COLOMBIA, sin la correspondiente autorización previa y expresa, desde el 1 de diciembre de 2010 hasta la fecha de este fallo. **CUARTO: Declarar** que la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, ya identificada, infringió el derecho patrimonial de comunicación pública de los productores audiovisuales representados por EGEDA COLOMBIA, al comunicar al público dentro de las habitaciones de su establecimiento hotelero denominado CIA Hotelera Cartagena Plaza obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por la demandante, sin la correspondiente autorización previa y expresa, desde el 1 de diciembre de 2010 hasta la fecha de este fallo. **QUINTO: Declarar** que la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada es civilmente responsable de los daños causados a los productores de obras audiovisuales representados por EGEDA COLOMBIA. SENTENCIA Página 26 de 26 V:\41-Procesos-Asuntos-Jurisdiccionales-Derecho-de-Autor-y-Derechos-Conexos\Egeda_vs_Compañía_Hotelera_Cartagena_Plaza_Rad._1-2020-140261\SE, CCORREDOR, Arodriguez, Lcalderon, 11 de agosto de 2022, 140261, VF.docx **SEXTO: Condenar** a la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, identificada con el NIT 800.116.562-9, a pagarle a EGEDA COLOMBIA, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo la suma indexada de CIENTO TREINTA Y NUEVE MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL CIENTO DOCE PESOS M/CTE. (\$139'734.112), por concepto de lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre diciembre de 2010 y noviembre de 2020. **SÉPTIMO: Condenar** a la demandada a pagar a favor de la demandante dentro de los dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo la suma de CUARENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS M/CTE. (\$44'306.367), por concepto de lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2020 y hasta el pronunciamiento de este fallo. **OCTAVO: Ordenar** a la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, ya identificada, abstenerse de utilizar o explotar las obras del repertorio de EGEDA COLOMBIA, sin la correspondiente autorización previa y expresa

La autoridad de primera instancia acogió la excepción “cobro de lo no debido por presunta comunicación pública de obras audiovisuales en zonas de acceso al público en general”, puesto que en las zonas comunes del establecimiento hotelero no existió comunicación de obras audiovisuales, y negó las demás excepciones de mérito.

Declaró que en las habitaciones del hotel se comunicaron públicamente, sin la autorización previa y expresa, obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por la demandante, ello desde el 1º de diciembre de 2010 hasta la fecha del fallo; que la demandada infringió el derecho patrimonial de comunicación pública, y por tanto, es responsable civilmente por los daños causados. Así, condenó a la convocada a pagar \$139.734.112 por concepto de lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes en el periodo diciembre 2010 – noviembre 2020, y \$44.306.367 “por concepto del lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al período comprendido entre el 1º de diciembre de 2020 y hasta el pronunciamiento del este fallo”.- Además, ordenó a la compañía abstenerse de utilizar las obras sin la autorización previa y expresa.

Como fundamento, señaló:

i. que la demandante sí tenía legitimación para iniciar esta actuación, pues aunque en sus alegatos de conclusión señaló que en fallo de 26 de mayo de 2021 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá “reevaluó la legitimación presunta y, por lo que tanto, está ya no opera”, en ese pronunciamiento se incurrió en una imprecisión al considerar que la legitimación la debía probar la actora, toda vez que la Decisión Andina

por parte de dicha sociedad de gestión colectiva. **NOVENO: Condenar** en costas a la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, identificada con el NIT 800.116.562-9. **DÉCIMO: Fijar** agencias en derecho en favor de EGEDA COLOMBIA por el valor SIETE MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS DIECINUEVE PESOS M/CTE (\$7'361.619).

351 y el Decreto 1066 de 2015 establecen una presunción de legitimación en favor de las sociedades de gestión colectiva, por lo que es el demandado quien debe aportar las pruebas para desvirtuarla, situación que acá no ocurrió, máxime que Egeda allegó los documentos para demostrar su legitimación.

ii. que de acuerdo con los medios probatorios obrantes en el proceso, la demandada comunicó al público obras audiovisuales por medio de los televisores ubicados en sus habitaciones sin contar con licencia previa y expresa, por lo que se configuró una infracción,

iii. que los reparos de la demandada en relación con la interpretación de la sentencia C-282 de 1997 no resultan procedentes, comoquiera que solo basta con que la persona que ocupa la habitación tuviera posibilidad de acceder a la obra, y que no es viable la aplicación del Decreto 1318 de 1996 por ser contraria a la Constitución.

iv. que las sentencias proferidas por los juzgados civiles del circuito, que se citaron en la contestación, no son de obligatorio seguimiento al ser un precedente horizontal, y respecto de los fallos del Tribunal y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia *“no se articulan en la misma línea con la tesis mayoritaria existente sobre la materia objeto de este proceso, sino que son fallos con una postura aislada que no constituye la forma más probable de decidir”*.

v. que conforme la declaración concertada sobre el artículo 8 del Tratado de la OMPI, adoptada por la Conferencia Diplomática del 20 de diciembre de 1996, se establece que cuando en un hotel se instalan aparatos de televisión para recibir emisiones de radiodifusión en las habitaciones, realiza actos de comunicación al público, situación que

ocurrió en este caso y por la cual era evidente que la demandada había causado unos daños materiales

Y para los efectos de las condenas impuestas, calculó el lucro cesante de acuerdo con el literal c) del aparte 2 del capítulo II del Reglamento de Tarifas Generales cobradas por Egeda Colombia, respecto a la tarifa para establecimientos hoteleros de 3 o menos estrellas, e hizo la operación con el dato de “*noches no vendidas*”, para obtener el porcentaje de ocupación del hotel en cada año desde el 2010 al 2020. Y para el cálculo de los años 2021 y 2022 tomó el porcentaje total de disponibilidad del hotel, pues – dijo- no había prueba que permitiera determinar la ocupación en esas anualidades.

LA APELACIÓN

La demandada sostuvo: que se le vulneran sus derechos al debido proceso, acceso a la administración de justicia, y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, pues la DNDA se negó a aplicar el precedente de la Sala Civil de este Tribunal (mayo de 2021), en el que se señalaron los requisitos que habilitan a las entidades de gestión colectiva para efectuar el cobro de los derechos a nombre de sus representados, y los que acá no fueron cumplidos; que permitirle al *a quo* inaplicar tal providencia de sus superiores funcionales, con el argumento de que por incurrir estos en imprecisiones en sus sentencias, significa un “*grave atentado contra la seguridad e institucionalidad jurídica*”.

Que no se tuvo en cuenta que en la sentencia C-282 de 1997, que declaró exequible el artículo 83 de la ley 300 de 1996, se precisó que cuando un establecimiento hotelero entrega una habitación a un huésped para su simple alojamiento, ésta se constituye su domicilio privado; que, por tanto, si decide encender el televisor y sincronizarlo para su

esparcimiento particular, este hecho no constituye una comunicación de obras audiovisuales, máxime si la explotación de los derechos que hace el huésped para sí como destinatario único del servicio, está comprendida en el negocio celebrado entre el operador de cable y los canales que hacen parte de su programación; que esa interpretación fue acogida en la sentencia de tutela, fallo confirmado el 24 de enero de 2019 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Que erró el *a quo* al no aplicar lo establecido en el artículo 1º del Decreto 1318 de 1996 y el artículo 8º del tratado Ompi aprobado por el Gobierno Nacional en Decreto 1474 de 2002, a pesar de la claridad en cuanto a que la comunicación en habitaciones de hotel, que se asemejan al domicilio privado, son libres, y que la mera puesta a disposición de los aparatos de tv en las habitaciones de los hoteles no constituye un acto de comunicación pública.

Que no era procedente imponer la condena en la forma en que se hizo, pues en el marco de la actuación por objeción al juramento estimatorio la parte demandante no aportó ni solicitó pruebas que sirvieran para sustentar su pretensión económica, y además, no le era dado al funcionario judicial, como lo hizo, acometer esa carga probatoria y determinar los perjuicios y monto económico.

Que no hay prueba que dé cuenta de que dentro de los canales de televisión con los que contaba el hotel antes de julio de 2018 estuvieran caracol televisión, rcn televisión, teleantioquia, citytv, canal capital, telecaribe, canal uno, tv Colombia, rcn telenovelas, novelas caracol, canal de las estrellas, Tve, tl novelas, Telemundo, azteca 13 y pasiones, y por lo tanto *“mal puede el a quo retrotraer los efectos del dictamen pericial arrimado al expediente, para hacerlos extensivos a partir de 2010”*; que no se demostró que el hotel estuvo habitado en el 2021, pues esa

industria fue la más afectada por la pandemia del coronavirus, y tampoco se estableció el porcentaje de ocupación del año 2022; y que el servicio de televisión satelital en las instalaciones del hotel era prestado directamente por los cable operadores Claro y Directv a los huéspedes, sin que el hotel tuviera injerencia en la prestación del mismo, por lo que debía aplicarse la prescripción de tres (3) años y no de diez (10) por constituir actos de terceros.

2. El extremo demandante ejerció su derecho a la réplica, expresando las razones por las cuales, en su sentir, no hay lugar a acceder a los reproches de la apelación.

CONSIDERACIONES

1. En resumen, los argumentos de la apelación interpuesta se circunscriben a: *i)* falta de legitimación y capacidad de representación de Egeda en el presente proceso, y en línea con ello, aplicación al caso de la sentencia emitida en este Tribunal el 26 de mayo de 2021; *ii)* errónea interpretación de la Sentencia C-282 de 1997, y de lo allí dispuesto en cuanto a la autorización y cobro por comunicación pública de obras en habitaciones de hoteles; *iii)* aplicación de los artículo 1° del Decreto 1318 de 1996 y 83 de la Ley 300 de 1996, según los cuales –se afirma– el cobro y autorización no tiene lugar en el domicilio privado de una persona, y las habitaciones de un hotel se asemejan a este lugar; *iv)* haber asumido el *a quo* una carga probatoria que correspondía a Egeda, y error e inexistencia de soporte al calcular los montos de perjuicios y condena de 2010 a 2020, máxime que en el expediente solo hay contratos desde el 2018 y no existe prueba de los canales con los que el hotel contaba antes de esa fecha; *v)* yerros e incursión en inconsistencias en lo decidido y liquidado respecto de los años 2021 y 2022, pues no se demostró el

porcentaje de ocupación del establecimiento para esos años, ni se tuvieron en cuenta los efectos ocasionados por la pandemia en la industria hotelera; y *vi*) que el servicio de televisión lo prestaban cable operadores, por lo que el término de prescripción a contabilizarse era de tres (3) años y no diez (10), por tratarse de hecho de un tercero responsable, conforme el artículo 2358 C.Civil.

2. Definido lo anterior, la Sala procederá únicamente a pronunciarse sobre cada uno de los puntos anteriores, sin que sea necesario efectuar un análisis temático, legal y jurisprudencial previo y general acerca de los derechos de propiedad intelectual dada la claridad de los puntos en debate en este grado jurisdiccional.

2.1. En cuanto a la aducida ausencia de capacidad de Egeda en la representación y cobro de los derechos reclamados en el presente proceso, y específicamente la aplicación del fallo emitido el 26 de mayo de 2021 en el proceso 11001 31 03 019 2017 00381 01, se advierte que con posterioridad a tal sentencia, esta misma Sala ha dictado otras providencias en las que se avaló la legitimación de esa sociedad de gestión colectiva para la promoción de litigios de este tipo (infracción de derechos de autor), teniendo en cuenta los documentos aportados en esos casos que daban cuenta de la relación de afiliados, y además, que dicho presupuesto comporta una presunción que debe desvirtuarse y que en esos litigios la parte demandada no cumplió con tal carga.

2.1.1. Nótese, entonces, que:

i. en sentencia de 23 de febrero de 2023, en el trámite con radicado 11001 31 03 032 2019 00110 01, se concluyó que dichas sociedades están legitimadas para ejercer los derechos confiados, que en el concepto

rendido por el Tribunal de la Comunidad Andina se hizo referencia a la presunción de representación, y que para acreditar en principio la legitimación es suficiente con la comunicación allegada y expedida por la Dirección Nacional de Derechos de Autor.

ii. en sentencia de 24 de mayo de 2023, en el proceso con radicado 11001 31 99 005 2021 75878 01, se sentó que la legitimación de representación de Egeda debía desvirtuarse por la parte opositora y que ello no ocurrió, y que de las documentales allí recaudadas *“se colige la existencia de múltiples titulares de derechos de autor agenciados por la demandante...”*.

iii. y en sentencia de 11 de agosto de 2022, en el radicado 11001 31 99 005 2018 31868 01, se trató el asunto atañadero a la presunción ya referida y a quién incumbe probar lo contrario, se señaló que allí se aportó certificación sobre el listado de productores representados por Egeda, y en últimas, se concluyó que *“brilla por su ausencia cualquier esfuerzo probatorio del apelante encauzado a señalar, siquiera, que algunas de las obras sobre las cuales se produjo la comunicación pública por la demandada, no eran representadas por Egeda Colombia”*.

2.1.2. Así las cosas, al margen de la posición que hubiere existido para mayo de 2021 y de las razones y particularidades del caso referido, lo cierto es que en momentos y procesos posteriores esta Sala adoptó una postura clara y reiterada sobre la materia, que debe seguirse en esta ocasión pues no se advierte motivo para que ahora sea modificada o alterada.

Y es que al existir sobre el punto tres determinaciones en el mismo sentido, puede colegirse, sin duda, la existencia de un precedente

horizontal reiterado y uniforme por parte de este cuerpo colegiado de decisión, cuya modificación o separación –que no es este el caso– requiere de una fundamentación especial por parte del operador judicial.

2.1.3. Bajo tal contexto, en cuanto a la legitimación de la entidad acá demandante para el cobro judicial de los derechos pretendidos, es dado concluir que ésta se presume, y que corresponde al extremo demandado demostrar lo contrario. Lo anterior, con fundamento en el artículo 2.6.1.2.9 el Decreto 1066 de 2015 y en el artículo 49 de la Decisión 351 de 1993.

Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, también en reiterados conceptos que ha rendido en el marco de su competencia, ha señalado:

“La presunción de representación o legitimación procesal de una sociedad de gestión colectiva lo que busca es proporcionar al autor y a los demás titulares de derechos, a través de la sociedad de gestión colectiva, una herramienta eficaz y eficiente que permita proteger y ejercer de manera eficiente los derechos patrimoniales que se encuentran bajo su administración, así como una adecuada recaudación de estos derechos.

Si se exigiera que una sociedad de gestión colectiva tenga que demostrar la representación de todo su repertorio como condición para protegerlo ante una autoridad y recaudar así el derecho de sus asociados, ello significaría la asunción de costos excesivos por parte de dicha sociedad, lo que haría inviable una eficiencia y adecuada recaudación de los derechos de sus asociados.

(...) No obstante lo anterior, esta presunción admite prueba en contrario; es decir, que en un caso concreto, la persona a quien se le impute estar utilizando o explotando obras sin contar con la autorización respectiva, deberá demostrar que el titular del derecho sobre la obra no es afiliado de la sociedad de gestión colectiva, o que no se encuentra incorporado a la

sociedad colectiva extranjera con la cual mantiene contratos de representación recíproca”².

Conviene acotar, sobre las Interpretaciones Prejudiciales, dos aspectos de suma importancia que imponen atender lo dispuesto por esa autoridad supranacional:

Primero, que los conceptos de ese tipo, rendidos para un proceso, resultan vinculantes para el mismo, conforme lo establecido en el artículo 35 de la Decisión 472 de 1999, según el cual: *“El juez que conozca el proceso deberá adoptar en su sentencia la interpretación del Tribunal”*. Y segundo, que si bien en la IP rendida para el presente proceso no se trató el asunto relativo a la legitimación y representación de las sociedades de gestión colectiva, lo cierto es que, en atención a la ‘doctrina del acto aclarado’, de reciente aplicación en el Tribunal de Justicia referido³, no resulta necesario que sobre un asunto que ya ha sido objeto de interpretación se solicite un nuevo concepto y que esa Corporación emita un nuevo pronunciamiento.

De ahí que un concepto de esa estirpe, aunque en principio realizado para un determinado proceso, es perfectamente vinculante y aplicable en otro trámite. Por tanto, es claro que lo sentado por dicho Tribunal en otras Interpretaciones en punto al citado tema, debe seguirse en el *sub lite*.

2.1.4. Despejado lo precedente, en el caso que acá se resuelve se tiene que junto con la demanda Egeda aportó documentos que acreditan, de entrada y en principio, la legitimación, representación y capacidad de esa

² Concepto de 19 de octubre de 2022, en el proceso 353-IP-2021, en el cual, además, se cita la Interpretación Prejudicial 165-IP-215.

³ Acuerdo 06-2023-TJCA,

https://www.comunidadandina.org/DocOficialesFiles/Procesos/ACUERDO06_2023_TJCA.pdf.

sociedad para el reclamo o cobro de los derechos por comunicación pública sin autorización a favor de sus representados.

Es de ver, en concreto, que los archivos pdf 8 y 9 de la carpeta de anexos de demanda contenida en la carpeta del cuaderno principal, dan cuenta de: *i.* una comunicación de 11 de agosto de 2014, expedida por la dependencia administrativa de la DNDA y dirigida a Egeda, en la cual se relaciona un listado de socios no limitativo de esa entidad y se indican los acuerdos de reciprocidad e internacionales existentes; y *ii.* de un certificado de registro de un ‘convenio de representación recíproca’.

Bajo tal orden, resulta evidente que, ante los referidos elementos probatorios, que permiten activar la presunción de representación y legitimación atrás expuesta, correspondía al establecimiento hotelero demandado desvirtuarla.

Contrario sensu, en la contestación y apelación no se manifestaron argumentos precisos encaminados a ese fin, es decir, a demostrar la ausencia de afiliación de uno o varios productores. Es más, ni siquiera se desconoció o reprochó, siquiera sumariamente, la documental en mención, su expedición y demás características propias.⁴

2.1.5. Por tanto, como no se logró restar valor a la presunción de capacidad procesal y sustancial de Egeda para promover la presente acción por infracción de derechos de propiedad intelectual (derechos de autor), ninguna reforma puede tener la sentencia de primera instancia en ese punto, y debe procederse al estudio de las demás cuestiones de la alzada.

⁴ Sobre la representación, que se negó al responderse el hecho primero de la demanda y de lo cual se pidió la “efectiva demostración”, no se propuso la respectiva excepción previa (arts. 100 y 101-1 cgp), con los efectos que esa omisión apareja.

2.2. La demandada aduce que el cobro pretendido en este proceso se fundamenta en una errónea interpretación y aplicación de la Sentencia C-282 de 1997, pues –a su juicio- en ella se proscribe la necesidad de contar con autorización para la comunicación de obras en habitaciones de hotel, y por tanto, el derecho de la demandante de reclamar un pago por ese concepto, teniendo en cuenta que estas se convierten en un domicilio privado del usuario.

Sin embargo, ese argumento no tiene vocación de prosperidad, habida cuenta que, luego de una lectura detenida de la citada providencia de constitucionalidad, en parte alguna de ella se concluye que los hoteles están exentos de la obligación de solicitar autorización para la comunicación en las habitaciones destinadas a los huéspedes, y de realizar el pago respectivo.

Por el contrario, de esa sentencia puede extraerse que la Corte Constitucional realizó una importante distinción entre dos hechos: que el huésped reproduzca obras por mecanismos de difusión propios y que se efectúe ese acto por intermedio del hotel a través de redes internas destinadas a las habitaciones. En el primer caso, según esa autoridad, no podría tratarse de una comunicación o acto de carácter público, a diferencia del segundo supuesto.

De forma concreta, en dicha sentencia se señaló:

“Para la Corte es evidente que la ejecución de una obra artística dentro de una habitación de hotel u hospedaje no es pública o privada según la calificación que se haya hecho del lugar en cuanto tal, sino del sujeto que la lleve a cabo y del ánimo -lucrativo o de particular y privado esparcimiento- que la presida.

En efecto, no es lo mismo si el huésped, en la intimidad de su habitación, decide escuchar una obra musical mediante la utilización de elementos electrónicos que lleva consigo -como una grabadora portátil o un "walkman"-, evento en el cual la ejecución de la obra artística mal podría ser calificada de pública, que si el establecimiento hotelero difunde piezas musicales a través del sistema interno de sonido, con destino a todas las habitaciones, o a las áreas comunes del hotel, circunstancia que corresponde sin duda a una ejecución pública con ánimo de lucro, de la cual se deriva que el hotel asume en su integridad las obligaciones inherentes a los derechos de autor, de conformidad con la Ley 23 de 1982 y según las normas internacionales.

Por lo tanto, en el aspecto sustancial, el artículo acusado, sin la remisión según la cual es aplicable "para los efectos del artículo 44 de la Ley 23 de 1982", en nada vulnera la Constitución Política, y, por el contrario, aplica a cabalidad sus artículos 15 y 28, cuando reivindica para los huéspedes de los hoteles y sitios de alojamiento el derecho a su intimidad y al disfrute privado de las obras artísticas, sin que por ello deban obtener permiso del autor de las mismas, ni hacer erogación alguna con destino al pago de derechos.

*Desde el punto de vista del establecimiento, **no podría éste ampararse en la norma demandada para eludir el cumplimiento de sus obligaciones, correlativas a los derechos de los autores de las obras que ejecuta públicamente, entendiéndose por ejecución pública inclusive la difusión de sonidos o videos mediante redes internas destinadas a las habitaciones**".*

De lo anterior se puede concluir, sin asomo de duda, que en ese pronunciamiento de constitucionalidad no se adoptó de manera expresa una exención a los hoteles en punto a la autorización y pago por comunicación pública en las habitaciones individuales, y tácitamente tampoco podría ello entenderse.

Por manera que en ninguna contradicción o error valorativo e interpretativo se ha incurrido en la materia. En consecuencia, no es dado afirmar que al reclamarse el cobro judicial por comunicación pública de obras en las habitaciones de los establecimientos hoteleros se estén vulnerando derechos primarios y legales de los dueños, gestores o de la sociedad que opere el hotel.

2.2.1. Ahora bien, como soporte del argumento ahora tratado, se citó también el auto de 31 de julio de 2017, proferido por la Corte Constitucional en el expediente D-12233, en el que -según el apelante- se aclaró y dio alcance a la Sentencia 282 en cuanto a que, para efectos de derechos de autor, la sintonización de señales dentro de las habitaciones no constituye comunicación pública de obras audiovisuales.

Empero, se pone de presente que, al margen del sentido teórico que se le pueda dar a lo referido por la Corte en tal auto y que se comparta o no el supuesto alcance que se le atribuye, tal providencia corresponde a una inadmisión de una de una demanda de constitucionalidad, por lo que de ninguna forma podría constituir un precedente en estos casos.

Nótese, en ese orden, que ese proveído se circunscribió a advertir las falencias formales de la demanda que se promovió contra los artículos 159 y 163 de la Ley 23 de 1982, de ahí que no tenga un efecto vinculante más allá de las partes involucradas en esa acción constitucional y para el fin específico para el que tuvo lugar su emisión.

2.3. A juicio del impugnante en el caso han debido aplicarse los artículos 1° del Decreto 1318 de 1996 y 83 de la Ley 300 de 1996, que -afirma- impiden efectuar cobros por comunicación de obras en las habitaciones privadas de los hoteles, por asemejarse a un domicilio privado. En general, se repara en que dicho acto es libre en el interior de las habitaciones, y que, además, la sola existencia de mecanismos para sintonizar televisión en esas unidades no puede conllevar una conducta de esa naturaleza.

Para resolver la cuestión, simplemente basta señalar que, con independencia de las interpretaciones que puedan realizarse de dichas

disposiciones normativas nacionales y las posturas que sobre ellas puedan ser adoptadas, en la actualidad del presente trámite judicial no es necesario ahondar en esa específica materia, habida cuenta que en la Interpretación Prejudicial que se rindió para este específico caso⁵, la cual es vinculante de conformidad con el ya citado artículo 35 de la Decisión 472 de 1999, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sentó que la conducta en mención sí comporta un acto de comunicación pública que debe ser autorizado, y que genera el cobro correspondiente a favor de los productores representados.

Dicha Corporación fue enfática al respecto:

“2.3. Cuando un hotel u otro establecimiento de hospedaje coloca televisores en las habitaciones de los huéspedes, así como en ambientes como el lobby, el bar, el restaurante, el gimnasio u otros espacios de uso común, y a través de dichos televisores se difunde la señal de emisión de una o más empresas de radiodifusión..., y dicha señal o emisión contiene obras audiovisuales..., ello califica como un acto de comunicación pública de dichas obras audiovisuales, en los términos previstos en el Literal F) del Artículo 15 de la Decisión 351.

(...)

2.5. Si bien la habitación de un hotel no es un ‘lugar público’, es un lugar ‘para el público’ en el sentido de que los huéspedes, como público, en cualquier momento podrían encender (o simplemente ver) el aparato de televisión y disfrutar las obras audiovisuales transmitidas por medio de la señal (o emisión) del organismo de radiodifusión de que se trate, que puede ser tanto de señal abierta como de señal cerrada (televisión paga o por suscripción).

(...)

2.7. Por tanto, para que la sociedad de gestión colectiva sea acreedora del pago de las remuneraciones por las obras audiovisuales comunicadas públicamente por el hotel, no es necesario que los huéspedes accedan de manera efectiva a dichas obras (es decir, encender el televisor y apreciar las obras contenidas, por ejemplo, en la parrilla de canales de una empresa de

⁵ Archivo pdf 67 de la carpeta del cuaderno principal.

radiodifusión de señal cerrada), sino que basta que exista la posibilidad de que los huéspedes puedan hacerlo en cualquier momento, ya sea desde las habitaciones, o desde otros ambientes como el lobby, el restaurante, el bar, el gimnasio u otros espacios de uso común

2.8. ... El hecho de que el hotel o establecimiento de hospedaje pague un monto determinado por el servicio de televisión por suscripción (señal cerrada) no lo exonera de pagar la remuneración correspondiente al titular de la obra audiovisual comunicada públicamente o a la sociedad de gestión colectiva que representa a dicho titular”

2.9. El derecho relativo a la comunicación pública de una obra audiovisual comprende, pues, la mera 'puesta a disposición del público' de la referida obra, y esta puesta a disposición resulta suficiente para el cobro de una remuneración a favor del titular del derecho...”.

En ese orden, no hay lugar a analizar si en virtud del citado Decreto 1318 de 1996, en consonancia con las demás normas nacionales citadas por el apelante, la comunicación de obras al interior de las habitaciones de un hotel es libre o si realmente comporta un acto público que da lugar a la reclamación respectiva, y tampoco si la mera puesta o instalación de televisores y decodificadores puede configurar la conducta, pues la norma de la Decisión Andina y su Interpretación por parte del órgano supranacional es suficientemente clara, sin que al juez nacional le sea dado apartarse de ello.

Al respecto, en Sentencia C-227 de 1999, proferida en el proceso de Revisión de la Ley 457 de 1998, por medio de la cual se aprobó el ‘Protocolo modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena’ (Decisión Andina 472 de 1999), a la postre declarada exequible, la Corte Constitucional sentó que *“la interpretación del Tribunal, circunscrita al contenido y alcance de las normas comunitarias, es vinculante para el respectivo órgano judicial y, a este respecto, las distintas autoridades nacionales deben velar por el efectivo cumplimiento de las decisiones de aquél”*.

Además, si en gracia de discusión, e hipotéticamente, se llegara a considerar que existe una controversia entre leyes nacionales y disposiciones comunitarias sobre el tema de marras, según la posición del apelante y la postura del TJCA, las últimas deberán preferirse, tal como indica esa misma Corporación andina⁶:

“En cuanto al efecto de las normas de la integración sobre las normas nacionales, señalan la doctrina y la jurisprudencia que, en caso de conflicto, la regla interna queda desplazada por la comunitaria, la cual se aplica preferentemente, ya que la competencia en tal caso corresponde a la comunidad. En otros términos, la norma interna resulta inaplicable, en beneficio de la norma comunitaria. Así lo ha señalado reiteradamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (ver principalmente Sentencias Costa/ENEL de 15 de junio de 1964, y la Sentencia Simmenthal de 9 de marzo de 1978) en concordancia, en este punto, con el espíritu de las normas de la integración andina. Este efecto de desplazamiento de la norma nacional, como resultado del principio de aplicación preferente, resulta especialmente claro cuando la ley posterior -que ha de primar sobre la anterior de acuerdo con principios universales de derecho- es precisamente la norma comunitaria.

No se trata propiamente de que la norma comunitaria posterior derogue a la norma nacional preexistente, al igual que ocurre en el plano del derecho interno, puesto que son dos ordenamientos jurídicos distintos, autónomos y separados, que adoptan dentro de sus propias competencias formas peculiares de crear y extinguir el derecho, que por supuesto no son intercambiables. Se trata, más propiamente, del efecto directo del principio de aplicación inmediata y de la primacía que en todo caso ha de concederse a las normas comunitarias sobre las internas. Hay -se ha dicho- una ocupación del terreno con desplazamiento de las normas que antes lo ocupaban, las cuales devienen inaplicables en cuanto resulten incompatibles con las previsiones del derecho comunitario (“preemption”). La norma interna, sin embargo, podría continuar vigente aunque resulte inaplicable, y permanecer en estado de latencia hasta que el derecho comunitario que la desplazó se modifique eventualmente y le deje libre el terreno, si es que la norma nacional llega a resultar compatible con él”.

⁶ Proceso No. 2-IP-88

En suma, el hecho de que las habitaciones de hoteles puedan asemejarse al domicilio privado de las personas una vez son alquiladas, no implica que esos establecimientos puedan sustraerse de la obligación de contar con autorización previa para la comunicación de obras al interior de tales unidades particulares, y que la realización de ese acto sin la licencia respectiva no genere cobro a favor de los productores representados por la sociedad de gestión ahora demandante.

Entonces, la comunicación de obras en el interior de las habitaciones por intermedio de televisores y mecanismos dispuestos por el mismo hotel, sin la existencia de una autorización o licenciamiento previo, sí se considera un acto público de esa naturaleza, y sí da lugar al ejercicio de las acciones por infracción de derechos de propiedad intelectual.

2.4. En lo relacionado con el alegado error en la declaratoria de infracción y cálculo de los montos de la condena impuesta para el periodo comprendido entre el 2010 y 2020, y el aducido error de la autoridad jurisdiccional de primer grado por supuestamente acometer una carga y actuación probatoria que era del resorte exclusivo de la demandante, el Tribunal advierte que le asiste razón parcial al apelante, como pasa a exponerse.

2.4.1. En el cálculo realizado por la DNDA no se evidencia inconsistencia alguna, y tampoco extralimitación en el marco de acción del funcionario, en tanto que aquél se soportó en pruebas legalmente aportadas al proceso (que, por lo demás, no fueron tachadas de falsas ni desconocidas), y la operación estadística y aritmética se acompasa plenamente con la realidad del caso, pues los datos tomados se circunscriben a la ocupación real y material del hotel, y por ende, a la puesta a disposición de elementos para la comunicación pública de obras.

Véase que, para realizar la operación correspondiente, esa oficina tuvo en cuenta: *i.* el Reglamento de Tarifas Generales de Egeda, aportado como prueba documental junto con la demanda, *ii.* la Certificación de noches disponibles, vendidas y no vendidas desde 2010 hasta 2020, arrojada con la contestación de la demanda, y *iii.* las estrellas del establecimiento hotelero.

Así, la Dirección tomó la tarifa mensual de cada año para una habitación en hoteles de 3 estrellas o menos, la multiplicó por el número total de habitaciones del hotel demandado, y a ese resultado le aplicó el porcentaje de ocupación (o noches vendidas), arrojando un monto que luego multiplicó por el número de meses del año.

Cabe decir, entonces, que el trabajo matemático realizado, en realidad, atiende a la lógica del tráfico negocial de los establecimientos hoteleros (ocupación real), y a la obligación expuesta y definida en punto anterior en cuanto a la comunicación pública en habitaciones, independientemente de que los huéspedes sí activen o no los mecanismos de sintonización que tienen a disposición en las unidades alquiladas temporalmente.

2.4.1. No obstante lo anterior, el *a quo* erró al declarar la existencia de una infracción entre diciembre de 2010 y el 12 de julio de 2018, y establecer una indemnización condenatoria por lucro cesante para ese tiempo, comoquiera que en el curso del proceso no quedó acreditado, con la suficiencia e idoneidad probatoria requerida, que en ese periodo existió comunicación pública en las habitaciones del hotel.

En efecto, revisado en detalle el expediente virtual, la Sala no observa elemento de convicción fidedigno que dé cuenta de que en ese lapso concreto y específico operó algún proveedor por suscripción de televisión satelital o por cable, y por tanto, que se hubiera configurado el presupuesto esencial para que el cobro judicial reclamado pudiera haber salido adelante.

Mírese que en el ‘legajo’ solo obra ‘contrato de prestación de servicios integrados de tecnologías de la información y las comunicaciones’ suscrito el 13 de julio de 2018 entre Telmex Colombia S.A. y el hotel aquí demandado, en virtud del cual la primera sociedad se obligó, entre otras cuestiones, a prestar el servicio de televisión en las instalaciones del establecimiento⁷, y que ningún otro documento similar se recaudó a fin de acreditar lo pertinente en el periodo en mención.

Lo anterior impide, naturalmente, establecer con la claridad necesaria que en oportunidad anterior a esa data sí existió prestación del servicio de televisión por otro operador u operadores, y por ende, que sí existió la puesta a disposición y comunicación pública de obras y repertorio de los productores representados por la sociedad de gestión colectiva demandante.

Cabe señalar que aunque en el interrogatorio de parte practicado al representante legal de la demandada, al responder las preguntas circunscritas a indicar qué operador había antes de Claro y Directv, y si en las habitaciones del hotel siempre se ha tenido el servicio de televisión, aquél refirió: *“sí, antes estábamos en Une, pero creo que cambió después de la razón social...”* y *“sí, siempre hemos tenido el servicio de televisión...”*, lo cierto es que, por las particularidades de este

⁷ Documento aportado junto con la contestación de la demanda.

caso, esas solas afirmaciones no constituyen un medio de prueba suficiente para determinar con la precisión y claridad requerida, cuál fue el prestador de servicio de televisión del hotel desde diciembre de 2010 a 12 de julio de 2018, y en esa senda, la programación contenida en el supuesto operador y la comunicación de obras.

En esa línea, lo manifestado en aquella declaración de parte no tiene el alcance de confesión para el propósito de demostrar de manera fehaciente la prestación del servicio de televisión en el periodo de marras, puesto que carece de los elementos de tiempo y modo en que estuvo vigente un supuesto convenio de esa naturaleza, quedando, realmente, en una afirmación general carente de fuerza de convicción.

Es de ver que en dicho momento no se requirió al interrogado para ahondara o profundizara en aspectos por completo relevantes, si es que de allí pretendía obtenerse la prueba de la existencia del servicio de televisión en aquellos años, por ejemplo, los límites temporales de la relación con algún operador de televisión, los planes o programación contratada, entre otros.

Bajo tal orden, resulta palmaria la orfandad probatoria en el asunto, máxime al tener en cuenta que la prueba por excelencia para acreditar la existencia de un contrato de suscripción de televisión no es otra que el documento del convenio suscrito, y que la parte demandante no dirigió su atención a pedir o solicitar la incorporación de tal elemento, limitando así su actuar probatorio.

Se pone de presente que por más que el proceso en estudio verse sobre derechos de propiedad intelectual por derechos de autor, éste sigue siendo un trámite declarativo y dispositivo de responsabilidad, en el que

la parte que aduce un hecho debe centrar su esfuerzo en demostrarlo y en traer al juicio los medios de convicción pertinentes para su propósito, lo que no ocurrió en este caso en lo que hace al periodo diciembre 2010 – julio 2018.

2.4.2. En consecuencia, se revocará la condena que se impuso para ese lapso, y permanecerá incólume desde ahí hasta la fecha de presentación de la demanda (noviembre de 2020).

2.5. En lo que atañe a lo ordenado en la sentencia desde la data en que se radicó la demanda y hasta el día en que ésta fue emitida, asiste razón al extremo apelante, comoquiera que: *i.* escapa a toda lógica procesal que se disponga una declaración de infracción y condena por lucro cesante por un acto supuestamente cometido luego de la presentación del escrito inicial, y además, con posterioridad a las etapas probatorias y de contestación de demanda, y *ii.* en el expediente no obra prueba alguna que acredite la existencia de los presupuestos requeridos para colegir que en ese periodo el hotel incurrió en un acto de comunicación pública, y además, para establecer el monto del perjuicio.

2.5.1. En torno al primer aspecto, carece de sentido que se hubiere concluido la existencia de una conducta violatoria de derechos de propiedad intelectual por comunicación pública en habitaciones del hotel con posterioridad al momento que se presentó la demanda, puesto que la actividad probatoria y defensa de la parte demandada, una vez notificada, se centra –obviamente- en los hechos atribuidos hasta el momento del escrito inicial, y en manera alguna puede tener cabida el reconocimiento de eventos de responsabilidad que se lleguen a causar con posterioridad en el futuro, sin que, por lo demás, este caso, pudiera calificarse como un

reclamo de ‘prestación periódica’ pues dependería de circunstancias futuras e inciertas (v.gr. porcentaje de ocupación).

No podría avalarse, entonces, la conclusión de la autoridad de primer grado circunscrita a que luego de la presentación del libelo inicial y hasta el instante en que se emite el fallo de instancia, también incurrió en actos de comunicación pública de obras sin autorización previa que lleva a una condena dineraria por concepto de indemnización, pues la parte demandada no habría tenido la oportunidad concreta y real de desplegar gestiones para defenderse de semejante acusación.

Para ahondar, lo dispuesto por el *a quo* en el asunto implica, en últimas, condenar al establecimiento convocado por una infracción supuestamente cometida hasta el mismo día en que se emitió la sentencia, lo cual vulnera los derechos al debido proceso, defensa y contradicción. En otras palabras, desde una perspectiva cronológica, se estaría sentando que el hotel convocado incurre en un acto de comunicación pública en el mismo momento en que se profiere el fallo de instancia y que en ese mismo instante se le debe condenar a indemnizar, cuando –por simple lógica y sentido común– es claro que ese extremo no pudo contar con la posibilidad de acometer una defensa al respecto.

Aceptar tal postura de la Subdirección jurisdiccional de la DNDA conllevaría a: *i.* que en este grado jurisdiccional tuviera que modificarse la condena ya impuesta para adicionar el tiempo que tomó la resolución del recurso de apelación, es decir, complementar la condena desde la emisión de la sentencia apelada hasta el presente día, lo que a todas luces es contrario a los presupuestos procesales en una acción de responsabilidad; y *ii.* a la existencia de un constante e interminable

debate probatorio, pues cada día estaría latente la posibilidad de incursión en una conducta de comunicación pública de obras.

Es imperioso acotar que en este caso no se trata de una indexación de un monto determinado o determinable, ni de la causación de intereses o de frutos ni de una ‘prestación periódica’, sino de la reparación e indemnización de un acto concreto de infracción en el que se incurre en un instante específico, de donde solo sería dado analizar si existió o no dicha conducta, y por supuesto la indemnización respectiva, para la fecha en que se presentó la demanda. Es de notar, por ejemplo, que la contestación de la demanda se radicó a mediados de 2021, por lo que la actividad de defensa del establecimiento hotelero no podía encaminarse a probar que en el futuro, incluyendo el día de emisión de la sentencia de primer grado, no incurriría en los actos que desde un inicio se le endilgan o que si lo hacía ello no comportaba comunicación pública.

2.5.2. Con todo, el Tribunal advierte que tampoco obra prueba que eventualmente pudiera dar cuenta de la infracción para ese lapso o que se trataba de una infracción continuada, y además, del monto de la indemnización de esos años, tanto así que el mismo funcionario de primer grado decidió que, como no había medios de convicción sobre la ocupación del hotel para ese periodo, condenaría por la totalidad de habitaciones y disponibilidad del hotel, deduciendo que estuvieron vendidas la totalidad de unidades y noches hasta el día de su fallo.

Tal postulado es inconsistente, incluso, con la operación que la misma Dirección realizó para establecer la indemnización del periodo diciembre 2010 – noviembre 2020, en tanto que para éste sí tuvo en cuenta, de manera relevante e imperativa, el dato de ocupación, noches vendidas y

noches no vendidas, pero no lo consideró necesario para el siguiente lapso.

2.5.3. Por tanto, se revocará íntegramente la condena impuesta para el lapso de 1° de diciembre de 2020 hasta el 11 de agosto de 2022, data de emisión de la providencia de primera instancia.

2.6. Por último, en lo que atañe a que en el *sub lite* debió aplicarse la prescripción de tres (3) años y no la general de diez (10), por tratarse de actos cometidos por terceros, al rompe debe descartarse tal reparo, por cuanto nada de ello fue objeto de la contestación de la demanda ni de las excepciones de mérito formulada, y en ese orden, no es dado traerlo a colación en esta etapa procesal.

Para fundamentar lo anterior, solo basta citar el inciso 2° del artículo 282 Cgp, que establece que *“cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada”*.

De todas maneras, resultaría inocuo efectuar pronunciamiento adicional, en atención a que, por todo lo expuesto en puntos anteriores, la condena que se mantendrá es por el periodo de julio de 2018 a noviembre de 2020 (fecha de la demanda), y por tanto, en todo caso, es irrelevante realizar el estudio pretendido a fin de precisar qué término de prescripción aplicaría en el *sub exámine*.

3. Todo lo discurrido impone revocar la declaratoria y las condenas impuestas para el lapso comprendido entre diciembre de 2010 y 12 de julio de 2018, y para el periodo de 1° de diciembre de 2020 a 11 de agosto de 2022, y mantener la decisión respecto del periodo restante y bajo el mismo criterio, operación matemática e indexación efectuada por

el *a quo*, que da como resultado \$35'631.723, y \$42'863.691 con indexación.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1°) Revocar parcialmente el ordinal segundo de la parte resolutive de la sentencia apelada, proferida el 11 de agosto de 2022 por la Dirección Nacional de Derechos de Autor – Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales, en el sentido de que la declaratoria de infracción por comunicación pública de obras **no** comprende los periodos de diciembre de 2010 a 12 de julio de 2018, y de 1° de diciembre de 2020 a 11 de agosto de 2022.

2°) Modificar el ordinal **sexto** de dicha providencia, el cual quedará así:

“Condenar a la sociedad Compañía Hotelera Cartagena Plaza Limitada, identificada con el NIT 800.116.562-9, a pagarle a EGEDA COLOMBIA, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de este fallo la suma indexada de CUARENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS M/CTE. (\$42'863.691), por concepto de lucro cesante derivado del no pago de las tarifas correspondientes al periodo comprendido entre el 13 de julio de 2018 y el 30 de noviembre de 2020”.

3°) Revocar el ordinal séptimo de la sentencia apelada.

4°) Adicionar la sentencia apelada en el sentido de negar las pretensiones de la demanda respecto de los periodos comprendidos entre diciembre de 2010 a 12 de julio de 2018, y de 1° de diciembre de 2020 a 11 de agosto de 2022 (o hasta la fecha de la sentencia como se pedía en el escrito inicial).

5°) En lo demás, confirmar la sentencia apelada.

6°) Sin condena en costas en esta instancia, dada la prosperidad parcial de la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA ÁNGELA MARÍA PELÁEZ ARENAS

Radicado: 11001 31 99 005 2020 40261 01

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.,

Angela Maria Pelaez Arenas

Magistrada

Sala 009 Civil

Tribunal Superior De 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: **5915abfa04bab3283e8572ca2da9e3e695985c6d0883d985583aa0d563fe0483**

Documento generado en 08/09/2023 11:08:09 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Proceso	Ejecutivo
Demandante	Colpaz S.A.S.
Demandado	Codisplan S.A.S.
Recurso:	Apelación de auto

ASUNTO.

Se resuelve el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto por la demandada contra el auto de 19 de diciembre de 2022, mediante el cual el Juzgado 5 Civil del Circuito de Bogotá negó, de un lado, el levantamiento de medidas de embargo sobre los inmuebles distinguidos con las matrículas inmobiliarias n° 50C-894781, 50C-894782 y 50C-1992482; y, del otro, su reducción¹.

EL RECURSO

Aunque la providencia fustigada contiene dos decisiones, lo cierto es que la interpelada solo protestó la última. Con tal fin alegó que, para la disminución de las cautelas, basta con que se encuentren perfeccionadas en el registro pertinente, mas no el secuestro, pues este se predica de los muebles y enseres.

CONSIDERACIONES.

1. Dispone el artículo 600 del Código General del Proceso que: *“En cualquier estado del proceso una vez consumados los embargos y secuestros, y antes*

¹ Cuaderno “02MedidasCautelares”. Archivos Digitales “17AutoTramite” y “22AutoResuelveRecurso”.

de que se fije fecha para remate, el juez, a solicitud de parte o de oficio...” (subrayado ajeno); es decir que se habilita la reducción cuando se conjunten las dos cautelas.

La lectura de la norma no deja duda alguna: para la procedencia del reajuste del *quantum* de la medida solicitada deben perfeccionarse ambas ¿Cuál es la razón, se preguntará el censor? Simple: el exceso no se busca en el decreto, sino en la efectividad, es decir, no se puede establecer la desproporción entre lo pedido y lo cobrado en la ejecución solamente con la orden de practicar embargos o secuestros, pues en ese instante es imposible saber si se cumplen.

Tratándose de bienes sujetos a registro, puede acontecer que, materializada la inscripción, no pueda secuestrarse, si se presenta oposición de un tercero alegando posesión o cualquier otra situación. No obstante que “*al decretar los embargos y secuestros*” existe la regla de que el juez “*podrá limitarlos a lo necesario*” y que “*el valor de los bienes no podrá exceder del doble del crédito cobrado, sus intereses y las costas prudencialmente calculadas*”, también opera una excepción cuando “*se trate de un solo bien o de bienes afectados por hipoteca o prenda que garanticen aquel crédito, o cuando la división disminuya su valor o su venalidad*” (inc. 3 del art. 599).

Esto explica por qué el artículo último citado continúa señalando que en el momento de practicar “*el secuestro el juez deberá de oficio limitarlo (...) si el valor de los bienes excede ostensiblemente del límite mencionado...*” (inc. 4, subrayado intencional), pues sólo en ese instante en funcionario puede constatar o evaluar el monto de lo que va a cautelar, si “*aparece de las facturas de compra, libros de contabilidad, certificados de catastro o recibos de pago de impuesto predial, o de otros documentos oficiales*”, claro está, “*siempre que se le exhiban tales pruebas en la diligencia*”.

2. En el plenario, a pesar de que ya están inscritos los embargos² sobre los referidos fundos y que la ejecución se libró por valor de \$ 260 000 000 oo³,

² *Ibídem.* Archivo Digital “08RegistroSiPdf”.

³ Cuaderno Principal. Archivo Digital “08AutoLibraMandamiento”.

no hay prueba de los resultados del secuestro. Aun cuando acompañó dos avalúos catastrales de los inmuebles con matrículas inmobiliarias n° 50C-00894781 y 50C-00894782, cuyos valores ascienden a \$401 687 000 oo y \$374 493 000 oo respectivamente, no es posible soslayar que están afectados por gravámenes hipotecarios, los cuales, bien se sabe, tienen crédito preferente, razón por la cual, se dispuso su citación mediante auto de 29 de agosto de 2022⁴.

Por consiguiente, no puede asegurar que con la estimación de los estos se garantice *per se* el pago de la obligación.

Y, de todas maneras, si hay extralimitación, el procedimiento permite otras vías de solución: Una, conforme el precitado canon 600 *ibíd.*, donde el juez “*requerirá al ejecutante para que en el término de cinco (5) días, manifieste de cuáles de ellas prescinde o rinda las explicaciones a que haya lugar*”. Otra, en el que ejecutado “podrá evitar” embargos y secuestros o “solicitar el levantamiento de los practicados”, prestado caución en la cuantía que prevé el artículo 602.

3 Por lo anterior, los reparos no prosperan. Sin condena en costas al no aparecer causadas.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil, **CONFIRMA** el auto de 19 de diciembre de 2022, proferido por el Juzgado 5 Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, según las consideraciones expuestas en precedencia. Sin condena en costas.

Devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTÍFIQUESE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

⁴ C-2. Archivos Digitales “11” y “12”.



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE CONCLIACIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

Referencia: Protección Consumidor
No. 11001319900120224407101

En Bogotá D.C., a las diez y cuarenta y ocho minutos de la mañana (10:48 a.m.) del siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), se constituyeron en audiencia pública los magistrados que conforman la Sala Primera Civil de Decisión, de forma mixta en las instalaciones del Tribunal sala de audiencias número 5 y virtual a través de la plataforma LifeSize dentro del proceso de protección al consumidor de Álvaro Antonio Revelo en contra de Nexxos Constructora S.A.S., Innova Hogar Inmobiliaria S.A.S., Luis Eduardo Garzón Ruíz y Carlos Hugo Benavidez Chamorro, con el fin de adelantar audiencia de conciliación. Obra como secretario *ad hoc* el auxiliar judicial, David Alejandro Castañeda Giraldo.

Comparecientes:

Nombre	Calidad
Álvaro Antonio Revelo	Demandante
Silvio Hernando Martínez	Apoderado parte actora
Carlos Hugo Benavidez Chamorro	R. legal Nexxos Constructora S.A.S.
Jorge Andrés Sánchez Portilla	Apoderado demandado

Actuaciones:

Para instalar la audiencia convocada se presentaron el demandante, su apoderado y el abogado de la parte demandada. Se suspendió la diligencia por cinco minutos para que compareciera el representante legal del accionado, señor Carlos Hugo Benavidez Chamorro.

El magistrado sustanciador ilustró a las partes acerca de la situación fáctica debatida con el fin de conciliar sus diferencias. Después de haber escuchado las posiciones de los intervinientes y proponer fórmulas de advenimiento, no fue posible llegar a un acuerdo conciliatorio; por tanto, se concluyó la diligencia. Las partes deberán estar atentas a lo que jurídicamente resuelve el Tribunal.

Los Magistrados

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.,

Jaime Chavarro Mahecha
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: **bc473c9eb75dfe0288eb5b9a289c61ce0bc7ca961307ed8edba96f20bc09af89**

Documento generado en 08/09/2023 02:11:57 PM

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



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

AUDIENCIA PÚBLICA DE PRUEBAS, SUSTENTACIÓN Y FALLO

Referencia: Ordinario
No. 11001310300220120067201

En Bogotá D.C., a las ocho y treinta minutos de la mañana (8:30 a.m.) del siete (7) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), se constituyeron en audiencia pública los magistrados que conforman la Sala Primera Civil de Decisión, de forma presencial en las instalaciones del Tribunal, sala de audiencias número 5, dentro del proceso de pertenencia con demanda de reconvenición de Luz Marina Aponte Jiménez en contra de Luis Arturo Suárez Silva y personas indeterminadas, a fin de adelantar la audiencia de pruebas, sustentación y fallo prevista en el art. 327 del C.G.P. Obra como secretario *ad hoc* el auxiliar judicial, David Alejandro Castañeda Giraldo.

Comparecientes:

Nombre	Calidad
Luz Marina Aponte Jiménez	Demandante principal-demandada en reconvenición-
Fernando Ortiz Verjan	Apoderado parte actora
Nicolás Prieto García	Apoderado del demandado y demandante en reconvenición
Alcides Bustos Jiménez	Testigo
José Francisco Amaya Silva	Testigo

Actuaciones:

Se procedió a incorporar los documentos presentados por la parte demandante para su contradicción por la demandada, quien sólo dijo advertir una inconsistencia en relación con las normas que se mencionan en los contratos de administración del inmueble objeto del litigio frente a la fecha en la que fueron suscritos, observación que quedó registrada en la grabación.

A continuación, se recibieron los testimonios de los señores Alcides Bustos Jiménez y José Francisco Amaya Silva. No se practicó el del señor Alfonso Cárdenas Pardo, por cuanto el apoderado del demandado informó que había fallecido. Tampoco se interrogó a la señora Luz Marina Aponte Jiménez porque el magistrado sustanciador no lo consideró necesario.



Acto seguido se dio el uso de la palabra a las partes para la complementación de la sustentación de los recursos de apelación en lo que se refiere a las pruebas practicadas en la segunda instancia.

Concluida su intervención, la Sala decretó un receso para hacer algunas deliberaciones.

Reanudada la sesión, se advirtió que la sentencia se emitirá por escrito dentro del término que otorga la ley. Anunció el sentido del fallo indicando que se revocará parcialmente la decisión apelada, concediendo las pretensiones respecto de la pertenencia, pero se confirmará la negativa de la reivindicación. Para tal fin, expuso la Corporación que se configuraron el justo título, pues está la escritura pública de venta; la buena fe, porque el fundo se adquirió de manos del propietario legítimo, quien, además, le indicó que entregaba material y físicamente el inmueble sin reservarse derecho alguno. Para establecer los actos posesorios se analizarán las particularidades probatorias que tiene el caso, los documentos y testimonios, especialmente cuando se demanda la prescripción adquisitiva y se contrademanda la reivindicación, aunado a las posturas que sobre el punto ha planteado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Los Magistrados,

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.,

Jaime Chavarro Mahecha
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: **6b13040d488ae5d4f348a1de77d29d3380e4ad7c69a5f395a50fd61a4deee113**

Documento generado en 08/09/2023 02:11:51 PM

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