

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C. diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

REF: VERBAL de RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL de ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA No. 732/1570 contra CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S. y otros. Exp. No. 2018-00010-04.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 15 de marzo y 17 de mayo del 2023.

Decide la Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de agosto del 2022 en el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

*1. ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera del PATRIMONIO AUTÓNOMO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA No. 732/1570 (en adelante **PA Grupo Promotor**) presentó demanda verbal en contra del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena (en adelante **PA Unidades Hoteleras**), cuya vocera es Alianza Fiduciaria S.A; así mismo, contra Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S en su calidad de único fideicomitente del PA Unidades Hoteleras, Fedco S.A., Inversiones Eliat S.A.S, Inversiones y Representaciones Vásquez -Invas S.A.-, Luis Fernando Vásquez Montoya, Mirella Escolar de Vásquez, Sebastián Vásquez Escolar, Mateo Vásquez Escolar (Accionistas de Constructora Centro Comercial Cartagena), y Gabriel Eisenband Gontovnic y Juan Guillermo Ruiz García de Paredes (Miembros Principales de la Junta Directiva de la Constructora citada), para que, principalmente se:*

1.1.- Declare que la estipulación “contra entrega del hotel” contenida en la “nota” inserta en el contrato de “vinculación de inversionistas fideicomiso unidades hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-

0" de fecha 5 de abril del 2011, es una condición suspensiva que no se ha cumplido.

1.2.-Se declare que la demandante no incurrió en mora respecto del pago del saldo de la inversión de \$13.647.800.000, establecido en el OTROSÍ No. 3 del 1° de marzo del 2012 y, en consecuencia, el "desistimiento del contrato" de fecha 7 de septiembre del 2016 es ilegal. Por tal motivo, se declare que el patrimonio autónomo demandado actuó de mala fe, abusó del derecho y erigió un daño antijurídico en contra de la demandante quien es contratante cumplida.

1.3.- Se declare que el PA Unidades Hoteleras incumplió de manera unilateral el contrato de vinculación, por lo que deberá resolverse tal convenio y pagarle a la demandante los perjuicios, por concepto de daño emergente calculados en la suma de \$13.676.170.000.

1.4.- Por lucro cesante el valor de la valorización comercial que, desde la fecha del siete de septiembre del año 2016 hasta la radicación de la demanda, han tenido las 11 unidades inmobiliarias hoteleras Nao Cartagena por la operación del Hotel Intercontinental Cartagena. Así como, por los excedentes que generó la operación hotelera en la proporción que tendría derecho la actora como beneficiaria del fideicomiso, junto con los intereses bancarios corrientes liquidados a la tasa máxima desde el 7 de septiembre del 2016 hasta su pago.

1.5.-Por los perjuicios morales ocasionados por el incumplimiento contractual, tasados en 500 smlmv.

1.6.- Que se declare, **por la vía extracontractual**, que la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. en calidad de fideicomitente del PA Unidades Hoteleras, sus accionistas, Fedco S.A. Inversiones Eilat S.A.S., Inversiones y Representaciones Vásquez -Invas S.A.-, Luis Fernando Vásquez Montoya, Mirella Escolar de Vásquez, Sebastián y Mateo Vásquez Escolar y los miembros de Junta Directiva Juan Guillermo Ruiz García de Paredes y Gabriel Eisenband Gontovnic son solidariamente responsables por los perjuicios de daño emergente y lucro cesante, así como los morales reclamados.

Subsidiariamente solicitó que:

1.7.- Se resuelva el negocio jurídico de "vinculación de inversionistas" y se condene al Patrimonio Autónomo Unidades Hoteleras Nao Cartagena a indemnizar a la convocante en perjuicios compensatorios por cuantía de \$13.648.800.000, debidamente indexados y junto con los intereses legales del 6% anual desde el 7 de septiembre del 2016, hasta la fecha de sentencia. Así como por 500 smlmv como perjuicios morales (págs. 447 a 458 y 541 a 544, archivo 001Folio1a1992).

2.- Las pretensiones se apoyan, en resumen, en los hechos que seguidamente se citan (págs. 405 a 447 ib.):

2.1.- El 10 de enero del 2010, la sociedad Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., y la sociedad SIX CONTINENTS HOTELS DE COLOMBIA S.A. suscribieron contrato de administración de un hotel que se construiría en la ciudad de Cartagena, en el que se estipularon varias condiciones para el inicio de la operación del mismo. Este convenio fue cedido el 26 de julio del 2011 al Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena 318311.

2.2.- El 30 de junio del 2010 se celebra contrato de fiducia mercantil de administración inmobiliaria -Fideicomiso Nao Fun + Shopping, en el que fungían como Fideicomitente "A" la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., como Fideicomitentes "B", Arquitectos Internacionales S.A.S., GVA & Asociados S.C., Tenco S.A., Espacios Urbanos S.A. y Gestión S&G S.A.S. El Patrimonio autónomo se constituyó con el fin de que a través de este se desarrolle el proyecto constructivo del Hotel.

2.3.- En esa misma fecha, se celebró entre Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. -Fideicomitente- y Alianza Fiduciaria -Fiduciario- contrato de Fiducia Mercantil de Administración Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena, con el objeto de recibir los aportes entregados por terceros que suscriban contratos de encargo de inversión, administrar tales recursos, registrar a los titulares de las unidades hoteleras y recibir la titularidad jurídica del HOTEL, entre otras, se estableció como "beneficiarios" al fideicomitente durante la etapa previa e intermedia y a los inversionistas, a prorrata de su participación, durante la etapa de operación.

2.4.- El 25 de marzo del 2011, las sociedades GVA & Asociados S.C., Espacios Urbanos S.A., Arquitectos Internacionales S.A.S., Gestión S&G S.A.S. y TENCO S.A. en calidad de fideicomitentes suscribieron con FIDUCOR S.A. (Hoy liquidada) contrato de "fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena No. 732/1570" constituyéndose con él el Patrimonio Autónomo aquí demandante. El negocio jurídico estableció que su objeto era "adquirir o enajenar un paquete de UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, según instrucción expresa e inequívoca de los beneficiarios" y en esa dirección autorizó al fiduciario a suscribir los documentos de vinculación al fideicomiso "Unidades Hoteleras Nao Cartagena" para la adquisición de 11 unidades.

2.5.- En cumplimiento de sus obligaciones la Fiduciaria celebró el 5 de abril del 2011, como vocera del Patrimonio Autónomo "Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena No. 732/1570" el contrato de vinculación de inversionistas No. 10043079337, para la adquisición de 11 unidades hoteleras por valor de \$13.648.800.000 entregándose un pago inicial de \$1.000.000 y pactando distintas fechas para la solución de otros instalamentos hasta completar el precio. Las datas de pago fueron modificadas mediante varios otrosíes, el último de ellos convino que el saldo del precio se daría en un solo contado en la fecha de "contra entrega del hotel".

2.6.- En la nota incluida en el citado convenio se estipuló que: “la fecha estimada del último aportes (sic) esto es “Contra Entrega Hotel” será cuando se expida un comunicado del FIDEICOMITENTE GERENTE – GESTIÓN S&G S.A.S.- y del interventor del proyecto manifestando que empezó la etapa de pre- apertura del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL-CARTAGENA S.A.S. con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo del año 2010”.

2.7.- Encontrándose en curso el negocio de vinculación, y sin que se hubiera cumplido la entrega del hotel que fuera pactada como condición suspensiva para la exigibilidad del saldo del precio, la Constructora Centro Comercial Cartagena en su calidad de Fideicomitente constituyente del PA Unidades Hoteleras emitió a Alianza Fiduciaria instrucción irrevocable No. B1594161 del 14 de julio del 2016, mediante la cual, solicitó el desistimiento del negocio jurídico celebrado con la demandante.

2.8.- Inicialmente, la Fiduciaria denegó proceder con la terminación, con el argumento que se encontraba vigente el plazo para el pago del precio. Empero, por insistencia de la Constructora fideicomitente, quien en forma temeraria aseguró que no le eran oponibles los otrosíes pactados, así como que ya se había dado la “contra entrega del hotel”, Alianza Fiduciaria S.A. procedió, el 7 de septiembre del 2016, a terminar unilateralmente el contrato de vinculación.

2.9.- Los beneficiarios del PA Grupo Promotor presentaron oposición al actuar ilegítimo y abusivo del PA Unidades Hoteleras, pues no se cumplieron las condiciones para entender que debía pagarse el saldo final del aporte de inversión, principalmente, porque la sociedad Gestión S&G S.A.S. jamás expidió comunicación alguna sobre el inicio de la etapa de pre-apertura del hotel, amén de otras circunstancias que daban cuenta que el hotel no podía entrar en operación.

2.10.- Además del evidente incumplimiento contractual de la demandada, es claro que los demás accionados incurrieron en responsabilidad extracontractual al concertar la vulneración de los legítimos derechos de la inversionista, para lo cual, actuaron como “grupo empresarial oculto y no declarado” para favorecer sus propios intereses.

3.- El PA Unidades Hoteleras se notificó por aviso y en oportunidad propuso las excepciones de “inexistencia de incumplimiento contractual imputable al Patrimonio Autónomo Unidades Hoteleras Nao Cartagena, derivado del contrato de vinculación de inversionistas No. 10043079337-0”; “inexistencia de abuso del derecho y/o daño antijurídico imputable al Patrimonio Autónomo Unidades Hoteleras Nao Cartagena, con motivo de la terminación del Contrato de Vinculación de Inversionistas No. 10043079337-0”; “inexistencia de perjuicios materiales y morales imputables al Patrimonio Autónomo Unidades Hoteleras Nao Cartagena, con motivo de la terminación del Contrato De Vinculación De Inversionistas No. 10043079337-

0”; “inexistencia de actos defraudatorios imputables al patrimonio autónomo unidades hoteleras nao Cartagena”; “materialización de la condición suspensiva pactada en la nota contenida a folio 2 del Contrato de Vinculación De Inversionistas No. 10043079337-0, en relación con la “contra entrega del hotel” y “cobro de lo no debido” (págs. 1014 a 1022, ib.).

3.1.- Constructora Centro Comercial Cartagena elevó las defensas que denominó: “Terminación del Contrato de Vinculación No. 10043079337-0 obedeció única y exclusivamente a la mora por más de 60 días en el pago de los aportes a cargo del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena, en consecuencia, la instrucción impartida por Constructora Centro Comercial Cartagena SAS fue legítima y ajustada a la cláusula décima sexta del citado contrato”; “la condición suspensiva contra – entrega del hotel acaeció desde el día 13 de mayo de 2015, en consecuencia, todos los plazos pactados en el cronograma del contrato de vinculación no. 10043079337-1 se encontraban vencidos y con mora mayor a 60 días, al momento de su terminación”; “la contra – entrega del hotel corresponde a la fecha de inicio de la preapertura, suceso sustancialmente diferente al inicio de la etapa de operación del Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena y/o a la operación plena del hotel”; “los otrosíes al contrato de vinculación no. 10043079337-0 son inoponibles a Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”; “el otrosí no. 3 al contrato de vinculación no. 10043079337-0 es vinculante frente a Alianza Fiduciaria”; “falta de legitimidad del Patrimonio Autónomo Fideicomiso Grupo Promotor Nao Cartagena para solicitar el reconocimiento de perjuicios”; “inexistencia de los perjuicios cuyo reconocimiento solicita el demandante” e “inexistencia de responsabilidad solidaria de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS en su calidad de fideicomitente del Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena por los actos ejecutados por la sociedad fiduciaria”. (págs. 1226 a 1255, ib).

3.2.- FEDCO S.A. EN REORGANIZACIÓN e INVERSIONES ELIAT S.A.S. formularon las excepciones de “Inexistencia de los presupuestos legales para la desestimación de la personalidad jurídica de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS.”; “falta de legitimación en la causa por activa del demandante para exigir el cobro de perjuicios”; “falta de legitimación en la causa por pasiva” e “inexistencia del otrosí No. 3 al Contrato De Vinculación No. 10043079337 por falta de consentimiento de Alianza Fiduciaria como vocera del Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena”. (págs. 1279 a 1284. Ej).

3.3.- JUAN GUILLERMO RUIZ GARCÍA DE PAREDES elevó las defensas de: “No haber discutido ni adoptado el demandado Juan Guillermo Ruiz García de Paredes, en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS, decisión alguna relacionada con la terminación del Contrato de Vinculación de Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0”; “inexistencia de obligaciones en cabeza de Juan Guillermo Ruiz García de Paredes en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., al no ser parte del Contrato de Vinculación de Inversionistas

Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0. principio de la relatividad de los contratos”; “inexistencia de responsabilidad imputable a Juan Guillermo Ruiz García de Paredes, derivada de su actuación como miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS.”; “inexistencia de actuaciones de Juan Guillermo Ruiz García de Paredes que configuren u abuso del derecho”; “falta de legitimación en la causa por activa del demandante para exigir el cobro de perjuicios ante Juan Guillermo Ruiz García de Paredes, como persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS.”; “inexistencia de declaratoria de actos defraudatorios como supuesto de hecho necesario para la indemnización de perjuicios por parte de accionistas y administradores”; “inexistencia de los supuestos de hecho de que trata el art. 42 de la ley 1248 de 2008 y que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad solidaria de administradores y accionistas de las S.A.S., que pueda se imputable a Juan Guillermo Ruiz García de Paredes en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S.” y “falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del demandado Juan Guillermo Ruiz García de Paredes” (págs. 1359 a 1366. ib).

3.4.- Inversiones INVAS S.A. y Luis Fernando Vásquez Montoya, Mirella Escolar de Vásquez, Sebastián Vásquez Escolar, Mateo Vásquez Escolar excepcionaron: “carencia de legitimidad en la causa en relación con los accionistas” e “inexigibilidad de reparación” (págs. 693 a 695, ib).

3.5.- GABRIEL EISENBAND GONTOVNIC “Falta de legitimación en la causa por pasiva, carencia de legitimación en la causa por activa”; “no haber discutido ni adoptado el demandado Gabriel Eiseband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS, decisión alguna relacionada con la terminación del Contrato de Vinculación de Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0”; “inexistencia de obligaciones en cabeza de Gabriel Eisenband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS, al no ser parte del contrato de vinculación de inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0 (principio de la relatividad de los contratos)”; “inexistencia de responsabilidad imputable a Gabriel Eisenband Gontovnic, derivada de su actuación como miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”; “inexistencia de actuaciones de Gabriel Eisenband Gontovnic que configuren un abuso del derecho”; “falta de legitimación en la causa por activa del demandante para exigir el cobro de perjuicios ante Gabriel Eisenband Gontovnic, como persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS”; “inexistencia de declaratoria de actos defraudatorios como supuesto de hecho necesario para la indemnización de perjuicios por parte de accionistas y administradores” e “inexistencia de los supuestos de hecho de que trata el art. 42 de la ley 1248 de 2008 que dan lugar a la declaratoria de responsabilidad solidaria de administradores y accionistas de la SAS, que pueda ser imputable a Gabriel Eisenband Gontovnic en su condición de persona natural miembro de la junta directiva de Constructora Centro Comercial Cartagena SAS” (págs. 800 a 811, ib).

4.- Surtidas las etapas de rigor, se dictó sentencia escrita en la que negaron las pretensiones, decisión que no compartió el demandante por lo que interpuso el recurso de alzada que ahora se revisa.

II. EL FALLO DEL A-QUO

5.- Luego de reseñar los antecedentes del litigio, el Juez a-quo encontró cumplidos los presupuestos procesales para el normal desarrollo de la acción entablada por la actora, sumado a que no se avizoró causal de nulidad que invalidara la actuación.

Posteriormente, reseñó los presupuestos para la viabilidad de la responsabilidad civil contractual, así como los requisitos previstos en el artículo 1546 del Código Civil para solicitar la resolución o bien el cumplimiento de los contratos bilaterales, resaltando en tal temática que: “sólo la parte cumplida se encuentra habilitada para pedir la ejecución del contrato, respecto del contratante incumplido”.

Ya en lo que atañe al caso concreto, para denegar las súplicas del libelo, inicialmente describió algunos apartes del clausulado convenido en el contrato de “Vinculación de Inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337-0”, que dio origen al proceso, en particular, por ser basilar en el debate, lo relativo a los plazos para el pago del precio de inversión –siendo la data del último contado aquella en que se verificara la “contra entrega del hotel”-.

Enseguida, describió que la citada contra entrega se materializaba mediante comunicación que GESTIÓN S & G S.A.S., conjuntamente con el interventor del proyecto manifestaran que empezó la etapa de pre- apertura del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S con Intercontinental de fecha 10 de mayo de 2010.

Dilucidado ese tema, afirmó que se halló probado en el litigio que la “pre- apertura” se dio el 13 de mayo del 2015, entre otras, por los testimonios de Margarita María Cuervo, Esmeralda Roncería, María Consuelo Pareja, Antonio Lozano Pareja y Leo Eisenband que dieron cuenta de tal circunstancia, así como el interrogatorio de parte de Tatiana Andrea Ortiz, representante del PA Unidades Hoteleras quien lo ratificó.

Aunado a ello, coligió que los días 1 y 2 de junio del 2015, GESTIÓN S&G SAS (gerente del proyecto) y ESPACIOS URBANOS S.A.S. (beneficiaria del FIDEICOMISO GRUPO PROMOTOR NAO CARTAGENA 732-1570), así como CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA y HOTEL INTERCONTINENTAL CARTAGENA emiten el

referido comunicado “manifestando que empezó la etapa de pre – apertura del hotel”, teniendo como fecha de tal acontecimiento, el día 13 de mayo de 2015.

Agregó que las citadas personas jurídicas Gestión S&G S.A.S. y ESPACIOS URBANOS S.A.S., además de ser quienes expidieron el comunicado, entre otras misivas relacionadas con el mismo tema, fungieron como fideicomitente y beneficiaria del PA Grupo Promotor (aquí demandante), de ahí que, era de esperarse que conocieron del vencimiento del plazo para efectuar el pago del saldo correspondiente a los aportes a que se había obligado realizar de conformidad con lo pactado en el otro sí No. 03 del CONTRATO DE VINCULACIÓN DE INVERSIONISTAS FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA No. 10043079337-0.

En tal orden de ideas, concluyó que la condición suspensiva del negocio jurídico acaeció el 13 de mayo del 2015 y que, tal situación fue conocida por el fideicomiso actor.

Con las anteriores motivaciones, esgrimió que la causal de desistimiento del contrato de vinculación prevista en la cláusula 16^a tuvo lugar por la mora superior a 60 días en el pago de los aportes, ya que la aquí actora únicamente abonó el primer contado por \$1.000.000, circunstancia que además fue reconocida por el representante legal del PA Grupo Promotor. De ese modo, afirmó que: “ante el incumplimiento contractual de la parte demandante, en manera alguna puede hacerse exigible obligación alguna al FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA, en tanto que, de una parte, las obligaciones de esta solamente podrían surgir a partir del pago oportuno del saldo pactado para poder ser (el demandante) integrado este fideicomiso como inversionista y acreedor de excedentes y rendimientos de operación; no obstante, como ello no ocurrió, no se tendrá al fideicomiso demandado como incumplido en razón de la inobservancia contractual primigenia de quien promovió la acción”.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- Inconforme con la sentencia el demandante presentó recurso de apelación que, en síntesis, aseguró:

6.1.- Se equivocó el juez a-quo al aseverar que la actora carece de legitimación en la causa por no ser contratante cumplida, ya que tal afirmación proviene de una indebida interpretación del texto de la “nota” inserta en el contrato de vinculación de inversionistas de fecha 5 de abril del 2011, la cual, insistió, imponía una condición suspensiva del cumplimiento de ciertos requisitos previos al desembolso del último pago del aporte “contra entrega”, mismos que se debían verificar, acreditar y cumplir para entender que la obligación a cargo del PA Grupo Promotor era exigible.

Los presupuestos eran la expedición de un “comunicado” por el Fideicomitente Gerente Gestión S&G y del interventor de

proyecto, que anunciara la pre -apertura del hotel, todo ello, además en cumplimiento del contrato suscrito entre Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. e Intercontinental el 10 de marzo del 2010. En el criterio de la censura, ninguno de los citados eventos ocurrió.

Hizo especial énfasis en el acatamiento del citado convenio con Intercontinental, pero también consideró que debía atenderse lo pactado en el contrato de fiducia mercantil de administración Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena del 30 de junio del 2010, por tratarse de contratos coligados que imponían el cumplimiento de obligaciones correlativas y subordinadas. De tal correlación, dijo, se deduce que, previo al desembolso de su parte del último instalamento de los aportes, debían cumplirse las carga de: i) vincular el Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena al Fideicomiso Nao Fun & Shopping; ii) el pago del precio y la transferencia de aportes entre los citados fideicomisos por la torre hotelera y iii) la constitución como beneficiario de área del PA Unidades Hoteleras.

Aunado a lo anterior, se tiene que el proyecto, incluidos unos apartamentos que hacían parte integral de la operación del hotel, han debido construirse en un plazo de 48 meses, sin que a la fecha estén terminados esos espacios, de lo que dieron cuenta los testigos Leo Eisenband y Rafael Antonio Rico. En suma, asegura el apelante que para que hubiera lugar a la entrega del hotel al operador hotelero y efectuar la pre -apertura era menester que se terminara su construcción y se efectuara la transferencia jurídica al Fideicomiso, como así quedó plasmado en el parágrafo sexto, de la cláusula cuarta del contrato de “administración” del 10 de mayo del 2010.

En adición, sobre el predio en el que se hizo el proyecto pesa un gravamen hipotecario que no ha sido levantado por el PA Unidades Hoteleras, eventualidad que impedía la entrega al operador hotelero, por así haberse pactado expresamente en el contrato de vinculación de inversionistas.

En tal sentido, agrega que el orden prestacional establecido por los contratantes develaba que la demandada debía honrar inicialmente sus deberes, no obstante, el fallo apelado, so pretexto de la interpretación contractual, distorsionó el clausulado y dio lugar a efectos no previstos por las partes, porque la estipulación condicional de la “contra entrega” estaba sujeta al acatamiento de los contratos coligados y no en función de la fecha de apertura al público, como pareció entenderlo el fallador de primer grado. En suma, la obligación de pago del actor es incluso actualmente inexigible, conforme se desprende del artículo 1609 del Código Civil.

6.2.- Agregó que la valoración probatoria en la sentencia incurrió en varios desatinos.

En primer lugar, omitió pronunciarse sobre la tacha de sospecha que se elevó contra los testimonios de Margarita María Cuervo, Esmeralda Ronsería, Consuelo Pareja, Leo Eisenband y Antonio Lozano Pareja

quienes ven afectada su imparcialidad por su cercanía, subordinación, relación contractual o societaria con el extremo demandado.

En esa misma dirección se le atribuyó una confesión al representante legal de la parte demandante sobre el no pago del precio, que en realidad no se dio, pues tal parte fue enfática en reconocer que no había lugar a exigir el aporte restante.

En segundo lugar, se apreció de forma sesgada y reprochable la prueba documental, pues el comunicado del 1° de junio del 2015 que en criterio del a-quo informaba sobre la pre -apertura del hotel, también contenía un aparte en el que se resaltaba que aquella actividad “no podía entenderse como declaratoria formal de inicio de etapa de operación del fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena, desde donde se realizará la operación del hotel, lo cual se llevará a cabo una vez INTERCONTINENTAL suscriba acta de recibo del hotel por encontrarse éste totalmente terminado a satisfacción de operador”.

Así mismo, el documento de fecha 2 de junio del 2015, también atendido por la instancia, no fue expedido por quienes estaban legitimados para comunicar la pre -apertura del hotel, esto es, el gerente e interventor del proyecto, conforme la nota pactada en el contrato de vinculación de inversionistas.

Por tal razón, se resquebrajó el principio de indivisibilidad y alcance probatorio del documento que consigna el artículo 250 del Código General del Proceso.

Frente a la prueba documental, también señaló que el fallo materia de censura tuvo en cuenta legajos que fueron expedidos con posterioridad al conflicto que aquí se ventila.

6.3.- De otro lado, sostuvo que la sentencia desconoció la naturaleza legal de los patrimonios autónomos, al asegurar que los actos en los que participaron las sociedades Gestión S&G y Espacios Urbanos S.A.S. -Fideicomitentes- podrían extenderse al fideicomiso demandante

6.4.- Aseveró que el representante legal de la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. carecía de facultad para disponer la instrucción irrevocable de desistimiento conforme se desprende de las actas asamblearias de tal sociedad, que imponían restricción estatutaria para operaciones y cuantía y, por ende, requerían de la aprobación de la junta directiva. De todos modos, si se aceptara, en gracia de la discusión, que la obligación a cargo de la demandante era exigible, la contratante demandada omitió constituir en mora al PA Grupo Promotor, conforme lo ordena el artículo 1608 del Código Civil; en todo caso, los estados de cartera expedidos por Alianza Fiduciaria dan cuenta que el demandante se encontraba en el término para el pago de sus aportes.

6.5.- Finalmente, alegó que en el fallo no se tuvieron en cuenta, todos y cada uno, de los hechos del libelo, en especial, los relativos a la conformación de un grupo empresarial no declarado entre los demandados que ejerció actos defraudatorios contra la actora, aspectos estos que encuentran pleno soporte demostrativo en el expediente, toda vez que ante el desistimiento del contrato de vinculación del PA Grupo Promotor, la directa beneficiada era la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., cuyos accionistas son los demás convocados.

En ese sentido, se deduce que hay un reclamo frente a lo no resolución de responsabilidad civil extracontractual que se solicitó contra las personas naturales y jurídicas convocadas, ajenas del PA Unidades Hoteleras.

7.- Así mismo, por auto adiado 16 de enero de la presente anualidad se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 del 2022.

7.1.- A través de escritos enviados por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal la apelante -demandante - sustentó en debida forma sus reparos, al tiempo que la contraparte se pronunció frente a la censura.

IV. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación de la relación jurídico procesal, como son demanda en forma, capacidad para comparecer, ser parte 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 desatar la apelación formulada por el extremo actor, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación del juzgador de la 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.

3.- Desde esta perspectiva, los problemas jurídicos a resolver consisten en determinar: (i) si la terminación unilateral del contrato de vinculación de inversionistas No. 10043079337-0 de fecha 5 de abril del 2011 se ajustó a la legalidad, o por el contrario, se debió a un actuar temerario del PA Unidades Hoteleras al no haberse hecho exigibles los compromisos del PA Grupo Promotor; ii) si se distorsionó o malinterpretó el clausulado que ató a los intervinientes y iii) si el a-quo incurrió en un indebida valoración probatoria.

4.- *La lectura del escrito inicial permite ver que se instauró como acción principal la acción derivada de los artículos 870 del Código de Comercio y 1546 del Código Civil, preceptos que en lo medular contienen las mismas disposiciones acerca de la condición resolutoria de los contratos bilaterales.*

Sobre tal temática ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que:

“La inteligencia del sentenciador de segunda instancia, es correcta, por cuanto al tenor de los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio, en los contratos bilaterales o de prestaciones correlativas el incumplimiento o renuencia a cumplir de una de las partes y el cumplimiento o disposición a cumplir de la otra, otorga acción para exigir su cumplimiento o su resolución con indemnización de perjuicios, o sea, la obligación misma (prestación in natura) o su equivalente pecuniario (subrogado, aestimatio pecunia) con la plena reparación de perjuicios, ya de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil), ora accesoria y consecuencial (artículo 1546, Código Civil), bien en forma autónoma e independiente, en cuanto el daño surge del incumplimiento total o parcial (...)”¹.

*Así mismo, tras interpretar el artículo 1546 del Código Civil, la citada Corporación ha establecido que para la prosperidad de cualquiera de las dos acciones taxativadas 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.- *La primera instancia encontró que la demandante incumplió sus obligaciones negociales, por ende, le estaba vedada la petición de resolución con reconocimiento de perjuicios invocada. Para tal fin, aseguró que la condición suspensiva a la que estaba sometida el nacimiento de la obligación a cargo de la actora había acaecido, de modo que la terminación unilateral en aplicación del clausulado convenido estuvo lejos de obedecer a un actuar temerario.*

Con la anterior precisión, advierte la Sala que la controversia gravita en torno a la interpretación que cada extremo de la litis le

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 1° de julio de 2009, M.P. William Namén Vargas, exp, 11001-3103-039-2000-00310-01.

dio al “contrato de vinculación de inversionistas Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena No. 10043079337” de fecha 5 de abril del 2011, mediante el cual, el PA Grupo Promotor se vinculó al Fideicomiso PA Unidades Hoteleras para la adquisición de 11 “unidades hoteleras” del proyecto que se desarrollaba para la construcción del Hotel Intercontinental Cartagena, valoradas en la suma \$13.648.800.000. En particular, se discute si la actora incurrió en mora en el pago de los aportes, o si, por el contrario, la fecha para esa solución, que no era determinada, sino sujeta a la “contra entrega del hotel”, no había llegado para la data en la que se dispuso la cláusula de desistimiento.

Entonces, como el debate se contrae a la interpretación del citado convenio, ha de recordarse que en dicha materia ha pregonado la jurisprudencia que en esta labor crítica debe el fallador tener en cuenta primeramente la regla contenida en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual, **conocida claramente la intención de los contratantes debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras**, de suerte que sólo puede acudir a las demás pautas de hermenéutica cuando no surja con toda nitidez la necesaria coincidencia entre el escrito y el pensamiento de las partes.

Ello también significa que, como igualmente lo prevé el artículo 1602 del Código Civil, en el derecho positivo colombiano se otorgue prevalencia al postulado de la autonomía de la voluntad en esta materia, pues las normas que regulan los contratos y convenciones en general deben mirarse como supletorias del querer de las partes, desde luego, siempre y cuando el convenio respete el orden público y las buenas costumbres, y además se ajuste estrictamente a las formas propias que respecto de algunos acuerdos expresamente exija la ley.

La H. Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Civil, ha sostenido que la intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido (G. J. tomo. LX, pág. 656 C. S. J. 3 de junio de 1946).

De ahí que atendiendo esta exigencia, la que indudablemente constituye una verdadera limitación a la autonomía de la voluntad, toda vez que les está vedado a los contratantes en cada caso particular, preterir, derogar o alterar motu proprio las formas previamente impuestas en esta especie de contratos. Así lo ha perfilado la jurisprudencia al puntualizar que la: “...naturaleza jurídica de un acto no es la que las partes que lo realizan quieran arbitrariamente darle, sino la que a él le corresponda

legalmente según sus elementos propios, sus calidades intrínsecas y las finalidades perseguidas”, a lo que agregó que: “...ese consentimiento no puede depender de las palabras empleadas para manifestarlo, sobre todo cuando omiten formalidades que leyes imperativas reclaman para moldear en ellas dicho consentimiento...” (G.J. tomo CLXXII, 1ª, pág. 112).

Bajo tal marco contractual, además de las otras cláusulas y conforme al principio consagrado en el art. 1502 de la Ley Sustantiva Civil, según el cual todo contrato debidamente celebrado es ley para las partes, esta Sala pasará a identificar las obligaciones que a cada una de ellas le imponía el contrato en mención, así como la forma en que se ejecutó.

6.- Conforme los antecedentes del clausulado suscrito², se señaló que el PA Unidades Hoteleras tiene planificada la operación de un hotel “cuya construcción se llevará a cabo a través del Fideicomiso NAO FUN & SHOPPING, en unos inmuebles que integrará este último Patrimonio Autónomo, ubicado en la ciudad de Cartagena”; que “una vez el hotel referido (...) se encuentre construido y dotado con lo necesario para su funcionamiento, la titularidad jurídica del mismo será transferida por ALIANZA FIDUCIARIA S.A. como vocera del FIDEICOMISO NAO FUN & SHOPPING a favor del FIDEICOMISO UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA a título de beneficio de fiducia”.

Así mismo se estableció que el Fideicomiso Unidades Hoteleras se desarrollaría en tres etapas, previa, intermedia y de operación, sujetas al cumplimiento de condiciones de giro, al inicio de operación del hotel y a la entrega a los inversionistas de los excedentes de la explotación, respectivamente. Como es usual en este tipo de negocios jurídicos, se buscaron los recursos para la financiación del proyecto con la inversión del público, y en ese devenir, el PA Grupo Promotor -aquí demandante- concurrió al encargo correspondiente para la adquisición de 11 unidades hoteleras, en esa calidad, serían vinculadas al PA Unidades Hoteleras “con el propósito de ser registrados, al inicio de la etapa intermedia ... como beneficiarios ... y en dicha proporción se les entreguen, a partir del inicio de la ETAPA DE OPERACIÓN los excedentes que genere la operación hotelera”.

En contraprestación, el PA Grupo Promotor se obligó a pagar en varios instalamentos el precio atrás citado, siendo el último contado “a contra entrega del hotel”. Este aparte, del cronograma de pagos fue modificado mediante los otrosíes No.1, No.2 y el No.3 de fecha 1º de marzo del 2012 en el que se pactó que la primera cuota de \$1.000.000 se daba a la firma inicial y el saldo restante, esto es, \$13.647.800.000 sería a la “contra entrega” previamente convenida (pág. 65, pdf 0001).

Los contratantes además dejaron estipulada una NOTA en la vinculación que textualizaba: “la fecha estimada del último aportes (sic), esto es, “contra entrega hotel” será cuando se expida un comunicado del FIDEICOMITENTES GERENTE -GESTIÓN S & G S.A.S.-

² Págs. 52 a 54 Archivo 0001Folio1a 1992, Cuaderno principal.

y del interventor del proyecto manifestando que empezó la etapa de pre-apertura del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo del 2010”.

*Por ser relevante para el caso en estudio, también vale señalar que en el convenio en mención se dejó como instrucciones del inversionista que los aportes serían destinados como se preveía en el contrato constitutivo del PA Unidades Hoteleras para **la adquisición del inmueble que constituirá el hotel, la adecuación del mismo y los gastos de pre-apertura** según el contrato de operación celebrado entre el FIDEICOMITENTE y el OPERADOR HOTELERO, el inicio de su operación, el capital de trabajo correspondiente y para atender los gastos que se establecen en el contrato de operación a cargo del mandante previos al inicio de la etapa de operación de dicho hotel.*

De igual forma, se fijó el procedimiento o consecuencia ante el incumplimiento en la solución de los aportes o la mora superior a 60 días, entendiéndose desistida la inversión y aplicando la desvinculación (cláusula décima sexta).

6.1.- A su turno, en el contrato de fiducia mercantil que constituyó el Fideicomiso NAO FUN & SHOPPING encargado de la construcción del hotel se estipuló que los beneficiarios de área serían las personas naturales y jurídicas vinculadas mediante el respectivo contrato. En la cláusula décima séptima se estableció que aquellos no contraen obligación alguna relacionada con el desarrollo del Proyecto, ni tendrían derechos ni obligaciones derivados del contrato de Fiducia diferentes del derecho a recibir las unidades.

También se definió que el proyecto sería desarrollado en dos periodos; el pre operativo, en el cual se daría la elaboración de diseños, estudios técnicos y financieros y todos los actos jurídicos necesarios para la obtención de recursos, entre ellos la suscripción de los contratos de encargo de inversión, y el operativo que empezaría luego de las condiciones de giro, en el que los recursos entregados por los inversionistas se podrían a disposición del gerente para la cancelación de los costos del proyecto (págs.89 a 135, pdf 001, ib) .

*6.2.- De otra parte, en la constitución del PA Unidades Hoteleras (pág. 256, ib) a través del cual se harían las vinculaciones de inversionistas, se impuso como obligación del fideicomiso “registrar como titulares de las UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA a los terceros que durante la ETAPA PREVIA constituyeron encargos fiduciarios y suscribieron las correspondientes cartas de instrucciones con el fin de adquirir dichas unidades, **siempre y cuando dichos terceros hayan cumplido con la obligaciones (sic) de entregar las sumas de dinero establecidas en las mencionadas cartas**”. También se dejó expresamente que “el texto del contrato de operación forma parte íntegra” de ese convenio de fiducia y que los aportes*

de los inversionistas se destinarían los gastos de pre- apertura según el contrato de operación.

6.3.- Ahora bien, puesto que el hotel se desarrollaría bajo la marca INTERCONTINENTAL se suscribió contrato de administración hotelera entre Constructora Centro Comercial Cartagena y Six Continents Hotels de Colombia S.A. del 10 de mayo del 2010³, mediante tal convenio se confirió al operador el derecho único y exclusivo de supervisar y dirigir la administración y operación del hotel, con el derecho de “determinar la política operativa” sujeto a los estándares de la marca (artículo 1. Num. 1.01.).

En tal negocio jurídico se impusieron unos plazos para el inicio de la operación y el fin de la construcción del hotel, derivando como consecuencia de su incumplimiento otorgarle al operador la facultad de decidir si daba por terminado el contrato con indemnización, para lo cual se pactaron anticipadamente unos montos (págs. 155, ib).

Así mismo, en el artículo “cuarto” se definió la **“PRE-APERTURA” como la etapa en la que el operador presentaría un plan y presupuesto a la “compañía” en los que se señalen todas las actividades que el operador anticipa, según su juicio, será necesario o deseable realizar para preparar el Hotel para su apertura, incluyendo, entre otras cosas, contrataciones, capacitación, salarios y alojamiento del personal, publicidad y promociones, relaciones públicas, espacio para oficinas etc.**

En el numeral 4.04. se consignó: “inspección pre-apertura: Durante el periodo previo a la fecha de apertura, la compañía y el operador conjuntamente realizarán inspecciones periódicas y regulares incluyendo una inspección final de pre -apertura para efectos de determinar el cumplimiento con el TSA, los planos y especificaciones y los estándares de la marca”, agregando que “el operador no estará obligado a aceptar el hotel para apertura como InterContinental Hotels & Resorts hasta que la inspección del hotel indique que haya sido completado plenamente, excluyendo ítems menores que se encuentren pendientes, **siempre que el operador decida según su absoluta discreción** que la estadía del huésped no se verá adversamente afectada” (Resaltado fuera de texto).

6.4.-Finalmente, en el contrato mediante el cual se constituyó el PA Grupo Promotor, aquí demandante, se declaró que la Fiduciaria conocía y aceptaba el contenido de los contratos de fiducia mercantil Nao Fun & Shopping, Unidades Hoteleras Nao Cartagena y Fracciones Unidades Hoteleras. Se definió el objeto del mismo “la transferencia y recepción de los recursos ... para invertirlos en un paquete de unidades hoteleras Nao Cartagena. Así mismo, en tal convenio se reguló que GESTIÓN S &G S.A.S. sería el ordenante del gasto y dispondría de los pagos y giros necesarios, previa su firma registrada. (Pág. 321 a 346, ib).

³ Pág. 136 a 255, Archivo 0001.

7.- Las anteriores convenciones, como se advierte, estaban relacionadas entre sí, porque para una misma finalidad, esto es, la construcción del denominado “PROYECTO” incluida la operación del Hotel, se constituyeron los diferentes fideicomisos y se suscribió el contrato de operación, en el que participaron esencialmente los mismos contratantes en una u otra calidad, Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S., GESTIÓN S &G S.A.S., TENCO S.A., ESPACIOS URBANOS S.A., ARQUITECTOS INTERNACIONALES S.A.S., GVA ASOCIADOS.

De ese modo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han optado por denominar como contratos coligados a aquellos que si bien son totalmente independientes el uno del otro, aparecen unidos externamente y sin que haya subordinación, empero, cumplen una función económica única, o en otros términos, confluyen en el logro de un mismo objeto.

7.1.- Sobre este punto, la Corporación en cita, en otra de sus sentencias, expresó:

“Por consiguiente, y sin desconocer la existencia de un motivo supracontractual, esto es, un móvil que, en general, sirve de apoyo a la celebración de la operación económica, in complexu, el examen de la causa que permita establecer la pluralidad de contratos, deberá efectuarse en el interior de ellos. **Se trata de comprobar si todos responden a una sola causa o a distintas, que los ligan entre sí.** En la primera hipótesis, únicamente podrá reconocerse la existencia de un sólo negocio jurídico, no habiendo lugar a hablar de conexidad contractual; en la segunda, la conclusión será distinta: **existen diversos contratos autónomos, pero con un vínculo relevante de dependencia, ora recíproca -interdependencia, unos con otros-, ora unilateral -unos de otros**”⁴.

8.- Ahora bien, a juicio del recurrente, la sentencia de primera instancia desconoció la coligadura contractual al establecer el incumplimiento de la obligación de pago de los aportes, toda vez que, en su criterio, se encontraba eximida de atender su compromiso, hasta tanto no se verificara por parte del PA Unidades Hoteleras el cumplimiento de sus obligaciones propias, esencialmente, las relacionadas con la apertura del hotel.

En ese orden, se observa que si bien en el fallo que se censura no se hizo alusión concreta al fenómeno de los contratos coligados, esa ausencia de fundamentación, aunque de lugar a reparo, no conduce a un resultado distinto, porque auscultada la realidad comercial, para el Tribunal es patente que la condición suspensiva de contra entrega del hotel acaeció y, dada la naturaleza del proyecto, era esencial que se contara con los aportes de inversionistas con anterioridad a la entrada de la etapa de operación definida en las Fiducias, ya que los mismos resultaban indispensables para asumir los costos que demandaba el desarrollo y puesta en funcionamiento del proyecto.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia adiada 25 de septiembre de 2007, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, exp, 11001-31-03-027-2000-00528-01

En efecto, según varias de las cláusulas atrás reseñadas que conformaron los contratos coligados, resulta claro que los contratantes PA Unidades Hoteleras y PA Grupo Promotor eran concededoras de todos los negocios jurídicos conexos y que los aportes de inversión debían estar en el haber de fideicomiso previo al inicio de la etapa operativa, pues precisamente serían destinados a los costos de pre -apertura del hotel y demás gastos de la puesta en funcionamiento del mismo.

*De tal modo, el giro de esos recursos, conforme se dejó estipulado en la “NOTA” del contrato de vinculación **será cuando se expida un comunicado del FIDEICOMITENTES GERENTE -GESTIÓN S & G S.A.S.- y del interventor del proyecto manifestando que empezó la etapa de pre-apertura del hotel, en cumplimiento del contrato suscrito entre CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo del 2010”.***

Y sobre los puntos en debate, esto es, si ocurrió la pre -apertura del hotel, si se expidió el comunicado y si se dio en cumplimiento del contrato de fecha 10 de mayo del 2010 es abundante la prueba en el expediente que acredita que esas específicas condiciones sí tuvieron lugar.

8.1.- Al respecto, cabe destacar, los testimonios de Esmeralda Ronsería, María Consuelo Pareja, Margarita María Cuervo, y Antonio Pareja, mismos que si bien fueron tachados de sospecha por el demandante, para el Tribunal no ofrecen manto de duda alguno, fueron espontáneos, coherentes y narraron con suficiencia las circunstancias de tiempo, modo y lugar relacionadas con los negocios que incumben a esta litis, y analizados con mayor rigurosidad por los posibles vínculos con las demandadas se concluye que la tacha elevada no tiene fundamento. Frente a este tópico igualmente destaca la Sala que resulta paradójico que el apelante ponga en tela de juicio las declaraciones, pero al mismo tiempo, pretenda sustentar varios de sus reparos en esas mismas versiones, para lo cual, extrae únicamente los apartes que convienen a sus aspiraciones, actuar que la resta vigor jurídico al reparo formulado en la apelación.

Esmeralda Ronsería quien labora como Asistente de Negocios Fiduciarios en Alianza S.A. y administró el Fideicomiso NAO FUN & SHOPPING aseguró que el hotel fue construido, pero no se transfirió al fideicomiso PA Unidades Hoteleras por la existencia de un crédito constructor con Bancolombia, el que no se ha saldado. Aseguró que poco antes de finalizar la construcción iniciaron algunos problemas con la Sociedad Espacios Urbanos y con el Gerente del proyecto Gestión S&G, por lo que a partir de tal momento la Constructora Centro Comercial Cartagena empezó a manejar el negocio. Sobre el contrato de vinculación del PA Grupo Promotor aseguró que aquellos inversionistas solo pagaron \$1.000.000 y por tal motivo se aplicó la cláusula de desistimiento ya que, en mayo del 2015 debían pagar el saldo de sus aportes y no lo hicieron. Destacó que el inicio de la operación del hotel se coordinó con Espacios Urbanos y S&G y que se cumplió la condición para el pago del último instalamento porque se entregó el hotel al operador, luego de lo cual, con la

cartera al día, se debía continuar con la siguiente fase, esto es a la repartición de los excedentes a los fideicomitentes.

*Agregó que la **pre apertura estaba definida como una prueba de carga de la operación, que en esa época el hotel no estaba al 100% porque faltaban algunas habitaciones, pero desde ese momento empezó a funcionar.** En ese mismo sentido, dijo que esa etapa de pre -apertura era distinta a la operativa, pues la primera tenía que ver con la prueba de funcionamiento del hotel o la entrega de la edificación al operador, y la segunda está definida de forma distinta, para cuando el hotel esté andado totalmente para distribuir entre los beneficiarios los rendimientos, a prorrata de su participación.*

*También dijo que **antes de mayo del 2015 la gerencia del proyecto envió una comunicación a la Fiduciaria anunciando el inicio de la pre -apertura** y salvo algunas recomendaciones menores, el operador no ha mostrado inconformidad ni oposición al funcionamiento del hotel, ello pese a que la transferencia jurídica del bien no se ha presentado, añadió que no conoce si se suscribió acta de inicio y que actualmente sobre el predio pesa un gravamen hipotecario a favor de Bancolombia (archivos 189 y 190).*

*Por su parte, María Consuelo Pareja, quien fungió como representante legal de la Constructora Centro Comercial Cartagena para la época en la que se impartió la instrucción a la Fiduciaria de aplicar el desistimiento, entregó una declaración precisa y detallada de los contratos suscritos para el desarrollo del proyecto, y atestiguó que en su conocimiento el PA Grupo Promotor incumplió con el pago de sus aportes, por lo que decidieron aplicar la cláusula correspondiente. Relató que la condición pactada de “contra entrega” fue negociada exclusivamente por el Grupo Promotor, porque no estaba consignada de esa forma para todos los inversionistas, ya que a los demás se les daban fechas determinadas de pago y, en esa dirección, afirmó que **la fecha de pre apertura del hotel se dio, incluso, antes de mayo del 2015** porque por ese periodo se encontraban en una preparación con el operador para el cumplimiento de estándares de la marca, lo que culminó el 13 de mayo de tal anualidad cuando se recibieron los primeros huéspedes. De su conocimiento del proyecto relató que la etapa de pre apertura era aquella en la que el operador traía su personal a las instalaciones, pues, aunque desde el inicio intervinieron en la conceptualización, en la citada etapa el gerente de la operadora supervisaba de forma permanente todos los procesos, previo a la “primera noche hotelera”.*

*También declaró que **Gestión S&G expidió varias comunicaciones formalizando la etapa de pre -apertura, estas las envió junto con material fotográfico a los inversionistas, a la Constructora y a Bancolombia y era tal sociedad la encargada de la coordinación correspondiente de tal temática.** Añadió que ante la mora en el pago de los aportes se requirió a los inversionistas atrasados y, por último, aclaró que los apartamentos no forman parte del hotel, ni de la operación convenida con InterContinental (archivos 206, ib).*

*Margarita María Cuervo, representante legal de SIX CONTINENTS HOTELS COLOMBIA aseguró que la compañía que representa siempre hace inspecciones anteriores a la apertura del hotel, de acuerdo con las políticas de la cadena, sin las cuales no puede abrir. Añadió que el hotel ya entró en funcionamiento en el año 2015 y aunque no conoce que haya acta firmada, **si abrió al público es porque cumplía con los estándares para operar.** Conoce de una carta de Tatiana Godoy donde se hace una serie de recomendaciones sobre la falta de algunas tareas, se dio el visto bueno, porque, insistió, podía operar. Advirtió que el hotel ha venido funcionando desde el 13 de mayo del 2015, sin cerrar operación, y que de ello da cuenta la facturación correspondiente, además, señaló que la utilización de las habitaciones se dio en la apertura, **pero antes de eso se tuvo que preparar al personal, se contaba con la presencia del gerente, director financiero, el jefe de mantenimiento y todo el equipo que tiene la cadena para colocar el hotel en óptimas condiciones para entrar en funcionamiento, es decir, 12, 14, 18 meses antes que el personal administrativo va entrando paulatinamente para preparar las instalaciones.***

Adicionó que toda la operación hotelera tiene un “pre” no tiene que estar completamente el hotel 100% para entrar en operación, en el camino se pueden hacer ajustes, el hotel ingresó con un porcentaje de adecuaciones y ya se acataron las recomendaciones.

Antonio Lozano Pareja, quien es gerente de la constructora CONCOL S.A.S., persona jurídica que fungió como interventora técnica del proyecto, señaló que su labor era centrada en revisar que la construcción se diera conforme los planos y con los materiales contratados y no tenía nada que ver con los fideicomisos. Aseguró que la construcción hotelera se entregó totalmente, inicialmente unas 100 0 120 habitaciones y luego el total, como en el 2017. Aseguró que fue todo recibido a satisfacción. Que el 13 de mayo del 2015 se hizo la primera pre apertura del hotel, la que consistía en un inicio del hotel para hacer pruebas de las instalaciones. Aseguró que antes del 13 de mayo del 2015 entró el operador hotelero y de la mano con la interventoría se hacían todas las pruebas necesarias (archivo 227).

Como viene de verse, todas estas declaraciones revelan que se dio la pre -apertura del hotel en los términos del contrato de operación y que el tema era conocido y coordinado por S&G S.A.S. Gerente del proyecto, quien además lo comunicó a la Fiduciaria y a los inversionistas.

8.2.- Adicional a lo expuesto, los elementos de juicio documentales que dan cuenta del acaecimiento de la condición son varios, resaltándose, los siguientes:

En el informe de entrega de febrero 15 del 2016, expedido por la firma encargada de la gerencia Gestión S&G S.A.S. esta persona jurídica consignó: “ESTADO ACTUAL: A la fecha de entrega de este informe se encuentra el proyecto con los trámites legales al día de acuerdo al estado de comercialización y de construcción. Las gestiones legales futuras que revisten gran importancia y que quedan a cargo de Constructora Centro

*Comercial Cartagena SAS, son: el establecimiento de la operación formal del hotel por parte de Alianza Fiduciaria, la gestión de la exención de impuesto de renta una vez se encuentre operando el hotel al 100% la individualización de la energía de los diferentes componentes que conforman el proyecto, la gestión de un contrato de operación de los 12 apartamentos de uso hotelero ... y la liberación del crédito constructor” Adicionalmente, se señaló: “**desde el 13 de mayo de 2015 el operador del Hotel, Intercontinental Hotels Group -Cadena Intercontinental, se encuentra en pre-operación con apertura parcial del hotel**” (págs. 344 a 366, archivo 0001).*

Varios correos electrónicos cruzados entre la fiduciaria y GESTIÓN S&G, el operador hotelero entre otros, dieron cuenta del estado de pre -apertura así:

En julio y agosto del 2014, el operador hotelero y representantes del Gerente ya se encontraban en el montaje de cocina y dotación de los primeros televisores de 42” marca LG, así mismo, del suministro instalación y soporte de telefonía, como contratos de pre apertura con UNE (págs. 17 a 24, y 93 a 95 archivo 0167, CuadernoPrincipal).

*De igual forma, el 6 de agosto del 2014, Jairo Becerra de Gestión S&G envía mensaje de datos a Luis Estefan Gerente del hotel Intercontinental, representante del operador, en el que a su vez, se reenvía correo de Clay Dickinson representante de Asset Manager adjuntando “la agenda preliminar de nuestra primera reunión (Kick-off Meetin) **para darle inicio a la Gestión de Propiedad.- Fase I Pre-Apertura del InterContinental Bocagrande Cartagena** (págs. 27 a 32, ib).*

*El 8 de agosto del 2014, Luis Estefan remite correo electrónico remite mensaje de datos a Jairo Becerra y Clay Dickinson programando una reunión para **revisar el presupuesto de pre -apertura** (pág. 64, ib).*

En adición, en la mensualidad atrás citada se inició la pre -entrega de habitaciones al operador (pág. 98, ib).

El 12 de septiembre de 2014 el Gerente envía comunicación al operador hotelero en el que se planean algunas fechas para el “soft-opening” y otras para la entrega total del hotel. En ese mismo sentido se envía escrito entre las mismas partes del 4 de febrero del 2015 comprometiéndose a la entrega de 121 habitaciones y de áreas públicas para el 31 de marzo del 2015, así como del “gran salón de convenciones (ball room) para el 7 de abril siguiente (pág. 1, archivo 0168).

En los primeros meses del 2015 se continuó con la contratación de proveedores, formalización de cuentas de recaudo, facturas electrónicas (pág. 27 a 32, ib).

Ya en mayo de la citada anualidad se inició con la coordinación del soft opening o apertura al público parcial, circunstancia que

finalmente ocurrió y de ello no hay discusión el 13 de mayo del 2015 (págs. 33 a 46, ib).

También se aportó al plenario planillas de las capacitaciones brindadas a empleados de recepción, cocina, amas de llaves, previas al soft opening (archivos 154 y 156, Cuadernoprincipal).

A juicio de la Sala, todas esas actuaciones se enmarcaron en lo que según el contrato suscrito entre **CONSTRUCTORA CENTRO COMERCIAL CARTAGENA S.A.S., con INTERCONTINENTAL de fecha 10 de mayo del 2010** se fijó como la PRE APERTURA, que vale la pena reiterar, por su importancia, se trataba de una etapa en la que se presentaría presupuestos, se capacitaría personal, se realizaría promoción del hotel, así como una inspección previa revisando los estándares de la marca InterContinental.

Cabe añadir que, en el proceso igualmente quedó acreditado que el operador hotelero no se opuso a que, luego de todos esos procedimientos, y aun cuando el hotel no contaba con el 100% de su capacidad, se realizara el soft opening, entendido como una apertura al público parcial. De todos modos, en el mismo convenio de operación se dejó claro que la decisión de apertura era de “absoluta discreción” del mandatario (representante de InterContinental) siempre que la estadía del huésped no se viera afectada.

En esa misma dirección, Luis Estefan, Gerente del hotel, previo a la apertura al público emitió mensaje de datos a Gestión S&G en el que aseguró que la decisión del soft opening era exclusiva del operador y constató sobre la etapa de preapertura, así:

Maria Consuelo Pareja Sierra

De: Luis F. Estefan <luis.estefan@ihg.com>
Enviado el: Thursday, May 7, 2015 10:14 PM
Para: Jairo Becerra
CC: Jaime Hincapie; susana Percy Garrido
Asunto: Re: SOLICITUD SOFT OPENING MAYO 2015
Datos adjuntos: image001.jpg

Apreciado Jairo

No recuerdo haber hecho esta solicitud, no conozco jurídicamente la razón por la cual tengo que solicitar permiso de apertura del hotel a la fiduciaria. Si nosotros tenemos un contrato que nos faculta para ello, Si hay una razón jurídicamente o políticamente valida para ellos la agradezco me lo puedas aclarar.

Me pregunto mas bien si no debe ser Tu como gerente del proyecto y administrador del activo durante el periodo de de preapertura y quien aparece como corresponsal principal frente a IHG quien debe informar la fiduciaria el estado REAL del hotel, el avance de la obra su programa el avance de su construcción y la programación real y oficial del a entrega para la entrega del hotel . No entiendo porque deba ser nosotros los operadores si la compañía que TU representas es la vocera y la que informe al fideicomiso y nos comunique , Nosotros hemos programado a la fecha de apertura concorde a la fechas que tu nos has informado fruto de lo que comunica las juntas .

Quedo atento a tu oportuna aclaracion , sobra decirte que estamos MUY escaso de tiempo ya que aun no tenemos autorizacion de IHG por pendientes de obra y de SYG en dotación y amoblamiento del hotel.

Gracias

Luis F. Estefan

General Manager

INTERCONTINENTAL
 Cartagena de Indias
 Bocagrande Carrera 1 No. 5-01 / Cartagena, Colombia
 mobile: +57-310 239 6801 / Email: luis.estefan@ihg.com

Pero adicionalmente, obra en el expediente el otrosí #1 celebrado entre Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. y Jones

*Lang Lasalle Ltda., modificadorio del contrato del 15 de julio del 2014, en el que se acordó expresamente que la **fase de pre -apertura comenzará a finales del agosto del 2014** y se llevará a cabo durante seis (6) meses o hasta que se genere la apertura oficial del hotel (págs. 2 a 6, archivo 0168, cuaderno principal).*

*Así las cosas, puesto que la pre apertura fijada en la nota anexa al contrato de vinculación estaba supeditada al contrato de operación hotelera, no hay razones válidas para afirmar que aquella no acaeció, siendo lógico afirmar que esa etapa se surtió, incluso **ANTES** del 13 mayo del 2015, pues, en rigor, esta data fue en la que se permitió el ingreso de huéspedes y demás usuarios al hotel InterContinental.*

De otro lado, ha de verse en este aspecto que el operador hotelero consintió recibir la construcción y hacer la apertura del hotel en las condiciones que se encontraba el 13 de mayo del 2015, ya se anotó, que era de su exclusiva discreción esa determinación, pero, cualquier incumplimiento del convenio con InterContinental, como mora en la construcción, daba lugar a unas indemnizaciones pactadas entre esas partes, o incluso a finalizar el negocio jurídico, pero esa circunstancia no ocurrió.

8.3.- Ahora bien, en precedencia se mencionó que María Consuelo Pareja relató que la cláusula de contra entrega se negoció exclusivamente con el PA Grupo Promotor, así mismo, se hizo alusión a que uno de los Fideicomitentes y el ordenante del gasto de tal fideicomiso era la sociedad Gestión S&G S.A.S., quien a su vez, fungió como Gerente del Proyecto, estuvo al tanto de todas las etapas de construcción del hotel, coordinó la pre-apertura y el soft opening y conocía “al dedillo” de los pormenores financieros, constructivos, operativos del negocio, así como de todos los fideicomisos coligados. |

Tal escenario es relevante para el Tribunal, porque a la hora de interpretar los contratos, como ya se dijo, es esencial conocer la intención de las partes, así como la conducta negocial desplegada, misma que revela que el Fideicomitente y gestor de gasto del PA Grupo Promotor Gestión S&G S.A.S. y Espacios Urbanos también fideicomitente conocían a cabalidad del inicio de la etapa de pre -apertura definida en el contrato de operación la que se presentó como mínimo en el segundo semestre del 2014, según dieron cuenta las documentales atrás reseñadas.

Y no se pretende con ello, como lo asegura la censura, restarle importancia a la naturaleza del patrimonio autónomo demandante y que fungió como contratante en el convenio de vinculación, pues aunque en principio podría decirse que los actos del Fideicomitente son aislados del fideicomiso, este particular evento, dadas las condiciones a las que se ha hecho alusión, por la posición jurídica que ostentaba Gestión S&G S.A.S. es viable asegurar que conocía del acaecimiento de la condición y, por ende, de la exigibilidad de la obligación de pago de los aportes, por lo que ha debido dar la instrucción de desembolso a la fiduciaria en su calidad de ordenante del gasto.

Sobre el particular, ha de recordarse que:

Para averiguar el querer de los obligados, a más del tenor literal de sus cláusulas y las directrices establecidas en los artículos 1618 a 1624 del Código Civil, 5° y 823 del Código de Comercio, debe tener en cuenta el intérprete diversos factores que inciden en el acuerdo, tales como las condiciones particulares de los intervinientes y su proceder en los diferentes momentos contractuales, esto es, antes, durante y después de su celebración, de tal manera que se refleje de manera precisa el ánimo que los inspiró a vincularse (CSJ SC, 24 jul. 2012, rad. n.° 2005-00595-01).

8.4.- Pero aun si se pasara por alto lo ya expuesto, sobre la comunicación rigurosa que tanto extraña el apelante, se observa que el 1° de junio del 2015 -se da alcance a una comunicación de febrero de ese año- informando a los inversionistas sobre la apertura parcial al público del hotel en la modalidad soft -opening, aclarándose que aquello “no podía entenderse como declaratoria del inicio de etapa de operación del fideicomiso UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA -desde donde se realizará la operación del hotel- lo cual se llevará a cabo una vez InterContinental suscriba acta de recibo del hotel por encontrarse éste totalmente terminado a satisfacción del operador” (pág. 909, pdf 0001)

De: Carlos Alberto Serna <gerencia@espacios-urbanos.com>
Enviado el: Monday, June 1, 2015 12:18 PM
Para: Leo Eisenband Gottlieb; 'VASQUEZ Luis Fernando'; Maria Consuelo Pareja Sierra; Rafael Antonio Rico Morales; susana Percy Garrido
CC: rodrigoserna@espacios-urbanos.com; 'Bernardo Rugeles'; aotalora@gestionsyg.com; 'Mauricio Triana'; 'Mercedes Ceballos Castrillón'
Asunto: RV: Actualización estado de ejecución del proyecto Hotel Intercontinental Cartagena
Datos adjuntos: Actualizacion estado proyecto Inter.pdf

Buenas tardes,
 Adjunto comunicación enviada en la fecha a todos los inversionistas de derechos fiduciarios del hotel InterContinental Cartagena.
 Cordialmente,

CARLOS ALBERTO SERNA LONDOÑO
 Gerente General

Calle 86 N° 10-88 piso 8
 Tel: (571) 616 6577 - Fax: (571) 256 8974
 Bogotá D.C. - Colombia

www.espacios-urbanos.com

Síguenos en:



En septiembre del 2015 igualmente se envió comunicado a los inversionistas manifestando: “en comunicación remitida el pasado mes de junio, les informamos que el Hotel realizó una apertura parcial bajo la modalidad soft opening desde el 13 de mayo de 2015, con 124 habitaciones y otras áreas de servicio para los huéspedes. A la fecha, el Soft Opening ha resultado un ejercicio exitoso y ya se encuentran en funcionamiento

159 habitaciones y se han celebrado varios eventos que empiezan a posicionar al Hotel como uno de los mejores de la ciudad de Cartagena y de la región.

“Por otra parte, es preciso informarles que por diferentes circunstancias ajenas a la voluntad del grupo promotor, el proceso constructivo, de dotación y acabados sufrió retrasos más allá de lo presupuestado al inicio del proyecto, lo que ha demorado la entrega definitiva del Hotel a Six Continents Hotels de Colombo S.A., (...) para la operación del hotel bajo esta marca internacional.

“... como se mencionó en la comunicación anterior, una vez se haga la entrega definitiva al Hotel y se cumplan las demás condiciones estipuladas en cada uno de los contratos de fiducia, Alianza Fiduciaria convocará formalmente a la primera Asamblea de Inversionistas ... (pág. 82, archivo 0170).

Todos esos comunicados permitían aseverar que, cuando menos, en febrero del 2015 ya se había informado a los inversionistas sobre el estado de avance del hotel, encontrándose en procesos de pre -apertura ceñidos al contrato de operación hotelera. Entonces en uno y otro evento, esto es, el conocimiento directo del fideicomitente y ordenante del gasto del PA Grupo Promotor, o por los comunicados relacionados surgía para el contratante la obligación de solucionar su débito, el que se insiste, por obvias razones, debía estar en poder del proyecto con anterioridad a que se entrara a la etapa de operación.

A tono con lo expuesto, resalta el Tribunal que no se advierte la indebida valoración probatoria de los documentos atrás citados, pues, aunque en ellos se hizo una salvedad sobre el “soft opening”, aclarando que era distinta a la entrada de la etapa operativa, esa circunstancia estaba lejos de afectar la obligación del PA Grupo Promotor, porque conforme lo pactado en la “NOTA” a este solo le bastaba con la noticia de la pre -apertura conforme los términos del contrato de operación, misma que se dio con todas las actuaciones reseñadas.

En otros términos, es claro que no es lo mismo etapa pre operativa o de “pre apertura” que la operación como en su disenso lo expone de manera desafortunada el demandante.

9.- Y es que el aquí apelante, interpreta que su obligación de pago solo se haría exigible cuando se cumplieran ciertos requisitos que en realidad no estaban contemplados para iniciar la pre -apertura del hotel.

*En efecto, si los recursos de la inversión eran destinados a la dotación, construcción del hotel y costos pre-apertura, entendiéndose que **sólo** una vez pagados los mismos se registraría a los firmantes de los encargos fiduciarios como titulares de las unidades hoteleras, otorgándoles los derechos propios de su inversión, según quedó pactado en la fiducia mercantil que constituyó el PA Unidades Hoteleras, resulta desacertado*

exigir que previo al desembolso se contara con presupuestos propios de la etapa operativa en la que se daría la repartición de los excedentes o rendimientos de la inversión.

Véase que el objeto del convenio atrás citado era que “durante la etapa intermedia” se registre como titulares de las UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA a los terceros que durante la ETAPA PREVIA constituyen encargos fiduciarios y suscribieron las correspondientes cartas de instrucciones (...) siempre y cuando dichos terceros hayan cumplido con la obligaciones (sic) de entregar las sumas de dinero establecidas en las mencionadas cartas” (págs. 264 y 265, ib).

Ciertamente, ya se dijo que sí se dio el comunicado sobre el inicio de la etapa de pre apertura y que tal estadio del proyecto tuvo lugar, entre junio del 2014 y mayo del 2015, previo a la entrada de público al hotel, conforme el contrato de operación hotelera del 10 de mayo del 2010. También se corroboró que el gerente del proyecto Gestión S&G S.A.S. emitió todas esas misivas a los involucrados y estuvo al tanto de todo el proceso pre operativo, eventos con los cuales se tendría por cumplida la condición para el desembolso.

Ahora, asegura el apelante que además ha debido i) vincular el Fideicomiso Unidades Hoteleras Nao Cartagena al Fideicomiso Nao Fun & Shopping; ii) darse el pago del precio y la transferencia de aportes entre los citados fideicomisos por la torre hotelera y iii) realizarse la constitución como beneficiario de área del PA Unidades Hoteleras.

*Tal apreciación no la comparte la Sala, ya que, si se miran bien los contratos de fiducia coligados, la transferencia de la titularidad jurídica del hotel a favor del PA Unidades Hoteleras y, en consecuencia, la constitución de este como beneficiario de área, solo se daría una vez el mismo “se encuentre construido y dotado con lo necesario **para su operación**” es decir, en una etapa posterior a la “pre -apertura”. Así, en la fiducia mercantil que constituyó el PA Unidades Hoteleras se consignó que el fideicomiso debía:*

C. DURANTE LA ETAPA DE OPERACIÓN

1. Recibir con destino al Fideicomiso la titularidad jurídica del HOTEL, por transferencia que del mismo haga a su favor el FIDEICOMISO NAO FUN + SHOPPING a título de beneficio de área (...).

Esa etapa (operación) estaba definida textualmente como aquella comprendida “desde la suscripción del acta de inicio de operación del HOTEL hasta la liquidación del PATRIMONIO AUTÓNOMO. Su objeto es la administración del HOTEL por parte del OPERADOR HOTELERO en la forma establecida en el respectivo contrato de mandato para la operación del hotel y la entrega a los INVERSIONISTAS de los excedentes de la explotación del referido HOTEL en forma proporcional al porcentaje del mismo que representan las UNIDADES HOTELERAS NAO CARTAGENA adquiridas por cada uno de ellos” (pág. 260, ib).

De tal modo, puesto que la pre apertura definida en el convenio de operación hotelera –que daba lugar al nacimiento de la obligación de pago de la demandante-, por obvias razones, debía presentarse antes del acta de inicio de operación del hotel, entendiéndose esta última como la apertura formal al público, generándose con ella los dividendos que serían entregados a los inversionistas, carece de lógica el obstáculo que aspira imponer el censor, porque su compromiso era previo y, si bien, en el expediente quedó acreditado que aun con el soft opening y la entrada en funcionamiento del hotel esa titularidad jurídica todavía no está en cabeza del PA Unidades Hoteleras, esa desatención ya no le incumbe al PA Grupo Promotor, toda vez que fue desvinculado del fideicomiso y su transgresión contractual le deslegitima para continuar la discusión de las etapas finales del Proyecto hotelero.

*9.1.- Igual razonamiento cabe predicar sobre el gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble en el que se desarrolló el hotel. De un lado, el compromiso de liberar los activos de gravámenes se daría al momento en el cual se dé inicio **a la etapa de operación** (parágrafo, cláusula sexta contrato de vinculación). Y de otro, es claro que esa eventualidad no impidió la entrega al operador hotelero; frente a ese tema, SIX CONTINENTS HOTELS COLOMBIA S.A. no opuso objeción alguna, y como viene de verse, la apertura del hotel y demás especificaciones que se relacionaban con la marca InterContinental, así como la declaratoria de incumplimiento del convenio y aplicación de sanciones pecuniarias era un asunto exclusivo de los allí contratantes.*

9.2.- De otra parte, se observa que, contrario a lo que asevera la censura, los apartamentos que se pretendieron incluir en el proyecto y que ciertamente no están terminados, no estaban incluidos en el contrato de operación del hotel, ni hacían parte integral de ese convenio, ni mucho menos incumbían a la vinculación que suscribió el PA Grupo Promotor, pues este extremo solo optó por la adquisición de unidades hoteleras y no de derechos sobre tales bienes.

*Frente al contrato de operación, en la cláusula 7.02. se dejó claro que **no había vinculación para la administración de apartamentos** y solo quedó plasmada una intención de negocio al respecto. Quiere decir lo anterior que el fracaso constructivo de esos espacios en nada afectaba el pago de los aportes que ha debido realizar oportunamente el demandante. Sobre esta temática, María Consuelo Pareja afirmó que se trataba de inversiones diferentes y que los recursos de los inversionistas fueron devueltos a los mismos.*

10.- En ese sentido, no obraba excusa para abstenerse de satisfacer la deuda contractual, de modo que, ante el incumplimiento de la convocante, no se verifican los presupuestos para la prosperidad de la acción que regula el artículo 1546 del Código Civil, reseñados en líneas precedentes. Recuérdese que:

“Ha sido doctrina constante de esta Corporación, dentro del ámbito de la preceptiva legal contenida en el art. 1546 del Código Civil, la de que solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno de las cosas al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas”.

“Lo cual significa que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla, puesto que precisamente la ley autoriza el ejercicio de esta acción resolutoria a la parte que ha cumplido contra el contratante moroso.” (Negrilla de la Sala).

“Consistiendo la mora del deudor en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por él debida, en tratándose de obligaciones a plazo sólo se estructura, generalmente según lo preceptuado por el art. 1608 del Código Civil, cuando dentro del término estipulado no ha cumplido la obligación, puesto que únicamente cuando éste haya vencido nace para el acreedor el derecho de exigir su cumplimiento.”

“La obligación se denomina de cumplimiento inmediato, cuando el pago es exigible desde el instante del nacimiento de aquélla. Y si bien es esta la regla general, nada impide que las partes puedan convenir en que el pago no sea exigible sino luego de cierto plazo, o que lo sea de cumplimiento sucesivo: su acuerdo en tal sentido, que en nada es contrario al orden público y a las buenas costumbres, constituye para ellas verdadera ley, la que debe regir sus relaciones con preferencia a las normas positivas de carácter general”⁵.

11.- De otra parte, en torno con el reparo sobre la extralimitación de las funciones del representante legal de la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S. quien como fideicomitente impartió la instrucción irrevocable de desistimiento de la vinculación, por considerar que había una restricción estatutaria para operaciones y cuantía no tiene cabida en este proceso, pues si realmente ocurrió tal abuso, la única legitimada para cuestionarlo es la sociedad por así preverlo el artículo 25 de la Ley 222 de 1995. En todo caso, la citada constructora citada a este litigio negó enfáticamente la extralimitación y ratificó que la instrucción podía ser dada por la representante legal.

12.- En ese orden de ideas, resulta patente que la obligación a cargo de la demandante sí era exigible y estaba en mora para el momento en que se aplicó el desistimiento, debiéndose añadir que la omisión de constituir en mora al PA Grupo Promotor, conforme lo ordena el artículo 1608 del Código Civil, es un asunto que solo se trae al debate en el recurso de alzada, no fue sustento de los hechos del libelo y esa vicisitud impide su estudio,

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de agosto de 1974.

habida cuenta que se trata de cuestiones que no pudieron ser debatidas en las instancias, permitiendo el derecho de defensa de las convocadas; en todo caso, contrario a lo que asevera la censura, los estados de cartera expedidos por Alianza Fiduciaria sí dan cuenta que el demandante tenía pendiente un saldo de pago, y en ellos se detallan los días vencidos (pág. 1166, archivo 0001, cuaderno principal).

13.- Finalmente, si bien es cierto en la sentencia que se ataca se omitió el estudio de las pretensiones subsidiarias y todos los temas relacionados con la responsabilidad extracontractual que se le endilgó a la Constructora Centro Comercial Cartagena S.A.S, Fedco S.A., Inversiones Eliat S.A.S, Inversiones y Representaciones Vásquez -Invas S.A.-, Luis Fernando Vásquez Montoya, Mirella Escolar de Vásquez, Sebastián Vásquez Escolar, Mateo Vásquez Escolar, Gabriel Eisenband Gontovnic y Juan Guillermo Ruiz García de Paredes, ante la ausencia de un actuar desajustado a la convención que ató a las partes es claro que a tales personas jurídicas y naturales tampoco les asiste responsabilidad alguna, porque en su calidad de accionistas y miembros de junta directiva ninguna actuación diferente a la que les conferían esas calidades se encontró y, mucho menos, dirigida a infringir un perjuicio a la demandante.

De todos modos, las pruebas recaudadas fueron insuficientes para demostrar los alegatos de la actora en torno a la constitución de un grupo empresarial oculto y demás hechos alusivos a los actos defraudatorios en su contra por parte de los atrás citados. Nada en el expediente refrenda tales aseveraciones.

14.- En este contexto, es claro para la Sala que, como lo sostuvo la primera instancia, la demandante no es contratante cumplida en la medida que no se allanó a cumplir sus compromisos, particularmente, el pago del precio de sus aportes ante el anuncio de la pre apertura del hotel.

15.- Con estribo en lo antes discurrido se refrendará lo decidido en primera instancia, con la correspondiente condena en costas en esta instancia para el apelante ante la improsperidad del recurso (num. 3, art. 365 del C.G.P).

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 10 de agosto del 2022 en el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a los recurrentes.

3.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° 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 \$2.500.000.00 atendiendo las previsiones del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016. 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: **c785c6825a994845c32c5bfae9a3fad2a8a500f2d31b4fc72252c4fe7d12c4f3**

Documento generado en 17/05/2023 11:31:59 AM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Discutido y aprobado en Sala Dual de sesión virtual ordinaria del 4 de mayo de 2023.

Ref. Proceso verbal de **LUZ AMPARO PULIDO GODOY** y otros contra **LETICIA SARMIENTO DE PEÑA** y otros. (Recurso de Súplica). **Rad.** 11001-3103-044-2019-00698-01.

I. ASUNTO A RESOLVER

Se procede a decidir lo correspondiente frente al recurso de súplica interpuesto contra el auto del 22 de febrero de 2023, proferido por la Magistrada Luz Stella Agray Vargas, dentro del juicio verbal promovido por Luz Amparo Pulido Godoy, Gimnasio Dulce Esperanza S.A.S., Paola Andrea Guzmán Pulido y Manuel Orlando Hernández Vega contra Leticia, Liliana y Nohora Patricia Peña Sarmiento.

II. ANTECEDENTES

1. Al despacho de la mencionada funcionaria correspondió el conocimiento de la apelación de la sentencia calendada el 17 de agosto de 2022, proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Civil del Circuito de esta urbe, dentro del trámite del aludido asunto.

2. En proveído del 11 de noviembre de la pasada anualidad¹, notificado en estado el 16 siguiente, se admitió la alzada interpuesta por ambos extremos, ordenándose correr traslado por el término legal para sustentar

¹ Archivo "05Admite" del Cuaderno Tribunal.

la impugnación, conforme lo reglado los artículos 322 y 323 del C.G.P. en armonía con el precepto 12 de la Ley 2213 de 2022.

3. Dentro del término de ejecutoria la parte pasiva solicitó: (i) *“Correr traslado del dictamen pericial presentado por la parte actora”* y (ii) *“2. Citar y hacer comparecer a audiencia en la hora y fecha que establezca el Ad Quem, al señor CARLOS ARTURO CALLEJAS RUÍZ, identificado con cédula No. 79.389.011, Perito de la parte actora, para dar aplicación al art. 228 del C.G.P. y pueda darse la debida contradicción al dictamen rendido ‘Avalúo Comercial de Mejoras’. Los datos de contacto del perito, relacionados en el dictamen son Teléfono 2103771 – 3172669051. Correo ccallejas888@gmail.com”*³.

4. En auto del 22 de febrero de 2023, se negó la anterior solicitud, al considerar que no se encontraban acreditados los supuestos contenidos en la regla 327 de la Normatividad Adjetiva Civil⁴.

5. Inconforme con esa determinación, el apoderado judicial de los convocados interpuso recurso de súplica, argumentando que, en primera instancia al contestar la demanda y su reforma, no tuvo la oportunidad de controvertir el mentado elemento de juicio el cual, en todo caso, no reúne las exigencias necesarias para ser considerado como una experticia⁵.

6. Durante el término de traslado, los demandantes pidieron confirmar la providencia censurada, aludiendo la inobservancia de la citada norma y la extemporaneidad de la solicitud probatoria⁶.

III. CONSIDERACIONES

Previene el artículo 331 del C.G.P., que el recurso de súplica procede *“contra los autos que por su naturaleza serían apelables, dictados por el magistrado sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o*

² Archivo *“06DSolicitudDePruebasEnSegunndaInstancia” ejúsdem.*

³ Archivo *“06DSolicitudDePruebasEnSegunndaInstancia” ejúsdem.*

⁴ Archivo *“11 AutoNiegaDecretoPruebas”, ibidem.*

⁵ Archivo *“12 RecursodeSúplica”, ibidem.*

⁶ Archivo *“13 PronunciamientoFrenteaSúplicaContraparte”, ibidem.*

durante el trámite de la apelación de un auto. También procede contra el auto que resuelve sobre la admisión del recurso de apelación o casación y contra los autos que en el trámite de los recursos extraordinarios de casación o revisión profiera el magistrado sustanciador y que por su naturaleza hubieran sido susceptibles de apelación. No procede contra los autos mediante los cuales se resuelva la apelación o queja”

De su lado, preceptúa el canon 318 de la misma Codificación, que la reposición cabe “*contra los autos que dicte el juez*” y “*contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica*”, por lo que en tratándose de una providencia del Magistrado ponente, es preciso establecer cuál de las dos herramientas de oposición puede interponerse.

Bajo ese horizonte, pronto se advierte que la decisión del 22 de febrero de 2023, es pasible de ser discutida a través de la súplica presentada, porque así lo dispone la regla inicialmente transcrita, la cual impone su procedencia en contra de las decisiones apelables, lo que aquí acontece, al discutirse la que negó la práctica de una probanza, circunstancia prevista en el numeral 3 del precepto 321 de la cita obra.

El canon 327 *ejúsdem* establece los casos con apoyo en los cuales es viable decretar en segunda instancia la evacuación de elementos persuasivos, exigiendo en primer lugar, que la solicitud se haga dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, así:

“1. Cuando las partes las pidan de común acuerdo. 2. Cuando decretadas en primera instancia, se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió. 3. Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos. 4. Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria. 5. Si con ellas se persigue desvirtuar los documentos de que trata el ordinal anterior”.

A su turno, el inciso segundo de la regla 12 de la Ley 2213 de 2022, dispone que, en el plazo ya señalado, los contendores podrán pedir la práctica de elementos suasorios, a las que el juez accederá únicamente con base en los motivos señalados en esa regla.

Sobre el tema bajo análisis, la doctrina enseña:

“B) Fase probatoria. Hay lugar a esta en los siguientes casos:

a) Cuando lo solicitan todas las partes. Se requiere que de consuno se formule la solicitud, teniendo amplitud en la proposición de las pruebas, lo que constituye excepción a la regla general.

b) Cuando decretadas en primera instancia se dejaron de practicar sin culpa de la parte que las pidió (C.G.P., art. 327, ord. 2). La norma citada prevé dos situaciones diferentes, pero ambas exigen que se solicite la apertura a prueba e indique cuáles se decretan y la causa determinante. Consiste en ordenar que se practiquen las pruebas decretadas en providencia en firme y que no pudieran llevarse a cabo sin culpa de la parte que las solicitó, como acontecería cuando se ordenaron los testimonios, pero el testigo está ausente de la localidad en el momento de realizarse la audiencia.

c) Cuando verse sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos (C.G.P. art. 327, num 3). La antedicha causal no se limita al medio probatorio, pues puede escogerse cualquiera, siempre que sea conducente y pertinente; la limitación obedece a que con tales medios se pretenda demostrar un hecho ocurrido tras las oportunidades probatorias de que dispusieron las partes en primera instancia, esto es, por regla general, a la demanda y su contestación; que constituyen los dos actos en que el demandante y el demandado, respectivamente las solicitan o proponen. Se requiere que los hechos sean importantes o trascendentes dentro de lo que es materia u objeto del proceso y, por tanto, fundamentales para la decisión. La petición, por consiguiente, indicará cuáles hechos van a demostrarse, el momento en que ocurrieron -que es un requisito esencial- y la solicitud de los diferentes medios probatorios pertinentes para demostrarlos.

d) Los ordinales 4 y 5 del artículo 327 del Código General del Proceso establecen dos situaciones íntimamente relacionadas: cuando es necesario aducir documentos que no pudieron aportarse en el curso de la primera instancia por haber mediado fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria; y cuando la contraparte de quien los pide pretende desvirtuarlos. La viabilidad de esta causal se supedita a que los documentos -que con la única prueba viable- no hayan podido aportarse por fuerza mayor, caso fortuito o porque la contraparte impidió que se incorporaran al proceso. Por consiguiente, es necesario precisar en la solicitud todos esos aspectos para que el funcionario jurisdiccional los decrete. La contraparte, para desvirtuarlos, puede solicitar las pruebas que estime convenientes y, en consecuencia, tiene mayor libertad de medios. Para que proceda el decreto de pruebas en los anteriores casos es indispensable que la parte interesada formule petición dentro de la ejecutoria del auto que admite el recurso e indique la causal que la funda y los hechos que pretende establecer”⁷.

De manera complementaria, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, explicó sobre el decreto de pruebas en segunda instancia, en vigencia del C. de P.C., lo siguiente:

“Así las cosas, parece conveniente destacar que el mencionado precepto no consagra una oportunidad probatoria ilimitada, o a la que las partes puedan acudir ad-libitum, pues, por el contrario, su procedencia se encuentra minuciosamente regulada por la ley y explícitamente condicionada a la concurrencia de los supuestos taxativamente previstos en ella, de ahí que deba colegirse que no incurre

⁷ Azula Camacho Jaime, Manual de Derecho Procesal, Tomo II, Parte general, Editorial Temis, Bogotá, 2018, página 306.

en errores de actividad el juzgador ad quem que no atiende el pedido de pruebas elevado por alguna de las partes en la segunda instancia, cuando éste no se presenta oportunamente, o cuando no se ajusta a los supuestos prescritos por el predicho artículo 361”⁸.

Bajo tales derroteros, de manera liminar conviene precisar que el pedimento elevado por el censor se contrae a que se le corra traslado de la experticia aportada en primera instancia por su contraparte.

En punto al decreto, practica y contradicción de este elemento de juicio, el Alto Órgano de Cierre de la Jurisdicción Civil, ha precisado:

“A voces del artículo 227 de la Ley 1564 de 2012 la parte que pretenda valerse de una experticia deberá aportarla en la respectiva oportunidad. Esto es, el actor en su demanda (art. 82) o en el término para solicitar las adicionales (art. 370), y el convocado con su contestación (art. 96); o, cualquiera de ellos, dentro del plazo especial del artículo 227.

(...)

En lo que respecta a su decreto, con miramiento en el artículo 168 ibidem, regla general y, por tanto, aplicable a cualquier medio de prueba, el juez rechazará la que encuentre ilícita, notoriamente impertinente, inconducente y la manifiestamente superflua o inútil. Todo lo cual realizará con la debida motivación.

Ya en punto de la contradicción, el litigante contra el cual se aduzca podrá solicitar la comparecencia del perito a la audiencia de instrucción y juzgamiento, aportar otro o realizar ambas actuaciones, con sujeción a las reglas estipuladas en el canon 228⁹”.

De modo que, si bien cumple el primer requisito, consistente en la oportunidad, por cuanto el pedimento se elevó en el término de la ejecutoria del auto que admitió los recursos de apelación interpuestos contra el fallo de primer nivel, en efecto no debió accederse a la reclamación, por las razones que a continuación se exponen:

La circunstancia descrita no se enmarca en alguno de los eventos regulados en el canon 327 del Estatuto Ritual Civil, habida cuenta de que no se pretende la práctica de un medio suasorio, sino que lo que se persigue es reanudar el término de contradicción, finalidad que evidentemente no es contemplada por la norma en comento, en tanto que aquella no dispone que en segunda instancia sea plausible revivir etapas probatorias como la reseñada, pues para ello el trámite de la primera

⁸ Corte Suprema de Justicia, 24 de septiembre de 2003, Exp. 6896.

⁹ Corte Suprema de Justicia STC2066-2021.

cuenta con las fases correspondientes, lo cual si es en realidad se pretermite, debe ser alegado por el afectado mediante las herramientas de impugnación previstas en nuestro ordenamiento procesal.

En ese orden de ideas, lo atinente a la omisión del traslado del que se duele el recurrente para ejercer la comentada contradicción del dictamen pericial, no debe ser dirimido en esta oportunidad, porque no se dirige a cuestionar el decreto de una prueba.

Por lo tanto, como la petición del profesional del derecho que representa al extremo pasivo resulta inviable, se respaldará la providencia reprochada.

IV. DECISIÓN

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, EN SALA DUAL CIVIL**

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR el auto del 22 de febrero de 2023, proferido por la Magistrada Sustanciadora.

Segundo. CONDENAR en costas a la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$500.000. Por la secretaría del *a quo*, liquídense en la forma establecida en el artículo 366 del C.G.P.

Tercero. ORDENAR devolver el expediente digitalizado al Despacho de la doctora Luz Stella Agray Vargas, para lo de su competencia. Déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

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

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: **7ece05b67d3faf145ac5261e6e10e7adcf22da7abe66310da57e18dbd6b3219f**

Documento generado en 17/05/2023 04:06:23 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 D. C.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión civil del 17 de mayo de 2023. Acta No.17.

Bogotá D. C., diecisiete de mayo de dos mil veintitrés.

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación formulado por la sociedad demandante contra la sentencia emitida por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso declarativo impulsado por Méndez Arboleda S.A.S. -en liquidación- contra Emgesa S.A. E.S.P.

ANTECEDENTES

1. Méndez Arboleda S.A.S. -en liquidación- demandó a Emgesa S.A. E.S.P. con el fin que se declare que los contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas 311, 312 y 313 del 14 de febrero de 2012, otorgadas por la Notaría 3° de Neiva, a través de las cuales vendió los predios rurales denominados “Palacio”, “Majo” y “Lote A Majo (La Pastrana), Lote B, Lote C y Lote D” del municipio de Garzón - Huila, padecen de lesión enorme y, en consecuencia, se ordene su rescisión, con la restitución de los bienes, accesiones y frutos hasta el día de la entrega.

Para soportar las pretensiones, manifestó que con el informe pericial allegado con la demanda se estableció que, a la fecha de celebración de los negocios, los inmuebles tenían un valor aproximado de \$5.000.000.000, \$5.100.000.000 y \$850.000.000, lo cual prueba lo desproporcionado de las sumas de \$2.284.466.855, \$2.285.696.716 y \$429.836.428 pactadas, por ser inferiores a la mitad del justo precio.

2. En oposición, la demandada invocó el “pago del justo precio, inexistencia de la lesión enorme”, refiriendo que la vendedora no probó

el desequilibrio alegado, esto es, que hubiere recibido un monto inferior a la mitad del justo precio de la cosa.

3. En audiencia del 13 de diciembre de 2022, la autoridad de primera instancia aprobó (sic) la experticia presentada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, explicando que este tenía en cuenta para tasar los justos valores de la compra, componentes apropiados existentes al tiempo de la compraventa, entre otras cosas, la información básica, catastral, los documentos, la descripción del sector, actividades, desarrollo, vías de acceso, valorización, reglamentación urbanística, usos condicionados, descripción de inmuebles, explotación económica, edificaciones y un análisis de antecedentes; los otros conceptos no se ajustaron a los presupuestos del artículo 232 del C.G.P., en tanto que no incluyeron datos específicos como el aprovechamiento de los bienes, los aspectos climáticos, topografía, relieve y redes viales, valores de las construcciones, montos de reposición, unidades fisiográficas, de clasificación de tierras y otras particularidades, necesarios para demostrar el desequilibrio. Así mismo, destacó que a pesar de que se analizaron 13.45 hectáreas del “Lote A Majo (La Pastrana), Lote B, Lote C y Lote D”, cuando en realidad este inmueble se compone de 4 predios de esa cabida, no se pidió complementación y adición del estudio, por lo que este mantiene firmeza, con la salvedad en la parte resolutive de la sentencia de que no se incluyen las porciones del bien sobre las que se insiste, no se pudo establecer su valor independiente.

4. Inconforme con esa decisión, el extremo actor apeló, indicando que comparando el estudio que tuvo en cuenta el *a quo*, con el aportado con la demanda, éste tiene mayor claridad y solidez; fue elaborado por arquitecto evaluador con mejor experiencia que el externo de la entidad de orden nacional, no fue objetado en punto alguno, siendo suficiente para acreditar la lesión enorme en los contratos de compraventa, polémica frente a la que no se opuso la contraparte, la que se resuelve previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. En virtud del principio de la proporcionalidad, el legislador estableció la lesión enorme como un mecanismo de protección para algunos contratos conmutativos y onerosos, figura que no exige que las prestaciones recíprocas sean absolutamente equivalentes, pero sí que los intereses y logros que cada una de las partes quiera obtener, no superen injustamente los límites que la ley ha impuesto, es decir, que no incurran en lesión de ultra mitad.

La anterior restricción obliga memorar que la libertad contractual tiene innumerables límites y que, en la actualidad, no se le concibe como el “poder libérrimo, ad libitum, absoluto, en blanco o ilimitado, y su ejercicio ab initio sometido a elementales cauces u orientaciones propias a su reconocimiento, utilidad o función, es limitado, en veces atenuado o ausente, ya por ius cogens, orden público, normas imperativas, ora por moralidad, ética colectiva o buenas costumbres (artículos 15 y 16, Código Civil), bien en atención a la naturaleza y tutela de ciertos sujetos o intereses, ora por la ineludible solidaridad, sea porque en ocasiones el Estado o los particulares imponen el acto”¹, que en el contrato de compraventa de inmuebles, esa libertad se restringe al fijar el precio, de manera que el monto pagado por la cosa no debe ser inferior a la mitad ni superior al doble de su valor comercial, pues aunque ese límite monetario no ha de corresponder a una igualdad entre lo real y lo estipulado, si debe observar los topes legales, pues *“al no ser posible - y quizá tampoco deseable-, lograr una igualdad absoluta de las prestaciones entre los contratantes, hízose necesario hallar una medida o límite a partir del cual el precio, por indebido, llegase a dar lugar a la rescisión del contrato; y el límite escogido por la legislación colombiana fue el tradicional de la lesión en más de la mitad, como así lo pregona el antes mencionado artículo 1947 del Código Civil”*².

De acuerdo con la ley y la jurisprudencia, la lesión enorme o desproporción censurada, que por la arista del vendedor se presenta cuando enajena por cantidad inferior a la mitad del justo precio que tenía la cosa, ofrece como presupuestos para su prosperidad que: i) el

¹ CSJ. Sentencia de 30 de agosto de 2011.

² Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil. Sentencia S-119 de 1999.

contrato tenga como objeto un inmueble, *ii*) no se trate de ventas realizadas por ministerio de la ley, como las efectuadas en pública subasta por funcionarios habilitados legalmente para ello, *iii*) que al momento de intentarse la rescisión la cosa continúe en poder del comprador, es decir, no haya sido enajenada o que no haya perecido, *iv*) que el acto no sea aleatorio, *v*) que la acción no haya prescrito y no se haya renunciado a ella.

2. El juzgador de primer grado declaró probada la excepción de mérito denominada “pago del justo precio, inexistencia de la lesión enorme” y negó las pretensiones, para lo que se apoyó en el dictamen emitido por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, bajo el supuesto de que éste explica de manera clara el método de comparación utilizado, los estudios realizados y toda la información recaudada frente a las especiales características de cada uno de los inmuebles, que sirvieron para establecer si hubo o no desproporción en los precios contratados, orientación que combate el actor.

3. Observa la Sala que en la consignación de los reparos y su desarrollo argumental, el recurrente destacó la “*claridad, credibilidad, precisión, solidez, fundamentos y demás requisitos exigidos por la Ley y la doctrina*” del que allegó con la demanda, pero se abstuvo de acentuar y demostrar las falencias valorativas en que incurrió el funcionario, pues no involucró una censura específica que compruebe el error judicial a enmendar, ataque que, entonces, deviene insuficiente para derribar la sentencia, pues “el deber de sustentar el recurso de apelación consiste precisa y claramente en dar o explicar por escrito la razón o motivo concreto que se ha tenido para interponer el recurso”, condición que no se cumple cuando se dejan de atacar “las deducciones lógico-jurídicas a que llegó el juez...”³. Esa ausencia de censura, por igual llevó a la jurisprudencia a sentar que “comporta la aceptación de la providencia y la imposibilidad de revisarla en los aspectos no comprendidos en la alzada”⁴, en tanto que “las facultades decisorias del superior quedan restringidas a los “argumentos expuestos” por el o los impugnantes”⁵,

³ Sentencia del 30 de agosto de 1984

⁴ Sentencia del 9 de julio de 2008.

⁵ SC3148-2021

en particular porque “el *ad quem* no tiene más poderes que los que le ha asignado el recurrente, pues no está autorizado para modificar las decisiones tomadas en la sentencia que no han sido impugnadas por la alzada, puesto que se trata de puntos que escapan a lo que es materia del ataque, a no ser ‘que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella.’”⁶.

4. Ahora bien, como no sufrió embate puntual el dictamen acogido por el juzgador y tampoco se sustentó en debida forma el motivo por el que se pretende descalificar esa conclusión, no hay material sobre el que la Sala pueda ahondar para establecer el error del que padece ese laborío, prueba que en esta clase de litigios gana mayor acento porque en el tema de la fijación del valor real de los predios, el juzgador carece del conocimiento especializado “cuyas particularidades obedecen a las reglas y parámetros establecidos por la ciencia, el arte o algunas técnicas específicas”, medio demostrativo que, en todo caso, se analiza bajo las pautas de la sana crítica y, en especial, “teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia”⁷ y en armonía con las demás probanzas.

Para ello, el juez debe escrutar la idoneidad del experto a partir de su formación y trayectoria académica e investigativa, experiencia, la conducta detectada en la vista pública; el contenido, la argumentación técnica, científica o artística vertida en el documento correspondiente y –de ser el caso– las explicaciones brindadas durante la audiencia, porque “uno de los requisitos *sine qua non* (...) que debe ofrecer todo dictamen pericial para que pueda ser admitido como prueba de los hechos sobre que versa, consiste en que sea debidamente fundamentado; y que compete al juzgado apreciar con libertad esa condición, dentro de la autonomía que le es propia”⁸, aun cuando no exista contradicción del mismo, como ocurre en este caso.

⁶ SC294-2021

⁷ Corte Suprema de Justicia. STC7722-2021.

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de abril de 1967. Reiterada en SC3941-2020.

Así las cosas, de cara a la entidad del ataque formulado por el recurrente en torno a que cumplió con la carga de probar la lesión enorme en los contratos de compraventa, tal embate se queda en su simple formulación y solo señala la preferencia que tiene el actor respecto del que trajo a la actuación, la cual no puede imponerse sobre la valoración efectuada por el juez, no solo por el inapropiado grado de abstracción y generalidad de la crítica, sino porque en esta materia el funcionario goza de una discreta autonomía, la cual habrá de ceder cuando sus conclusiones sean contraevidentes o arbitrarias, sin que baste la llana disconformidad de alguna de las partes. A lo anterior se adiciona que el deber del juzgador de valorar la integridad de la prueba no puede interpretarse como una obligación de apreciación en uno u otro sentido, privilegiando, por el solo hecho de su proposición, las conclusiones de alguno de los sujetos procesales, breves argumentos que justifican la confirmación del fallo impugnado.

Esto último, máxime cuando tampoco puede desconocerse que en su labor, el juez de instancia evaluó el análisis técnico de conformidad con las reglas de la sana crítica, *“...entendidas éstas como aquellos principios de todos conocidos que informan el razonamiento, en virtud de los cuales se aprehende el conocimiento de un asunto, luego de un proceso intelectual de persuasión racional, lo que descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo, tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente facultad discrecional – rectamente entendida-, razón por la cual ‘los reparos por indebida apreciación de la fuerza de una pericia, deben dirigirse a demostrar que el juez vio el dictamen de manera distinta a como aparece producido, y que sacó de él una conclusión ilógica y arbitraria, que no se compagina con la que realmente demuestra...’.* (G.J. t. CCXII, No. 2451, página 143), como se acotó” (CSJ. Sentencia 083 de 28 de junio de 2000, negrilla intencional).

En consecuencia, resueltos los concretos reparos expuestos por la apelante, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

Notifíquese.

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

Firmado Por:

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

Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **cb9628d084cd0d7b47d4a4544cd71796b106fa423cec4f59fa3c7305a7041a40**

Documento generado en 17/05/2023 04:08:04 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 D.C.

MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Proyecto discutido y aprobado en sala ordinaria de decisión del 17 de mayo de 2023. Acta 17.

Bogotá D.C., diecisiete de mayo de dos mil veintitrés

Resuelve el Tribunal el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia emitida por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de esta ciudad el 7 de julio de 2021¹, dentro del proceso adelantado por María Camila Patiño Arboleda, Flor Edith Arboleda Betancourt, Samuel Patiño Arboleda, Juan David Patiño Arboleda y Laura Daniela Duque Arboleda contra La Equidad Seguros OC.

ANTECEDENTES

1. Los accionantes pretendieron que, por cuenta de la póliza otorgada por la demandada y en virtud de la responsabilidad extracontractual por accidente de tránsito de la asegurada, se le condene al pago de: *(i)* \$193.838.848 por concepto de daño patrimonial de María Camila, *(ii)* \$307.000.000., en la proporción indicada en el escrito inicial a favor de los demandantes, por daño extrapatrimonial e *(iii)* intereses moratorios “iguales al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad” desde el 20 de julio de 2020 hasta la fecha de pago. Como supuestos fácticos, expusieron que:

1.1. El 22 de octubre de 2018, en la vía Medellín-Bogotá se produjo un incidente que involucró a la motocicleta YZF-89D –amparada con la póliza otorgada por La Equidad Seguros–, propiedad de Gloria Esther García Hernández, la cual era conducida por Anthony Arango García y tenía como ocupante a María Camila Patiño Arboleda. A raíz de tal acontecimiento, producto del exceso de velocidad del operador del velocípedo –registrado en

¹ Este despacho asumió conocimiento del asunto por auto del 9 de marzo del año en curso, en aplicación del artículo 121 del CGP.

el informe de tránsito de esa misma fecha—, sufrió lesiones físicas con secuelas permanentes.

1.2. María Camila cuenta con examen realizado por especialista en salud ocupacional y medicina del trabajo, en el que se dictaminó “pérdida de capacidad laboral y ocupacional” de 57,90%. Esa condición, a más de la afectación en su productividad, ha generado sentimientos de aflicción, desmedro anímico, tristeza, congoja y trauma, extendidos a sus familiares – también demandantes—, así como daño a la vida de relación de la víctima directa dada la afectación de sus condiciones normales de existencia a nivel social, laboral, familiar y personal, reduciendo “actividades que realizaba con intensidad y frecuencia”.

1.3. Dado que la víctima no tenía vínculo laboral formal y se desempeñaba como vendedora de ropa, la liquidación de los perjuicios debe realizarse aplicando la presunción desarrollada por la Corte Suprema de Justicia de devengar un salario mínimo legal mensual vigente.

1.4. Por la ocurrencia del hecho accidental se radicó reclamación directa a La Equidad, la cual fue objetada bajo el argumento de que el siniestro estaba excluido de cobertura, estipulación que –en criterio de la parte actora– encarna una cláusula abusiva y, por ende, ineficaz, adicionando que, tampoco, se consignó en la primera página de la póliza.

2. La demandada se opuso al triunfo de la acción formulando las excepciones que pasan a extractarse:

2.1. La póliza de seguro no cubre los daños causados a las personas que estén a bordo del vehículo, expresa exclusión consignada en el documento de seguro, la cual no encarna abuso alguno, dado que es producto de la libre disposición de las partes y la potestad de la compañía de definir los riesgos que va a afianzar. Esa circunstancia conduce a que no se haya acreditado un siniestro asegurado por la convocada y, por igual, que no sea procedente el reconocimiento de intereses moratorios.

2.2. No se aportan pruebas sobre los emolumentos que se reclaman como daño emergente ni estos tienen relación causal con el accidente, al

paso que la cifra que se exige por los honorarios pagados al médico Vargas Arenas se asumió “de forma voluntaria y con el fin de justificar una reclamación”. Adicionalmente, el lucro cesante carece de respaldo en tanto no se verifica la existencia de un ingreso real de María Camila por concepto laboral, a lo que se aúna que no está debidamente acreditada la pérdida de capacidad para el ejercicio de actividades productivas, en tanto ésta se fundamenta en el informe realizado por un médico particular. Tampoco hay medios demostrativos acerca del daño moral cuya indemnización se pide.

2.3. En caso de acceder a las aspiraciones de la demanda, dar aplicación a las condiciones generales, demás exclusiones de la póliza y límite asegurado.

3. Surtido el trámite de rigor, la funcionaria emitió sentencia en la que accedió a las pretensiones por lucro cesante, daño moral y de la vida de relación, al paso que negó la indemnización por daño emergente. Para tal efecto, de forma inicial resaltó que no hay elementos de convicción en torno a que María Camila viajaba en la motocicleta en virtud de un contrato de transporte, versión que solamente se sostiene en el alegato de la demandada, de manera que la controversia se debe analizar desde la perspectiva de la responsabilidad aquiliana y, puntualmente, en el marco de las actividades peligrosas, guiado por el régimen objetivo por culpa presunta, debiéndose indagar por los presupuestos para su materialización.

En seguida, destacó que se acreditó el acontecimiento dañino, concretamente el accidente padecido por María Camila, ocupante de la moto, de la que su conductor perdió el control debido al exceso de velocidad –según se constata con el informe policial–; ante las lesiones padecidas fue valorada clínicamente, verificándose varias fracturas, traumas y laceraciones, así como la infección de tejidos blandos. Esa circunstancia ocasionó la pérdida de capacidad laboral en 57,9%, de acuerdo con la prueba pericial aportada, la cual no puede ser desautorizada en sus conclusiones por el hecho cierto de no haberse emitido por una junta de calificación, ya que éstas dictaminan en el ámbito de prestaciones económicas distintas a la indemnización acá reclamada, tanto más si se tiene en cuenta que se cumplieron los requisitos de los artículos 226 y 227 de la ley procesal y no hay elemento de convicción que desvirtúe lo advertido por el médico.

En lo atañadero a los perjuicios: *(i)* advirtió que no hay prueba de la causación de los gastos médicos, existiendo evidencia de que Seguros Suramericana desembolsó más de \$20.000.000 por tales conceptos y a cuenta del SOAT y que los honorarios del dictamen aportado, de ser procedente, se tendrán en cuenta al momento de liquidar las costas; *(ii)* acerca del lucro cesante manifestó que María Camila no tenía vínculo laboral y no se probaron los ingresos como vendedora de ropa, debiéndose aplicar la presunción del salario mínimo –citando sentencia SC2498-2018– y calculó ese rubro con base en ese monto, descontado el 57,9% de la pérdida de capacidad laboral, arrojando un total de \$404.735.098 –consolidado y futuro–; *(iii)* tuvo por demostrados los daños extrapatrimoniales, fijando las sumas de \$3.000.000 y \$8.000.000, la primera cifra para la señora madre y hermanos de María Camila y la segunda para esta última, y otros \$5.000.000 a título de daño a la vida de relación; y *(iv)* en caso de no realizar el pago dentro de los 10 días siguientes, la demandada deberá desembolsar los intereses legales del 6%, “dado que la condena no se extrae de una actividad comercial y no se aplica la tasa máxima solicitada por la parte demandante”.

Finalmente, dio respuesta positiva al cuestionamiento de si La Equidad Seguros debía responder por la condena, para lo cual puso de presente que la acción fue ejercida de forma directa contra dicha compañía, quien obra como aseguradora de la póliza tomada por la propietaria de la motocicleta y, a continuación, explicó que la exclusión que se pretendía hacer valer –no cobertura de muerte o lesiones a ocupantes del vehículo– es ineficaz, por no obrar en caracteres destacados y en la primera hoja de la aseguranza, conclusión sentada con apoyo en las sentencias STL521-2021, STC17390-2017 de la Corte Suprema de Justicia y fallo del 7 de abril de 2021 del Tribunal Superior de Bogotá. Por lo tanto, luego de advertir que no se probó que el conductor no hubiera contado con autorización de la dueña o que aquel había sustraído el velocípedo, ordenó a la demandada asumir la indemnización, hasta el límite asegurado.

4. Ambas partes apelaron, con apoyo en los reparos que se sintetizan de la siguiente manera:

4.1. Los demandantes argumentaron que *(i)* la indemnización por lucro cesante debe tener como base el 100% de la renta, en la medida que, según

el Manual de Calificación de Invalidez, cuando la pérdida de capacidad laboral supere el 50%, la persona es catalogada como inválida –como lo reconoció también la sentencia SC2498-2018– supuesto que se observa en este asunto, por cuanto María Camila perdió el 57,9% de su capacidad para trabajar; *(ii)* los guarismos reconocidos por daño moral son ínfimos, debiendo condenarse por 100 salarios mínimos mensuales, aplicando la postura del Consejo de Estado y “atendiendo a criterios de equidad”; y *(iii)* el Tribunal debe adicionar la sentencia, de conformidad con el artículo 287 del Código General del Proceso, porque la jueza de primer grado no se pronunció sobre los intereses moratorios, en tanto que desde la reclamación se demostró el siniestro y su cuantía, sin que fueran desvirtuados esos elementos por la demandada.

4.2. La aseguradora criticó: *(i)* quedó demostrado en el proceso, en especial con los hechos del escrito inicial y la confesión de María Camila, que entre ella y el conductor de la motocicleta hubo un contrato de transporte, de allí que el conflicto debió ser resuelto desde la perspectiva de la responsabilidad negocial, la cual debió aplicar la juez en virtud del principio de la congruencia; *(ii)* de contraluz, el seguro bajo el que se fundamentaron las pretensiones es de responsabilidad extracontractual, así que tiene como fin indemnizar a terceros con los que no existe el acuerdo de voluntades, realidad que se acentúa con la definición de amparos de la póliza y las exclusiones, particularmente la que descarta el pago de indemnización a “ocupantes de la motocicleta”, documento que debe ser interpretado de forma restrictiva; *(iii)* la ley define las entidades que pueden determinar la pérdida de capacidad laboral, siendo claro, según lo indicó el médico Vargas Arenas, que él no actuó por cuenta de ninguna de esas instituciones y, consecuentemente, no pudiera realizar ese tipo de evaluación, imposibilidad en la que no influye que el proceso sea de carácter civil –argumento que dio la sentenciadora para negar ese alegato–, así que esa prueba no es idónea; y *(iv)* no se acreditó un ingreso o actividad de María Camila, de lo cual se desprende que no era viable liquidar el lucro cesante.

5. Los accionantes se pronunciaron minuciosamente frente al recurso de la aseguradora, solicitando que no se acceda a sus argumentos, polémica que se dirime a tono con las siguientes

CONSIDERACIONES

1. De conformidad con lo previsto en los artículos 320, 322 y 328 del Código General del Proceso, el ámbito de estudio del tribunal está limitado a los específicos reparos propuestos por los impugnantes, tanto que cualquier desbordamiento de esos hitos –claro está, sin perjuicio de las eventuales decisiones que deban adoptarse de oficio– provoca que la Sala incurra en el vicio de la incongruencia, el cual “también se patentiza cuando la sentencia no armoniza con lo pedido en la sustentación del recurso (pretensión impugnaticia), que indudablemente corresponde a una invocación del derecho sustancial controvertido”². Por lo tanto, con respaldo en los motivos de inconformidad expresados, el escrutinio de la Sala se centrará en los dos aspectos torales de las apelaciones: el tipo de responsabilidad que se configuró en el caso estudiado de cara a la cobertura del contrato de seguro y la cuantificación de los perjuicios, aspecto este último que la demandada ataca en lo referente al lucro cesante por no apoyarse en prueba idónea y los demandantes critican para que se incremente el monto reconocido por ese rubro, así como el de los daños extrapatrimoniales.

2. Según se detalló en el capítulo de antecedentes, la funcionaria de primer grado dio por demostrada la ocurrencia del accidente –punto respecto del que no existe controversia alguna entre las partes–, así como la existencia de la responsabilidad civil extracontractual en cabeza de la propietaria de la motocicleta de placas YZF-89D, afectando, de ese modo, la póliza, epílogo que combate la aseguradora alegando que “María Camila Manifestó en su interrogatorio que había abordado, en dicha ocasión como en varias previas, la motocicleta...en virtud del acuerdo de voluntades entre ella y su amigo Anthony Arango García”, de donde la recurrente extrae confesión de un contrato de transporte, lo que, en su decir, también se desprende de la exposición de hechos de la demanda.

Al respecto, lo primero que debe ponerse de presente es que ni en el escrito inaugural ni en el interrogatorio de parte se refleja una aseveración de la magnitud que relata el impugnante, catalogable como confesión, pues en el primero no obran acontecimientos que permitan establecer la existencia de un contrato de transporte, al paso que, en su declaración, María Camila no

² Corte Suprema de Justicia. SC4415-2016

dijo lo que en la alzada se aduce, sino que ella y Anthony –conductor de la moto– eran amigos, que se habían conocido en el centro de Medellín, aproximadamente 5 años atrás, y que él era propietario de un negocio de gafas y gorras.³

Ahora bien, no se pierde de vista –aun cuando la apelación no alude a ese segmento– que a la pregunta de si “¿usted iba de pasajera en la motocicleta de él, en el accidente del 22 de octubre?” María Camila contestó: “sí, yo iba de pasajera”⁴, siendo de importancia puntualizar que si bien la expresión “pasajero” la utiliza la ley comercial al regular el contrato de transporte y como protagonista de este tipo de negocio⁵, sin embargo, el código no sienta de forma expresa su definición. A lo anterior debe adicionarse que del término pasajero, dentro de sus acepciones y, en términos latos, se acepta que es la persona que se transporta pero que no conduce o maniobra la máquina, por lo que es necesario escrutar esa contestación dentro del contexto en el que la pregunta se realizó y el material suasorio recopilado, de cuya evaluación se desgaja que: (i) a esa respuesta no le antecedió ninguna explicación, por parte de la juez o del interrogador, del sentido jurídico por el que se le cuestionaba; (ii) no hay evidencia de que el viaje que terminó en el accidente fuera producto de convenio –expreso o tácito– con el conductor para materializar el negocio de porte; (iii) en la actuación no se probó que el conductor haya aceptado el débito de efectuar la movilización en los términos que la ley exige para que se perfeccione el acuerdo de voluntades, en particular, intermediando el pago de un precio o pasaje; y (iv) tampoco se acreditó que el conductor de la moto se dedicara a la prestación de ese tipo de servicio y (v) María Camila no era la conductora del vehículo y, por ende, tenía la condición de pasajera, pero no en su connotación jurídica. En consecuencia, queda descartada la prosperidad del reparo analizado.

3. Por otro lado, en lo que dice relación con la exclusión que niega el pago de la indemnización a “ocupantes de la motocicleta”, delantadamente ha de relievase que la juez de primera instancia concluyó que dicha cláusula es ineficaz, por no figurar “en la carátula o en la primera página de la póliza”, ultimación que no discute la convocada, al no elevar crítica sobre tal punto en la alzada, confinándose a indicar que la póliza debe interpretarse de forma

³ 24AudiencialNicial20210507. 22:00.

⁴ Ib. 23:04.

⁵ C. de C., artículos 1000 y siguientes.

restrictiva. En este orden y como ya se advirtió líneas atrás, la apelación queda restringida a los puntos de inconformidad perfilados por el recurrente, pues es al interesado a quien “corresponde dar fisionomía a su reclamo y no puede ser sustituido en esa tarea por el juez, en lo cual se manifiesta el principio dispositivo que campea en el proceso civil”⁶, surgiendo como secuela que la impugnación “queda restringida a los puntos de inconformidad del recurrente de quien se entiende, cuando, como aquí se ha de expresar en términos limitados, que consiente o acepta las demás determinaciones contenidas en la sentencia apelada”⁷, tal y como lo es la inaplicabilidad de la exclusión, de manera que ese punto no puede ser abordado por la Sala, ya que, de asumirse, se incurriría en incongruencia.

4. Bajo el orden de ideas que se trae, está demostrada la ocurrencia del hecho y la obligación de la aseguradora de salir al resarcimiento de los daños, en virtud del contrato de seguro vigente con la dueña de la motocicleta, de manera que es procedente estudiar el punto de la cuantificación de los perjuicios, respecto de la cual la demandada ataca fundamentalmente dos aspectos: la falta de idoneidad de la prueba aportada para demostrar la pérdida de capacidad laboral, por haber sido rendida por un médico particular, y que María Camila no demostró sus ingresos, que permitieran liquidar el lucro cesante. El Tribunal abordará ambos cuestionamientos en el mismo orden planteado, siendo necesarias las siguientes reflexiones en torno al mérito que puede otorgarse a la peritación:

4.1. La ley colombiana ha entronizado el principio de la libertad probatoria, el cual se hace patente en la enunciación no taxativa de los medios idóneos para formar el “convencimiento del juez”⁸, que habilita la posibilidad de acudir a cualquier instrumento suasorio lícito para cumplir con tal cometido. Por igual, es directriz inexcusable la valoración integral de las probanzas, pues estas “deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos”⁹, de manera que, en línea de axioma y con la salvedad sentada en el segmento final de la regla citada, la orientación general es la libertad probatoria y la excepción la evidencia *ad solemnitatem*, lo que explica que, en línea de acerado principio,

⁶ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 8 de septiembre de 2009.

⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de junio de 2013. Rad.1998-05970.

⁸ Artículo 165. CGP.

⁹ Artículo 176. Ib.

las partes están habilitadas para demostrar los supuestos de hecho que soportan su posición particular en el litigio, por medio de cualquier elemento de convicción.

En todo caso, no llama a la extrañeza que algunos medios persuasivos tienen cierta ventaja para acreditar determinado hecho o situación –por ejemplo, los indicios en materia de simulación o los testimonios en las acciones de pertenencia y la pericial, cuando se trata de la superlativa especialidad de algunas artes o ciencias–, los cuales favorecen la demostración del *thema probandum* y, en consecuencia, el éxito de las pretensiones, hipótesis que se actualiza en los conflictos como el que se analiza. En efecto, no cabe duda que para determinar la pérdida de capacidad laboral de una persona –punto clave en este debate– de ordinario se acude a las entidades a las que hace referencia el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, pues conforme el tenor literal de dicho precepto “Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiano de Pensiones Colpensiones, a las Administradoras de Riesgos Profesionales –ARP–, a las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias”, y en caso de que el interesado no esté de acuerdo se debe enviar a la Junta Regional de Calificación de invalidez, quien emitirá decisión apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

4.2. Surge de lo anterior el cuestionamiento de si esa disposición sienta una tarifa probatoria por la que solo las entidades allí nombradas pueden certificar el grado de incapacidad, interrogante al que debe darse respuesta negativa, ya que, como lo ha concluido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia –de manera relativa y no como un criterio absoluto– “por regla general, la prueba idónea para determinar la calificación de la pérdida de capacidad laboral será el dictamen que se realice conforme al manual de calificación vigente a la data de evaluación y cuyo contenido debe observar lo dispuesto en el artículo 40 del Decreto 1253 de 2013, el que, por demás, se rinde por las entidades competentes”.¹⁰ Tan es así que, igualmente, se ha insistido en que “no es del caso calificar como prueba solamente el dictamen pericial con el que se busca establecer la pérdida de capacidad laboral, así

¹⁰ SL3383-2022.

provenza de la Junta de Calificación de Invalidez”¹¹ y se acepte la viabilidad de controvertirse dentro del proceso laboral, ya que “el juez tiene competencia para examinar los hechos que contextualizan la condición incapacitante establecida en ellos y determinar la data de estructuración de la invalidez”.¹²

Por supuesto, si la parte tiene la posibilidad de desvirtuar el contenido del dictamen con apoyo en otros medios demostrativos, el afectado también goza de la habilitación de allegar elementos de persuasión útiles para demostrar la pérdida de capacidad laboral, siempre y cuando –como prueba técnica que es– cumpla con los presupuestos para que sus conclusiones puedan ser adoptadas en un caso en concreto. No puede ser de otra manera, en la medida que, en esa calidad de peritaje, viene bien evocar que el juez no está irremediablemente atado a ese trabajo, por cuanto el llamado a solventar el conflicto es el funcionario judicial, con aplicación del modelo normativo que le impone sopesar “la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos [de la peritación], la idoneidad del perito, y su comportamiento en la audiencia”¹³, cuadro que “descarta la posibilidad de adoptar una conclusión pericial por la sola gracia del concepto o dictamen mismo, tarea en la que, como debe ser, los jueces gozan de una evidente facultad discrecional”.¹⁴

4.3. Además, no puede dejarse en el olvido que es posible que la persona, al momento del accidente –e incluso cuando aspire a obtener esa calificación– no se encuentre afiliada a alguna de las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social, muy a pesar de que realicen actividades laborales, pues, dado el alto nivel de informalidad existente en el país¹⁵ no cotice ni sean beneficiarios de esa cobertura, realidad que gesta el cuestionamiento de quién habrá de efectuar esas valoraciones, de considerarse que sean estas instituciones las únicas encargadas de certificar el estado de invalidez del trabajador informal o de quien no labora. Naturalmente, la reglamentación positiva de la presencia de estas entidades para calificar la invalidez para los sujetos que hacen parte del sistema de seguridad social no puede gestar la imposibilidad de que ese concepto técnico lo rinda un particular, observando los lineamientos trazados en esta

¹¹ Corte suprema de justicia. Sala Laboral. Sentencia del 29 de junio de 2005. Rad. 24392.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala Laboral. SL3279-2020.

¹³ STC7722-2021.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia 083 de 2000.

¹⁵ De acuerdo con la Gran Encuesta Integrada de Hogares 2022-2023, la proporción de ocupados informales es de 58%, entendiéndose como tal –ocupado informal– a quien no cotiza a salud ni pensión.

materia, en especial, para determinar los daños a las personas y las secuelas que en su actividad laboral se van a gestar, contexto que le otorga énfasis a la libertad probatoria que rige en el ordenamiento probatorio y, por esa senda, hacer efectivo el principio de reparación integral.

4.4. Bajo el orden de ideas que se trae, a pesar de no existir duda alguna de que el médico que rindió el dictamen no lo hizo por cuenta de alguna de las instituciones a las que alude la Ley 100 de 1993 –y así lo consignó el experto en su interrogatorio–, esa circunstancia *per se* no es asaz para desestimar esa prueba técnica e ignorar por completo su contenido, del cual se desprende una rigurosa recopilación de los antecedentes clínicos de María Camila, y se exponen los fundamentos para la calificación de pérdida de capacidad laboral, con respaldo en el Manual Único de Calificación aprobado mediante Decreto 1507 de 2014. Por igual, obra en el pliego de la peritación la relación de la profusa experiencia del profesional de la medicina, habiendo realizado previamente otros dictámenes de pérdida de capacidad laboral, al paso que aportó la documentación para acreditar su formación académica como médico y especialista en salud ocupacional, así como su licencia para prestar servicios en esa área.

De igual manera, no pasa desapercibido que desde la reclamación directa los interesados se valieron de esa peritación, así como que en la demanda se anunció esa prueba, siendo decretada por la señora jueza de conocimiento, sin que la contraparte aportara –por cuenta propia– un elemento suasorio que desvirtuara las conclusiones logradas en el trabajo aportado por los accionantes, como tampoco se pidió que interviniera alguna de las entidades a que hace mención el citado artículo 41 de la Ley 100. Esta precisión es rentable, en la medida que, de haberse agotado alguno de esos mecanismos de contradicción –aun con anterioridad al proceso y en el marco de la petición a la aseguradora–, se contaría con un insumo de capital relevancia para contrastar los resultados –los que, se repite, ganan su vocación demostrativa dada la rigurosidad y seriedad del dictamen, apoyado en el manual de calificación–, defecto en el ejercicio de refutación que impide llegar a la conclusión de la ausencia de idoneidad de esa peritación.

5. Queda por analizar, en lo que atañe a la convocada, el reparo que ataca la condena en sí misma, por cuanto está demostrado que María Camila no tenía

ningún ingreso ni actividad económica en el momento del incidente vehicular, por lo que se debió negar la indemnización por este rótulo, crítica de la que precisa relieves que, ciertamente, la víctima confesó que para cuando ocurrió el accidente ella no se encontraba trabajando, en tanto que la actividad que desarrollaba como vendedora en un establecimiento de ropa había cesado tiempo atrás. Sin embargo, más allá de que en ese instante no estuviera vinculada laboralmente, ello no conlleva, de manera mecánica, a que se niegue este rubro, en la medida que no se ha desvirtuado que era una persona activa, con plena aptitud para participar en el mercado laboral –la cual se afectó con el suceso dañino– contingencia que motiva la condena reparatoria, porque “Obviar esta obligación «desconoce la existencia de [esta] capacidad... en toda persona humana que como atributo indestructible forma parte de su misma sustantividad existencial. La plena capacidad cordial (sic) (incluyendo la mental, puesto que concebidos al hombre como un ser único e indiviso) y, por lo tanto, su habilidad, siempre entraña la posibilidad de que luchará y buscará la forma de obtener, así sea, exclusiva y egoístamente su propio sustento para sobrevivir sin solidaridad con su familia» (SC16690, 17 nov. 2016, rad. n.º 2000-00196-01). Por ende, no es menester exigir al afectado que demuestre el desarrollo de un laborío redituable para acceder a su pretensión, pues basta con encontrar acreditada la pérdida de su capacidad laboral -temporal o permanente-, salvo que su aspiración sea una tasación mayor.”¹⁶

De otra parte, en lo relativo a la cuantificación del perjuicio, la orden que impuso la falladora se fundó en la consolidada presunción judicial, según la cual, en ausencia de prueba de la certitud del ingreso, es procedente implementar el salario mínimo para el cálculo del lucro cesante, ficción arraigada en encumbrados principios como la reparación integral, la equidad y la efectividad del derecho sustancial, puesto que, acreditado el daño, es preciso determinar su trascendencia económica, para lo cual no es menester exigir precisión matemática en lo que concierne a la base sobre la que se realiza ese ejercicio –aunque los criterios técnicos actuariales sí son de elemental aplicación en la liquidación del perjuicio–, temática de la que es pertinente recordar que la Corte ha elucidado que “en aras de estimar económicamente el aludido menoscabo, el actual entendimiento jurisprudencial del principio de reparación integral en punto a la

¹⁶ SC4803-2019

indemnización por lucro cesante ordena que, una vez demostrada la afectación negativa del ejercicio de una actividad productiva, debe procederse al restablecimiento patrimonial del agraviado, para lo cual basta la prueba de su aptitud laboral y, para fines de cuantificación, la remuneración percibida, sin perjuicio de que esta sea suplida por el salario mínimo legal mensual vigente. Esto último desarrolla el aludido principio, reconocido normativamente en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual ordena « que al afectado por daños en su persona o en sus bienes, se le restituya en su integridad o lo más cerca posible al estado anterior..., y por eso, acreditada la responsabilidad civil, el juez ‘tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio’ (CSJ SC, 18 dic. 2012, Rad. 2004-00172-01) » (SC22036, 19 dic. 2017, rad. n.º 2009-0014-01).¹⁷

En consecuencia, no hay motivo para revocar dicho segmento de la decisión de primera instancia.

6. Evacuados los puntos de desconcierto de la aseguradora, concierne abordar las inconformidades de los actores, cuyo propósito principal es que se incrementen las condenas para que el lucro cesante se practique sobre el 100% del salario mínimo, al haber una pérdida de capacidad del 57,9% y que las fijadas por daño moral se aumenten a 100 salarios mínimos, a lo que se aúna la aspiración de que se complemente el fallo porque la juez no se pronunció sobre los intereses moratorios reclamados. Para dar respuesta a esta refutación –específicamente en los dos primeros puntos– es necesario partir de que el ordinal tercero de la sentencia de primer grado advirtió que la condena es “hasta el monto asegurado de acuerdo con la póliza de seguro para motociclistas No. AA067178, esto es, (\$200.000.000)”, mientras que, al explicar la razón de ese segmento, manifestó que “como el monto de los perjuicios supera con creces el monto máximo de cobertura de las partes, a este último monto deberán estarse las partes”, conclusión que, al no haber sido atacada, entra a la segunda instancia como punto aceptado por el extremo interesado –tópico ya explicado en el numeral 3 de estas consideraciones– y que hace inane cualquier discusión, puesto que las

¹⁷ Ib.

condenas ya fijadas en un total de \$492.732.098, en efecto superan el tope asegurado, al que se limitó la obligación resarcitoria, de allí que ninguna utilidad reporte para el conflicto estudiar si hay lugar a aumentarlas.

Sobre el punto, conviene precisar que el contrato de seguro se caracteriza porque intermediando el pago de una prestación denominada prima a cargo del tomador, la compañía aseguradora se obliga a indemnizar al beneficiario –que en los seguros de responsabilidad es la víctima o sus causahabientes– por los daños sufridos ante la ocurrencia de un acontecimiento cuyo riesgo ha sido objeto de cobertura y dentro de los límites o topes pactados, marco este último que define cuantitativamente el débito de la aseguradora, ya que, al tenor de lo reglado en el artículo 1079 del C. de Co. “el asegurador no estará obligado sino hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1074” –el que no viene al caso–. Recuérdese que, en torno a esta materia, la Corte ha reflexionado “que la extensión de la prestación dineraria a cargo de la aseguradora...se encuentra acordonada por dos grandes factores: de un lado, la existencia de un perjuicio y, de otro, la suma asegurada que en cuanto tal, es el límite último de su obligación. Y la necesidad de que exista ese tope es evidente, pues debe haber una relación adecuada entre la prestación a cargo de la aseguradora y la prima que recauda, cuyo valor se tasa, precisamente, tomando en consideración la suma que para tal efecto declara, en línea de principio, de manera unilateral el asegurado. Sobre esa relación se estructura, desde una perspectiva económica, la institución aseguraticia”.¹⁸

Aplicadas las anteriores nociones al caso concreto, la naturaleza del seguro, los expresos límites existentes, su alegación por la demandada y el reconocimiento que la juzgadora de conocimiento dio a esa restricción en el monto indemnizatorio, traen como colofón que, aun cuando eventualmente se determinara la existencia de un valor mayor por concepto de lucro cesante y los daños extrapatrimoniales, ningún efecto causaría en lo que dice relación con la obligación a cargo de la convocada, comoquiera que el límite por el que debe responder, con ocasión de la materialización del riesgo asegurado, es de \$200.000.000.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre de 2005. Rad. 14174.

7. Cuestión distinta es el caso de los intereses moratorios –sanción monetaria ante el incumplimiento del débito indemnizatorio– que se pretenden sean calculados desde la fecha de la reclamación y liquidados a la tasa máxima legal, a partir del 20 de julio de 2020 –día siguiente a la fecha en que se cumplió un mes desde la radicación de la reclamación directa a la aseguradora–, punto que, aunque se desarrolla como pedimento de “adición de sentencia”, ha de ser interpretado como verdadero motivo de reparo y, en todo caso, debe ser abordado de conformidad con lo previsto en el artículo 287 del estatuto adjetivo, en la medida que “el juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado”. Al respecto, es preciso señalar de entrada que, aunque la juez ordenó el pago de “intereses legales del 6% dado que la condena no se extrae de una actividad comercial y no se aplica la tasa máxima solicitada por la parte demandante”, ello obedece a la utilidad que se pudiera dejar de percibir a partir de la sentencia y por su incumplimiento, pero, en puridad, no abordó la aspiración de los réditos punitivos como efecto de lo previsto, de manera especial, en el artículo 1080 del Código de Comercio, en tanto sobre ese punto no hubo explicación alguna.

Ahora bien, conviene evocar que, de acuerdo con la jurisprudencia patria, esa sanción “no se impone de manera objetiva, pues para que haya lugar a ella es necesario que la falta de pago de la indemnización carezca de causa justificada o le sea imputable al asegurador, por lo que el juez deberá entrar a valorar en todos los casos el motivo del retraso en la liquidación. Si la excusa de la aseguradora consiste en que no fue posible determinar el monto del daño, y logra probar ese hecho en el proceso, entonces no habrá lugar a imponerle sanción alguna, porque es claro que la falta de satisfacción oportuna de la obligación no se debió a su propia culpa”, agregando que “cuando el acreedor reclama su derecho judicialmente, será la sentencia definitiva la que decida si los motivos en que se soportó la objeción estuvieron o no fundamentados. Y si resulta que la aseguradora no tenía razón, entonces deberá pagar el monto de la indemnización y los intereses de que trata el artículo 1080 desde el mes siguiente al día en que el asegurado o beneficiario demostró los requisitos señalados en el artículo 1077”¹⁹.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 5 de abril de 2013.

Esta posición fue reiterada en providencia SC5681 de 2018, al establecer el alto tribunal que “cuando el acreedor reclama su derecho extrajudicialmente, pero no logra demostrar la cuantía de la pérdida en ese momento, sino al interior del proceso judicial, no hay lugar a imponer el pago de los intereses de que trata el artículo 1080 del Código de Comercio, pues en ese caso hay que aplicar el inciso 2º del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil [actual artículo 94 del Código General del Proceso], tal como lo ha indicado esta Corte: ‘desde luego, acreditada la obligación y su cuantía...los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotrae a la etapa de la *litiscontestatio*, es decir, al estadio procesal en que asumió el riesgo de la *litis*, con todo lo que ello traduce”.

En consonancia con las anteriores premisas, observa la Sala que La Equidad dio respuesta a la reclamación señalando que el hecho a partir del cual se hizo la solicitud de pago “se encuentra excluida dentro de las coberturas otorgadas en la póliza”, dado que María Camila era ocupante de la motocicleta, negando la indemnización con apoyo en ese pretexto, el cual, como ya se vio, carece de sustento, debido al carácter ineficaz de ese apartado de la aseguranza –punto que, según ya se precisó, no fue objeto de reproche–. Nada dijo la aseguradora frente al valor estimado de los perjuicios, soportados en el mismo dictamen pericial que acá se avala y la evaluación acerca del daño extrapatrimonial, cuadro fáctico que deja en evidencia la falta de justificación al negarse a responder por su débito, de manera que los réditos punitivos serán reconocidos desde el 20 de julio de 2020 y hasta la fecha de pago, a la tasa del interés bancario corriente incrementado en un 50%, de acuerdo con lo que certifique la Superintendencia Financiera de Colombia.

Consecuentemente, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia en el comentado sentido, puesto que no es procedente que sobre el mismo valor se reconozcan dos tipos distintos de interés moratorio, primordialmente si se tiene en cuenta que ya desde la reclamación se había acreditado la existencia de la obligación. Por supuesto, se tendrán que liquidar sobre la suma de \$200.000.000, por ser este el monto máximo de cobertura.

En virtud de lo explicado, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el ordinal cuarto de la sentencia impugnada, para condenar a La Equidad Seguros Generales O.C. al pago de los intereses moratorios sobre la suma de \$200.000.000 desde el 20 de julio de 2020 y hasta la fecha de pago efectivo a favor de los demandantes, a la tasa de interés bancario corriente incrementado en un 50%, de acuerdo con lo certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

SEGUNDO. Confirmar, en lo restante, la decisión estudiada.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la demandada. Como agencias en derecho se señala la suma de \$1.160.000.

Notifíquese.

LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado Ponente

SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

Magistrada

ADRIANA SAAVEDRA LOZADA

Magistrada

Firmado Por:

Luis Roberto Suarez Gonzalez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

**Adriana Saavedra Lozada
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 001 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

**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: **9768c5c90ded793d09028c19f584b7dcc074545814e4c892e94cfac22bb10cb**

Documento generado en 17/05/2023 04:22:21 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
DESPACHO DIESETE (17)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Rad. No.11001310303220180031403

Visto en informe secretarial de ingreso¹, conforme a las documentales que obran y virtud al curso procesal, el Despacho DISPONE:

RESOLVER el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante principal y demandada en reconvención, en contra del auto, emitido por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá el 28 de abril de 2022 y adicionado en audiencia de 24 de junio de 2021, que se negó el decreto de pruebas de oficio, en el trámite del proceso en que son partes KAREN ARCIA reconocida como sucesora procesal de CARLOS ALBERTO ARCIA SIERRA, demandante principal y PATRICIA GIRALDO PARRA como demandada principal y demandante en reconvención.

I. ANTECEDENTES

1. La apoderada de la parte que pretende la reivindicación, con base en que, “[e]l día 2 de julio del 2020, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil decretó la nulidad del proceso y ordenó, la práctica de medios prueba de oficio a fin de que haya certeza probatoria del derecho objeto de declaración”, radicó escrito el día 27 de agosto de 2020 en el que solicitó que, “se proceda de oficio decretar la práctica de los testimonios”² de RÓBINSON PADILLA y ÁNDERSON PADILLA.
2. Respecto del primero de los testimonios solicitados, argumentó qué, en su sentir, la prueba es necesaria, legal, idónea y útil. Mismos calificativos utilizó para el segundo de los pedidos, pero sin desarrollarlos. Adicionalmente, transcribió *in extenso* la sentencia T-074 de 2018 de la Corte Constitucional para argumentar el deber del juez de decretar pruebas de oficio.
3. Tras la convocatoria a la audiencia, la peticionaria radicó lo que denominó como recurso de reposición, “con el objeto que el Juzgado amplíe y tenga en cuenta el memorial de pruebas enviado a su despacho el día 27 de Agosto (sic) de 2020, la prueba testimonial es necesaria conducente e idónea; debido a que los testigos fueron mencionados por el señor Oscar Padilla Pedroza quien declaro en el presente proceso”. Insistió, además, en que el Tribunal Superior de Bogotá “en su decisión del 18 de Junio (sic) de 2020, al resolver el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, insistió en la necesidad de nuevos medios de prueba”³.

¹ De 19 de octubre de 2022

² PDF.015 Recurso de reposición. Cuaderno01 Principal de la primera instancia, fl.4

³ PDF.015 Recurso de reposición. Cuaderno01 Principal de la primera instancia, fl.1

4. La contraparte se pronunció respecto de esa solicitud, manifestó que la decisión del Tribunal Superior no tiene ninguna relación con los medios de pruebas practicados o por practicar, si no exclusivamente por las falencias respecto de publicidad requerida en los procesos de pertenencia con la inscripción en el Registro Nacional de Personas Emplazadas. Agregó que uno de los testimonios solicitados no se practicó por negligencia de la solicitante; y que el otro, se solicitó de forma extemporánea.
5. En audiencia de 24 de junio de 2021, la peticionaria insistió en que se resolviera su solicitud, por lo que el juez profirió una providencia en la que dijo adicionar el auto mediante el que citó a audiencia, en el sentido de, “no decretar de manera oficiosa”⁴ los medios de prueba solicitados. Esencialmente sus argumentos se circunscriben a: **i)** La ley le permite prescindir de los testigos que no estuviesen presentes en la audiencia; **ii)** Las partes tienen amplias oportunidades para solicitar pruebas y a ellas deben atarse, lo cual no se hizo en este caso y **iii)** La prueba de oficio no procede por iniciativa de parte, pues como regula el art.169 del CGP, es un acto que nace del juez de cara a la convicción respecto de los hechos.
6. Inconforme, la hoy apelante interpuso recurso de apelación, y esbozó tres argumentos: **i)** Que el testimonio de Robinson Padilla ya había sido decretado y que es esencial para determinar si existe o no la vocación de prosperidad de la usucapión reconvenicional; **ii)** “el Tribunal ordenó que se ampliaran los elementos materiales de prueba (...) para tener certeza de los elementos”⁵ y **iii)** El testimonio es un medio de prueba legítimo, idóneo, necesario, y además, estas personas fueron mencionadas por otros testigos.
7. El *a quo* concedió el recurso de apelación del auto que negó la prueba, decisión que fue recurrida a través de la reposición por el apoderado demandante en reconvenición, quien sostuvo que el auto no era apelable. El juez mantuvo incólume la concesión en el efecto devolutivo.

II. CONSIDERACIONES

1. Por la separación temporal que existe entre los distintos actos procesales que derivaron en esta actuación, vale la pena memorar, a manera de síntesis en la parte considerativa, el devenir de las actuaciones relevantes que envuelven el recurso que hoy se resuelve.
2. En audiencia llevada a cabo el 29 de noviembre de 2019, se practicaron las pruebas del proceso; además, se dictó sentencia, la cual fue anulada, por el Tribunal Superior de Bogotá en providencia de 18 de junio de 2020. Una vez se devolvieron las actuaciones, la hoy recurrente radicó la solicitud probatoria que origina este recurso, que no fue resuelta por el *a quo*, así que lo presentado como reposición en contra del auto que citó a audiencia, realmente era la reiteración o el impulso de la solicitud, misma que se hizo verbalmente en audiencia. En esa actuación, lo que realmente hizo el juez fue resolver la solicitud radicada el 27 de

⁴ Archivo 23

Audiencia sesión mañana, Cuaderno01 Principal de la primera instancia, desde 01:15:10.

⁵ Archivo 23

Ibidem, desde 01:20:28.

agosto de 2020, y oralmente, como adición al auto escrito en el que citó a audiencia, por eso, el auto confutado es el de 28 de abril de 2022.

3. Hecha esa precisión, importante es memorar que el inc. final del art.287 del C.G.P., dispone; “[d]entro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal”. Es por ello que la interposición del recurso de alzada fue temporánea. Adicionalmente, el num.3º del art.321 del mismo estatuto, insertó en el listado de autos apelables el que niegue el decreto o la práctica de una prueba, y en sentido estricto, independientemente de la forma en que se haya pedido, la decisión recurrida negó la práctica de dos testimonios. Allí radica la competencia de este Tribunal.
4. Respecto del reiterado argumento de la recurrente en el sentido de indicar que esta Corporación ordenó la práctica de otros medios de prueba, se advierte rápidamente que ello no fue así. En la parte resolutive de la providencia, la Magistrada Adriana Ayala Pulgarín decretó la ya reseñada nulidad desde el momento del emplazamiento. Ahora bien, en la parte considerativa expresó que la decisión se toma sin perjuicio de las pruebas practicadas que pudieron ser contradichas por las partes, y “también sin perjuicio de que si el juez *a quo* lo estima pertinente, proceda a decretar pruebas de oficio a efectos de verificar de una manera más profunda en qué momento se inició la posesión y la cadena de títulos de la parte actora”⁶
5. Lo expresado por la entonces titular del Despacho, en ninguna medida constituye una orden al juez de la primera instancia. A lo sumo, podría decirse que constituye una sugerencia, y en el mismo lenguaje lo denota, pues claramente advirtió: “si lo estima pertinente”. Además, precisamente sobre el testimonio de Robinson Padilla ya se había pronunciado la misma Magistrada, cuando en auto del 14 de febrero de 2020⁷ negó su práctica en la segunda instancia. Por demás, es claro que ese no sería el escenario natural en el que el *ad quem* puede ordenar la práctica de una prueba al juez de primer grado, pues ese es el efecto de otras causales de nulidad, o a través del recurso de apelación en contra del auto que niega la prueba, asunto que se estudiará más adelante.
6. No debe perderse de vista que en la audiencia del 29 de noviembre de 2019 se practicaron los testimonios de varias personas desde la ciudad de Leticia, con ayuda de juez comisionado. Entre los que estaban decretados para practicarse se encontraba el testimonio de Robinson Padilla, quien no acudió a la diligencia ni en la comisión en Leticia, ni en el Juzgado en Bogotá.
7. Cuando el Juez decretó la terminación de la etapa probatoria y abrió la fase de alegaciones finales, nada dijo la parte respecto de ese testigo. Más allá de la posibilidad de prescindir de los testigos que no se encuentren presentes, contemplada en el lit.b), del num.3º del art.373, lo cierto es que la parte interesada nada dijo al respecto. Bajo ese contexto, al no existir más oportunidades probatorias, la apoderada recurrente optó, tras la declaratoria de nulidad, como así lo expresó literalmente, por solicitar al juez de la causa que decretara de oficio ese

⁶ Audiencia 327 CGP. Carpeta fl.21 CD3 Tribunal. Carpeta medios magnéticos, de la Entrada 01 al Tribunal. Desde 01:24:22.

⁷ PDF.01 CuadernoC3, del Cuaderno Tribunal C03, del Cuaderno primera instancia. fl.10-11.

testimonio y otro que no había sido solicitado en las oportunidades legalmente estipuladas.

8. El decreto de una prueba de oficio es un poder-deber del juez, al que debe acudir cuando considere que requiere elementos de convicción distintos a los ya recaudados y practicados si los considera. “útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes” (art.169 del C.G.P). Todos los razonamientos expuestos sobre la importancia, pertinencia, utilidad y legalidad de la prueba, son los que deben atenderse de forma objetiva al momento de decretar las solicitadas por las partes.
9. En circunstancias como las de este caso, (que se decrete de oficio), atiende a un criterio más subjetivo del juez, en el que la prueba ya como resultado, ha generado un convencimiento sobre un hecho, por lo que el fallador confutado entiende que no requiere decretar de oficio un medio de prueba adicional. Además, el hecho de que, para ser decretados de oficio, los testigos deban aparecer mencionados en otros medios de prueba, simplemente es un rasero objetivo para evitar el conocimiento privado del juez en el decreto oficioso de esa prueba, y no un imperativo para que se decrete.
10. Por lo razonamientos normativos y probatorios que preceden, la conclusión ineludible es que no le acompaña razón fáctica ni jurídica a la inconforme y que el auto recurrido, en la parte adicionada respecto a la negativa al decretar los testimonios de oficio, debe ser confirmado por ajustarse al debido proceso. Corolario es condenar en costas a la parte recurrente por el fracaso de la impugnación.

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada, RESUELVE;

III. DECISIÓN

PRIMERO: **CONFIRMAR** el auto proferido por el Juzgado Treinta y Dos (32) Civil del Circuito de Bogotá, el 28 de abril de 2022, adicionado en audiencia del 24 de junio de 2021.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas a la parte recurrente y al efecto fijar la suma de \$750.000. oo, como agencias en derecho. (nums.5° y 8° del art.365 del C.G.P).

TERCERO: **ORDENAR** que, por secretaría, se devuelvan las diligencias al despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada

Firmado Por:

Luz Stella Agray Vargas

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: **37651ff585f1737d12b5bfc4e189d5501f92c006ff61aff73679be7ea2ec450**

Documento generado en 17/05/2023 04:44:46 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
DESPACHO DIECISIETE (17)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Rad. No. 110012203000**20230063200**

Visto el informe secretarial, conforme a las documentales que obran y virtud al curso procesal, la Sala Unitaria DISPONE:

DECIDIR el conflicto negativo de competencia suscitado por el Juez Quince (15) Civil del Circuito de Bogotá, frente al Juez Catorce (14) Civil del mismo Circuito Judicial, para continuar conociendo del proceso verbal promovido por Lucía Fernández de Morales en contra de Mónica Jeannette Morales Moreno, Nelson Leonardo y Roberto Morales. Previos los siguientes;

I. ANTECEDENTES

1. El proceso en el cual se suscitó el conflicto de competencia fue susceptible de admisión de demanda por parte del Juzgado Catorce (14) Civil del Circuito de Bogotá, el 31 de octubre de 2017¹.
2. El día 30 de noviembre de 2021, el juzgado convocó a audiencia para celebrarse el 15 de diciembre siguiente², y los apoderados remitieron correos electrónicos al despacho el día 14 de diciembre, expresando uno "Por medio de este escrito doy atento cumplimiento a su requerimiento personal para las audiencias y en concreto la del 15 de diciembre de 2021 a las 9.a m"³ y el otro "Comedidamente, acudo ante usted en mi condición de apoderado de la parte del extremo pasivo, para ratificar mi Correo electrónico. rafa_sarmientoperez@hotmail.com"⁴.
3. Posterior a las tres actuaciones reseñadas con anterioridad, la única actuación que se registra en el expediente es la del 19 de enero de 2022, en la que se remitió solicitud de pérdida de competencia por una de las partes, donde se expresó textualmente "en observancia procesal de lo previsto en el normado jurídico 121 y concordantes de la codificación general del proceso, es el caso de solicitar su aplicación, por su objetividad, dado que este paginario civil, se encuentra dentro de la situación procesal normativa allí reseñada, dando lugar a la pérdida de su

¹ PDF.01 Demanda. Cuaderno primera instancia, fl. 76.

² PDF.13 Auto fija fecha.

³ PDF.14 Memorial correo

⁴ PDF.15 Memorial correo.

Despacho de la competencia de este proceso y en consecuencia se disponga la remisión del presente proceso al Juzgado homólogo siguiente en turno”⁵.

4. Mediante auto del 11 de agosto de 2022, el despacho señaló que “han transcurrido 2 años y 8 meses, lo que lleva a concluir que en el presente asunto se configuró la pérdida de competencia que alega la cesionaria”⁶; y ase apartó del conocimiento de la causa.
5. Por medio de oficio del 09 de septiembre de 2022⁷, se remitió el conocimiento del proceso al Juzgado Quince (15) Civil del Circuito de Bogotá; y el 24 de febrero de 2023, éste propuso el conflicto negativo de competencias, solicitando que se declare que no son competentes para conocer del trámite.
6. Los argumentos para repeler la competencia por parte del promotor del conflicto, en esencia se circunscriben a que:

5.1. “el término de que trata el canon 121 empieza a correr a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada o ejecutada que para el asunto de marras acaeció el 16 de agosto de 2019 como se dejó plasmado en el auto adiado 19 de octubre de 2020”. Expone que “en la sentencia C443 de 2019 emanada de la Corte Constitucional se dejó por sentado que la expresión tendiente a la nulidad “de pleno derecho” originada en el artículo 121 del Código General del Proceso es inexecutable y está condicionada a ser alegada por las partes, además de la posibilidad de ser saneada en los términos del canon 132 *ibidem*”⁸.

5.2. Dice el despacho que promueve el conflicto que, “la pérdida de competencia operó el 1° de julio de 2021, sin que se hubiera declarado judicialmente, contrario sensu se continuó con el trámite de la actuación fijándose fecha para la audiencia el 15 de diciembre siguiente, así las partes con posterioridad a esa fecha, efectuaron actuaciones (...) téngase en cuenta hasta esta fecha ninguno de los apoderados alegó la pérdida de competencia del presente asunto, lo que solo ocurrió hasta el 19 de enero de 2022”⁹.

5.3. Por las actuaciones realizadas, las partes “se encargaron de sanear y convalidar la actuación, pues su conducta permite entrever que actuaron sin alegar la nulidad configurada desde el 1° de julio de 2021, habiéndose saneado la actuación en los términos del artículo 132 del Código General del Proceso y a tono con la jurisprudencia otrora citada”¹⁰.

II. CONSIDERACIONES

1. A efectos de resolver el conflicto de competencia planteado por el Juzgado Quince (15) Civil del Circuito respecto de su homólogo Catorce (14), es del caso memorar que el art.139 del Código General del Proceso dispone que “[s]iempre que el juez declare su incompetencia para conocer de un proceso ordenará remitirlo al que estime competente. Cuando el juez que reciba el expediente se declare a su vez incompetente solicitará que el conflicto se decida por el funcionario judicial que sea

⁵ PDF.16

Solicita pérdida de competencia. Cuaderno primera instancia.

⁶ PDF.18

Declara pérdida de competencia. Cuaderno primera instancia, fl. 3.

⁷ PDF.19

Oficios. Cuaderno primera instancia.

⁸ PDF.22

Conflicto de competencias. Cuaderno primera instancia, fl. 2.

⁹ PDF.22

Conflicto de competencias. Cuaderno primera instancia, fl. 2.

¹⁰ PDF.22

Conflicto de competencias. Cuaderno primera instancia, fl. 3.

superior funcional común a ambos, al que enviará la actuación”; así, esa norma da cuenta de la competencia de este Despacho para conocer del referido conflicto.

2. La disposición 121 del estatuto procesal, busca desarrollar principios del proceso jurisdiccional como la celeridad, la perentoriedad, la finitud, entre otros; así, dispuso un tiempo máximo para la duración de los procesos, y ante el incumplimiento de esa fecha, reguló diversas consecuencias. Para lo que a este caso respecta, importan dos: por un lado la nulidad; por el otro la pérdida de competencia. La comentada norma, textualmente, dispone:

“Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. Del mismo modo, el plazo para resolver la segunda instancia, no podrá ser superior a seis (6) meses, contados a partir de la recepción del expediente en la secretaría del juzgado o tribunal

Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso, por lo cual, al día siguiente, deberá informarlo a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura y remitir el expediente al juez o magistrado que le sigue en turno, quien asumirá competencia y proferirá la providencia dentro del término máximo de seis (6) meses. La remisión del expediente se hará directamente, sin necesidad de reparto ni participación de las oficinas de apoyo judicial. El juez o magistrado que recibe el proceso deberá informar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura sobre la recepción del expediente y la emisión de la sentencia

(...)

Excepcionalmente el juez o magistrado podrá prorrogar por una sola vez el término para resolver la instancia respectiva, hasta por seis (6) meses más, con explicación de la necesidad de hacerlo, mediante auto que no admite recurso

Será nula la actuación posterior que realice el juez que haya perdido competencia para emitir la respectiva providencia”.

3. El canon normativo objeto de interpretación, fue estudiado bajo el prisma de la constitucionalidad en la sentencia C-443 de 2019, en el que la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión de pleno derecho con la que inicialmente se cualificaba la nulidad, pues “la nulidad allí prevista debe ser alegada antes de proferirse la sentencia, y de que es saneable en los términos de los artículos 132 y subsiguientes del Código General del Proceso”. Además, declaró la exequibilidad condicionada del inciso segundo “en el sentido de que la pérdida de competencia del funcionario judicial correspondiente sólo ocurre previa solicitud de parte, sin perjuicio de su deber de informar al Consejo Superior de la Judicatura al día siguiente del término para fallar, sobre la circunstancia de haber transcurrido dicho término sin que se haya proferido sentencia”¹¹.
4. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil ha manifestado expresamente que “la extinción del marco temporal para el ejercicio de la función jurisdiccional no conduce inexorablemente a la pérdida de competencia del funcionario cognoscente, ni a la nulidad de los actos proferidos con posterioridad, pues en los casos en que haya saneamiento expreso o tácito se

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-443 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.
LSAV/ JDFT No. 11001220300020230063200

quebrantarán tales consecuencias, dentro del marco del artículo 136 del Código General del Proceso (...). Dicho de otra manera, queda fuera de dubitación que (...) para que se produzcan los efectos invalidantes después de agotado el tiempo para sentenciar, es indispensable que alguno de los sujetos procesales invoque este hecho antes de que actúe o de que se profiera el veredicto, pues en caso contrario se sanea el vicio y se dará prevalencia al principio de conservación de los actos procesales”¹²

5. De forma clara, la alta corporación ha expresado que existe posibilidad de sanear la pérdida de competencia, pues continuando en la precitada providencia, se dijo: “Explicado de otra forma, en tanto el mandato 121 nada dispuso sobre el saneamiento de la pérdida de competencia temporal (...) deberá acudir al marco general de las nulidades, compuesto por un listado taxativo de motivos que no la admiten, dentro de los cuales no se encuentra aquélla, siendo aplicable, entonces, el principio general de la convalidación”¹³
6. Del alcance de la norma, deben subsumirse los hechos del caso de la referencia en la disposición normativa que regula los efectos de la pérdida de competencia. Con mucha claridad expresó el Juzgado que propuso el conflicto cuando indicó “la pérdida de competencia operó el 1° de julio de 2021, sin que se hubiera declarado judicialmente”¹⁴; así, se hace necesario analizar la entidad de las actuaciones de los sujetos procesales entre esa fecha y el 19 de enero de 2022, fecha en que se presentó la solicitud de pérdida de competencia
7. Tal como se dejó reseñado en los antecedentes, tres fueron las actuaciones de los sujetos procesales en ese lapso. El juez programó una audiencia, y dos apoderados ratificaron su canal digital a través de correo electrónico de cara a la audiencia. Es importante resaltar que la referida audiencia no se realizó, pues no hay rastro en el expediente de ésta, ni de la razón por la que no se hizo.
8. Es claro que la simple actuación del juez al citar a una audiencia, que además no se realizó, no tiene la virtualidad de abolir los efectos de la pérdida de competencia. Por el lado de la actuación de la parte solicitante de la pérdida de competencia (idéntica a la de la otra parte), no es un acto que tenga el alcance de sanear la pérdida de competencia. Es la transmisión de una simple información, necesaria en el ámbito de los procesos a través de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, para la realización efectiva de actos procesales. Es que, incluso calificándola como acto procesal, ni siquiera podría decirse que es un acto de impulsión de parte, que a lo sumo sería de trámite.
9. No existiendo ningún otro acto procesal entre el vencimiento del término y la solicitud y subsiguiente declaratoria del término de pérdida de competencia, aunado al hecho de que no se ha proferido sentencia, dable es concluir que esta no se saneó y el efectivamente acaeció la pérdida de competencia del Juzgado Catorce (14) Civil Municipal.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent SC845-2022 de 24 may. 2022. Rad. N° 05001310301320080020001. M.P Luis Alonso Rico Puerta; retomando la postura expresada en la SC3377-2021 del 1 sep. 2021.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ PDF.22 Conflicto de competencias. Cuaderno primera instancia, fl. 2.

10. Por los razones fácticas, normativas y jurisprudenciales relacionadas en precedencia, es claro que no asiste razón a la célula judicial promotora del conflicto de competencias; pues, el Juzgado Catorce (14) Civil del Circuito de Bogotá, declaró su pérdida de competencia conforme a derecho. Consecuencia obligatoria será declarar que la competencia pertenece al Juzgado Quince (15) Civil del Circuito de Bogotá.

En consideración a lo expuesto, la suscrita Magistrada, RESUELVE;

III. DECISIÓN

PRIMERO: **DECLARAR** que el conocimiento del proceso promovido por Lucía Fernández de Morales en contra de Mónica Jeannette Morales Moreno, Nelson Leonardo y Roberto Morales sometido a conflicto negativo de competencia, corresponde al JUEZ QUINCE (15) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

SEGUNDO: **ORDENAR** la remisión del expediente al JUEZ QUINCE (15) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

TERCERO: **COMUNICAR** por medio de la Secretaría lo aquí decidido a las partes y al JUEZ CATORCE (14) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,



LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada Sala Civil

Firmado Por:
Luz Stella Agray Vargas

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: **4380eee6077cd95fa0be131a94be5c97aad6d3f267d07f3f3fd586b20ef273**

Documento generado en 17/05/2023 04:44:49 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
DESPACHO DIECISIETE (17)

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Rad. No.11001310302620170016503

Visto en informe secretarial de ingreso¹, conforme a las documentales que obran y en virtud al curso procesal, el Despacho DISPONE:

RESOLVER los recursos de apelación formulados por ARQUINVEST COLOMBIA S.A.S., y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., respectivamente, contra el auto proferido por el Juzgado Veintiséis (26) Civil del Circuito de Bogotá en audiencia del 2 de agosto de 2022, que declaró que el señor, LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO ostentaba la calidad de poseedor para cuando se materializó el secuestro de los inmuebles involucrados en el juicio de la referencia y, en consecuencia, ordenó levantar esa cautela. Previos los siguientes;

I. ANTECEDENTES

1. LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO, con fundamento en el num.8° del artículo 597 del C.G.P., promovió incidente con miras al levantamiento del secuestro que recayó sobre los bienes identificados con matrículas inmobiliarias 040-26350 y 040-41150, materializado por la Alcaldía de Barranquilla en diligencia del 9 de agosto de 2021².
2. El incidentante argumentó ostentar la posesión sobre los citados inmuebles, con ocasión de un contrato de permuta y cesión de derechos, suscrito el 15 de noviembre de 2020. con el anterior poseedor, el señor JULIAN ANDRÉS ALVARADO SIERRA. Último quien, desde mediados del año 2014, inició la vocación de señor y dueño de los predios, para lo cual ingresó en ellos al encontrarlos abandonados, contrató al señor SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ para su cuidado, conservación y mantenimiento, asumió los gastos derivados de tal actividad, permitió el uso de una sección para la vivienda del cuidandero y su familia, y nunca fue perturbado por persona natural o jurídica. Contexto que se ha mantenido tras la celebración del mencionado negocio.
3. El juzgado de primera instancia, previo a darle curso a la solicitud, en auto del 4 de octubre de 2021 requirió a la parte interesada para arrimar el acta de la

¹ 31 de agosto de 2022

² Pdf.001 Incidente de desembargo. *ib.*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

diligencia de secuestro³. Cumplido lo anterior⁴, en providencia del 28 de enero de 2022, corrió traslado del escrito incidental al extremo actor⁵, vencido en silencio⁶.

4. El 24 de marzo siguiente, se decretaron las pruebas y se fijó fecha para la audiencia establecida el canon 129 del estatuto procesal vigente⁷.
5. El 27 de abril de 2022, luego del recurso presentado por la parte demandante⁸, el *a quo* revocó de forma parcial la anterior decisión y la adicionó en el sentido de tener en cuenta que la parte demandante describió en término el traslado, abrió nuevamente a pruebas y señaló fecha para su práctica⁹. Determinación adicionada el 26 de mayo posterior, para correr traslado de la solicitud de desconocimiento de documentos¹⁰.
6. El 14 de junio de esa anualidad, se llevó a cabo la vista pública en la que se interrogó a LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO y se rindieron los testimonios de ANDRES MAURICIO CORTÉS CHACÓN, RODRIGO GALINDO, LUIS ALBERTO DORIA SIERRA, SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ y FERNANDO MALDONADO VERGARA¹¹. Diligencia reanudada el 2 de agosto siguiente, donde se escuchó a: YEISSON ANDRÉS LANDERO HERRERA, EDWIN ENRIQUE ESTRADA PATIÑO y MARY GABRIELA OROZCO ROBLES.
7. Finiquitada la etapa probatoria, el *a quo* resolvió: **i)** “Declarar que el incidentante señor LIBARDO URIBE BOTERO, para el día 9 de agosto de 2021, data del secuestro de los inmuebles de matrícula inmobiliarias 040-26350 y 040- 41150, tenía la posesión de los mismos”, **ii)** “Se ordena el levantamiento del secuestro sobre los inmuebles con matrículas inmobiliarias antes indicadas”, **iii)** “No se declara la tacha del testimonio del señor LUIS ALBERTO DORIA”, **iv)** “No se declara la tacha del testimonio de la señora MARY GABRELA OROZCO” y **v)** “Se condena en costas y perjuicios a la parte incidentada”¹². Para arribar a la anterior determinación, en síntesis, expuso que:¹³

7.1. Se demostró la posesión sobre los bienes objeto del proceso, en cabeza del señor URIBE BOTERO, tanto en el *animus* como en el *corpus*. Las personas traídas a juicio por la parte interesada, quienes han habitado los

³ PDF.007 Auto requiere. Cuaderno 3.

⁴ PDF.010 Correo memorial. *id.*

⁵ PDF.012 Auto Corre Traslado. *id.*

⁶ PDF.013 Al despacho vencido traslado. *id.*

⁷ PDF.014 Auto abre a pruebas fija fecha. *id.*

⁸ Archivo 046 Continuación audiencia.

⁹ PDF.027 Auto revoca parcialmente, *id.*

¹⁰ PDF.032 Auto adiciona. *id.*

¹¹ Archivos 039 al 041 y PDF 042 Acta audiencia, *id.*

¹² Archivos 045 al 046 y PDF 047 Acta audiencia, *id.*

¹³ Archivo 046 Continuación audiencia. Cuaderno 3. Min. 00:40:15 a 01:03:49.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

bienes y coexistido en el sector donde se ubican, incluso con anterioridad a la adquisición de la posesión por el incidentante, testificaron al unísono tal condición, a pesar de las imprecisiones cometidas, que se justificaron dado su nivel de escolaridad.

- 7.2. Aquellos deponentes dieron fe de, la llegada del incidentante a los inmuebles; de cómo el señor ALVARADO SIERRA suscribió contrato con SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ para desarrollar labores de cuidado en esos predios; que no se lograron desvirtuar; la interrupción natural o civil; el traspaso de la posesión a URIBE BOTERO; y cómo esa última se desarrolla por intermedio del señor CORTÉS CHACÓN.
- 7.3. Los medios testimoniales y documentales del extremo incidentado, no tuvieron la virtualidad de contradecir la posesión configurada, en tanto ilustran la situación de los predios en los años 2013 a 2017; es decir, un período anterior al secuestro, siendo relevante para el caso solamente lo acaecido para el momento mismo de la diligencia, esto es, el 9 de agosto de 2020.
- 7.4. En cuanto al acta del trámite desplegado por la Alcaldía de Barranquilla, en ella se consignó, por un lado, que la diligencia la atendió SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ y, por otro, lo relativo al estado exterior de las casas, sin decir nada sobre su interior. Además, aseveró la improcedencia de la tacha formulada en su contra, en tanto esa figura solo procede cuando el documento se le atribuye a una de las partes y en este caso fue elaborada por una autoridad pública ajena a los intervinientes. Sumado a ello, solo es viable en tratándose de falsedad material, la cual no se configura.
- 7.5. Respecto del desconocimiento de documentos promovido por la pasiva incidental, también lo declaró improcedente. Explicó que, cuando ANDRÉS CORTÉS CHACÓN arrimó las fotografías, lo hizo en representación de LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO y no fue desvirtuada la presunción de veracidad de los contratos de permuta y cesión de posesión, ni del de prestación de servicios.
- 7.6. No prosperan las tachas formuladas contra los testigos LUIS ALBERTO DORIA y MARY GABRELA OROZCO, de acuerdo con lo normado en el canon 211 del C.G.P. Frente al primero, porque no se probó una amistad con el incidentante y, a la segunda, ya que la relación existente es con otro de los testigos y no propiamente con la parte.
8. En desacuerdo con el veredicto, los apoderados de las sociedades ARQUINVEST COLOMBIA S.A.S. y ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A. -



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

en calidad de vocera y administradora del fideicomiso Proyecto 100 Barranquilla-, formularon la defensa vertical y, en subsidio, la horizontal, en audiencia.

8.1. El primero, reparó que: *i)* Las pruebas practicadas demostraron la ausencia de *animus* y *corpus* del señor de LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO, pues no se manifestó un dominio sobre los inmuebles mediante actos positivos, sino la delegación de la actividad en ANDRÉS CORTÉS CHACÓN, además, no conoce los bienes ni al cuidador y su posesión no es pública, quedando solamente sus dichos, insuficientes para constituir su propia prueba; *ii)* Los documentos arrimados fueron desconocidos con miras a que la contraparte demostrara su autenticidad, carga incumplida; por ende, no debió dársele valor probatorio, máxime cuando hay contradicciones que exponen la irrealidad de los contratos, siendo inviable aplicar la presunción de veracidad; *iii)* En el acta del secuestro se advirtió no haber nadie en los predios y no contar con servicios públicos; y *iv)* Las fotografías arrimadas no pueden valorarse, al ser aportadas por fuera del término de traslado de la oposición¹⁴.

8.2. El segundo, reprochó que: *i)* Se emitió una decisión de fondo, aun cuando no se ha devuelto formalmente el despacho comisorio diligenciado, *ii)* El acta obrante en el plenario fue elaborada por funcionarios competentes y en ella, no se evidencia oposición, pero sí el estado del inmueble, que no se acompasa con lo planteado por el incidentante y *iii)* No se le puede dar el alcance dado por el juzgador a los testimonios, en atención a las contradicciones evidenciadas entre ellos, la renuencia a contestar algunas preguntas, la preparación y predisposición a la que fueron sometidos, así como la conducta sospechosa desplegada en las audiencias¹⁵.

9. El despacho de primer grado mantuvo incólume su determinación y concedió los recursos de apelación en el efecto devolutivo¹⁶.

10. A través de memorial arrimado el 5 de agosto de 2022¹⁷, el apoderado de ARQUINVEST COLOMBIA S.A.S., sustentó por escrito sus reparos a la decisión¹⁸ y agregó¹⁹:

¹⁴ Archivo 046 Continuation audiencia. Cuaderno 3. Min. 01:04:03 a 01:17:55.

¹⁵ Archivo 046 Continuation audiencia. Cuaderno 3. Min. 01:18:03 a 01:21:55.

¹⁶ Archivo 046 Continuation audiencia. Cuaderno 3. Min. 01:35:55 a 01:21:55.

¹⁷ PDF.051 Correo sustentación.

¹⁸ PDF.050 Sustentación recurso.

¹⁹ El artículo 322 del C.G.P., en su numeral 3 dispone: "En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. 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"



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

- 10.1.** Un actuar de mala fe del pretense poseedor, al asociarse con el testigo ANDRÉS CHACÓN para elaborar un aparente contrato de permuta, sin conocer al supuesto antecesor, ni las propiedades involucradas. Adicional, el mencionado tiene como profesión hacerse a predios ajenos alegando prescripción y conociendo el proceso ejecutivo en curso, adelantaron actos dirigidos a crear una situación inexistente con la finalidad de llevar a engaño a las autoridades.
- 10.2.** No se valoraron en debida forma los hechos probados con la diligencia de secuestro, relacionados con que no se ejerce ningún acto de posesión al encontrarse los inmuebles en malas condiciones de conservación y no contar con servicios públicos domiciliarios. Hechos que no pueden desconocerse, al ser advertidos por el funcionario comisionado y dejar constancia de ellos en el acta respectiva.
- 10.3.** Las documentales utilizadas por el incidentante fueron impugnadas a través de la figura del desconocimiento, imponiéndosele la carga al aportante de allegar las pruebas sobre su autenticidad. No obstante, se guardó silencio y no se arrimó prueba encaminada a ese fin y, aun así, se les otorgó pleno valor probatorio.
- 10.4.** Los testigos citados no demuestran la posesión por las contradicciones presentadas, que conllevan a la inequívoca conclusión de que sus manifestaciones no obedecen a la realidad y se encuentran acomodadas para crear una situación inexistente.
- 10.5.** El archivo titulado “permuta y cesión de los derechos derivados de la posesión” no reúne los requisitos de la jurisprudencia para ser valorado, ni sirve de título idóneo como puente o vínculo sustancial entre antecesor y sucesor. En él no se aportó ningún elemento de prueba que demuestre la posesión sobre los inmuebles; es decir, no se acreditó la ejecución de hechos expresivos de tal condición. También, llama la atención el pago a través de obras de arte sin que se cuente con el señalado respaldo para dar fe de su autenticidad y valuación. Hecho que manifiesta su carácter artificioso y/o simulado.
- 10.6.** Existen hechos que ponen de relieve la imposibilidad de haberse ejercido una posesión sobre los inmuebles. Igualmente, el dictamen pericial arrimado informó que, para el 3 de febrero de 2017, estaban sin uso y desocupados.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

II. CONSIDERACIONES

1. El Tribunal es competente para resolver la alzada, en tanto la decisión proferida es susceptible de ese medio de impugnación, acorde con lo previsto en el numeral 5° del art. 321 del C.G.P., en armonía con el 8° del canon 597 *ibidem*.
2. El legislador, en la última norma citada, previó como una de las hipótesis para el levantamiento de la medida precautoria de secuestro, que un tercero acredite la posesión del bien objeto de la cautela en el momento de la diligencia en la que se consume. Para el efecto, si el que se reputa como poseedor estuvo presente y representado por abogado, deberá elevar la solicitud en esa misma oportunidad; si, por el contrario, no estuvo representado judicialmente, tendrá cinco (5) días para formularla. En cambio, si no participó en el secuestro, el término será de veinte (20) días. Ahora, el conteo de ambos plazos dependerá de quién practique la diligencia, si se trata del propio juez de conocimiento, será a partir del día siguiente a la fecha en que se celebró la diligencia, pero si la realizó un comisionado, será desde la notificación del auto que ordena agregar el despacho comisorio. Petición que, en cualquiera de los casos, se tramitará por el funcionario cognoscente vía incidente, al interior del cual se deberá probar la posesión alegada.
3. La norma tiene como finalidad evitar la afectación de terceros con el decreto y práctica de medidas cautelares. El ordenamiento ha pretendido garantizar las prerrogativas de quienes acuden a la justicia, sin desconocer las de las personas ajenas al litigio pero que se pueden ver afectadas con sus resultados, en tanto la labor judicial implica proteger y garantizar los derechos subjetivos -entre ellos, el de posesión, como expresión del derecho de propiedad-, dentro de una regulación que armonice los intereses de todos los sujetos.
4. Precisado lo anterior, no puede pasar por alto el Tribunal que, en el presente asunto, aun cuando el funcionario de primer grado encargó el secuestro de los bienes identificados con matrículas inmobiliarias 040-26350 y 040-41150, a sus homólogos municipales de Barranquilla, por ser esta la ciudad donde se ubican²⁰; para el momento en que el señor URIBE BOTERO promovió la solicitud de levantamiento cautelar -17 de agosto de 2021-²¹, no reposaba en el plenario el despacho comisorio diligenciado ni la providencia que lo incorporó. Lo que tampoco se acreditó, pese a los requerimientos en esta instancia²².

²⁰ PDF.012

Auto decreta secuestro de inmuebles. Cuaderno 1

²¹ PDF.005

Correo memorial agosto diecisiete. Cuaderno 3

²² PDF.005

Solicitud información. Cuaderno Tribunal



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

5. Sin embargo, aunque no se comparte y se reprocha el actuar del *a quo* sobre el particular, esa circunstancia no es óbice para finiquitar el problema jurídico planteado, por las siguientes razones:

5.1. El objeto de los procedimientos es la efectividad de las prerrogativas reconocidas por la ley (arts. 11 y 12, C.G.P.), de allí la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal. En ese orden, en consideración a que ya se llevó a cabo todo el curso incidental, se practicaron las pruebas y se adoptó una decisión de fondo, resultaría más gravoso para los extremos de la litis e intervinientes e implicaría desatender la demanda de justicia material, desconocer esa tramitación so pena de tener como rigorismo infranqueable la emisión del auto echado de menos.

5.2. No se avizora un desconocimiento de las garantías de defensa y contradicción de las partes del proceso ejecutivo a continuación del verbal que motivó la pretensión del levantamiento del secuestro. Véase que, luego de incoada la solicitud, se corrió traslado a la demandante²³, ARQUINVEST COLOMBIA S.A.S., quien se opuso a su prosperidad²⁴. Es más, en las audiencias celebradas, participó una de las demandadas, ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.,²⁵ a quien se le permitió controvertir los testimonios rendidos y hasta apeló la decisión adoptada.

5.3. Las compañías intervinientes no objetaron el trámite adelantado ni plantearon la falencia evidenciada dentro de la oportunidad procesal respectiva, esto es, desde el momento en que se corrió traslado del escrito incidental; providencia que marca el inicio de la solicitud (art. 129, C.G.P.), enterada por estado electrónico del 31 de enero de 2022²⁶. Como se sabe, las etapas y las oportunidades para manifestar inconformidades u oposiciones, son perentorias (art. 117, *ib.*).

5.4. Previo a iniciar el curso incidental, el juez de primera instancia inquirió al extremo interesado para que aportara el acta de la diligencia de secuestro²⁷, arribada finalmente al plenario²⁸. Documento que da cuenta de la asignación de la comisión al Juzgado Séptimo (7°) de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Barranquilla²⁹, quien a su vez sub

²³ PDF.012 Auto corre traslado incidente. Cuaderno 3

²⁴ PDF.016 Réplica incidente. *id.*

²⁵ PDF.033 Poder. *id.*

²⁶ Disponible en: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-026-civil-del-circuito-de-bogota/101> y <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/36156072/98943901/2017-165+%282%29.pdf>

²⁷ PDF.007 Auto requiere. *id.*

²⁸ PDF.008 Memorial da cumplimiento. *id.*

²⁹ En el encabezado se señaló: "DILIGENCIA DE SECUESTRO DE BIEN INMUEBLE, ORDENADA MEDIANTE DESPACHO COMISORIO No 015 DE FECHA 16 DE NOVIEMBRE DE 2020 DEL JUZGADO SÉPTIMO DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIAS MÚLTIPLES DE BARRANQUILLA RAD. 1100131030262017001650" (sic, se resalta). Revisado el micrositio del mencionado despacho, se tiene que en proveído del 18 de marzo de 2021, notificado en el estado n.º 42 del 19 LSAV/ERR No. 11001310302620170016503



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

comisionó a la Alcaldía de esa urbe³⁰. Luego, no hay dudas de que se materializó esa cautela ordenada en auto de 23 de noviembre de 2020³¹, sobre la cual se finca la oposición del promotor.

- 5.5. Lo surtido no se encuentra viciado de nulidad, en tanto no se configura alguno de los eventos taxativamente señalados por el legislador en el art. 133 del estatuto procesal vigente.
6. Bajo este panorama, el primer reproche elevado por el apoderado de ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., (punto 8.2.) no puede salir avante; máxime cuando esa compañía tuvo la oportunidad de oponerse al incidente, una vez tomó curso y no esperar hasta su final, cuando le resultó desfavorable, valerse para su ataque de la ausencia de la devolución formal del despacho comisorio.
7. De conformidad con la previsión normativa atrás explicada, el aspecto trascendental en el asunto *sub examine* radica en la comprobación de la calidad de poseedor del incidentante al momento de la diligencia de secuestro. El legislador expresamente consagró la viabilidad de desmerecer la cautela cuando, “un **tercero poseedor** (...) solicita al juez del conocimiento (...) que se declare que tenía la posesión material del bien **al tiempo en que aquella se practicó**” -se resalta-.
8. Quiere decir que, no se trata propiamente de un estudio de la configuración del interregno de carácter ininterrumpido, público y pacífico dispuesto por el ordenamiento procesal como habilitante para usucapir, tópico que sería materia de estudio de otro litigio; sino de acreditar siquiera los presupuestos que le permitan al juzgador evidenciar un estatus de poseedor para cuando se consuma el instrumento cautelar, contraído a la entrega de un bien a un auxiliar de la justicia para su custodia, conservación y administración, mientras se obtiene una decisión judicial. (art. 2273, C.C.).
9. Bajo ese panorama, la precisión de la fecha desde la cual iniciaron los actos posesorios por parte de LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO no es sustancial al caso, en tanto, lo importante es la revelación de esa calidad para el 9 de agosto de 2021, data del secuestro el bien.

siguiente, se subcomisionó al Alcalde Distrital de Barranquilla para llevar a cabo el secuestro encomendado (Ver en: https://www.ramajudicial.gov.co/documents/36168859/64153089/competencias+mu%CC%81ltiples+007+barranquilla_19-03-2021+%281%29.pdf/9dda7e98-580c-4650-b037-40b317a60988 y https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/sarrietr_cendoj_ramajudicial_gov_co/_layouts/15/onedrive.aspx?id=%2Fpersonal%2Fsarrietr%5Fcandoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FDatos%20adjuntos%2F11001310302620170016500%5FACT%5FAUTO%20ADMITE%20%2D%20AUTO%20AVOCA%5F18%2D03%2D2021%205%2E02%2E11%20p%2Em%2E%2Epdf&parent=%2Fpersonal%2Fsarrietr%5Fcandoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2FDatos%20adjuntos&ga=1).

³⁰ PDF.009 Acta secuestro. *id.*

³¹ PDF.012 Auto decreta secuestro de inmuebles. Cuaderno 1.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

10. Ahora bien, conviene memorar que la posesión “es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo” (art. 762, *id.*). Disposición normativa de la que se desprenden los dos elementos que configuran el estado de poseedor: el *corpus* o elemento externo y el *animus* o elemento interno.
11. Sobre el particular, la jurisprudencia patria explicó: “El artículo 762 del Código Civil ha definido la posesión como ‘...la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño...’, es decir que requiere para su existencia del *animus* y del *corpus*, esto es, el elemento interno, psicológico, la intención del dominus, que por escapar a la percepción directa de los sentidos es preciso presumir de la comprobación plena e inequívoca de los actos materiales y externos ejecutados continuamente y por todo el lapso que dure aquella, que por constituir manifestación visible del señorío, llevan a inferir la intención o voluntad de hacerse dueño, mientras no aparezcan otras circunstancias que demuestren lo contrario, y el elemento externo, esto es, la retención física o material de la cosa”³².
12. En lo que respecta a la detentación material, encuentra el despacho su configuración, con soporte en lo siguiente:
- 12.1. De acuerdo con el acta, la diligencia de secuestro fue atendida por SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ, en tanto se consagró: “(...) acto seguido evidenciamos que se nos acerca un señor estando en la parte externa, nos indica que está en calidad de vigilante del bien inmueble, nos suministra su cédula de ciudadanía por medio de la cual se evidencia que responde al nombre de SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ (...) permitiendo el acceso al bien inmueble (...) de manera voluntaria (...)”³³.
- 12.2. Al rendir testimonio, el referido señor manifestó, en síntesis, haber sido contratado para cuidar las casas desde abril del 2016 por JULIAN ANDRÉS ALVARADO SIERRA, a quien reconoce solamente como “Julián”, personaje que a partir de abril de 2020 lo dejó a disposición de ANDRÉS CORTÉS CHACÓN, a quien llama “doctor Andrés”. Se entiende con el último para el pago por su labor y todo lo relacionado con los predios, incluyendo los servicios públicos. También, adujo adelantar actividades de cuidado, aseo, mantenimiento y vivir ahí junto con su esposa y una prima³⁴.

³² Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 13 de abril de 2009, Magistrada Ponente Ruth Marina Díaz Rueda, exp.52001-3103-004-2003-00200-01.

³³ PDF.009 Acta secuestro. Cuaderno 3.

³⁴ Archivo 039 Audiencia parte uno. Cuaderno 3. Min. 47:54 a 01:29:49.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

12.3. ANDRÉS CORTÉS CHACÓN declaró que en una de sus visitas a Cartagena durante la pandemia y por unos exámenes médicos de una hija, tuvo la oportunidad de conocer las casas de Barranquilla, de las que ya le había hablado un conocido llamado JAIRO LEAL a quien JULIAN ANDRÉS ALVARADO SIERRA le había ofrecido la “pertenencia”. Luego de investigar los bienes, al ser abogado y trabajar en el área de inversiones inmobiliarias de su oficina, le interesó el negocio, pero solo tenía para ofrecer dos cuadros de propiedad de LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO más un cruce de cuentas. Tras convencer a URIBE BOTERO logró la firma del contrato por la posesión, en el que se pactó como pago las dos obras por la suma de \$600.000.000, más \$100.000.000 como comisión a favor de JAIRO LEAL, luego de lo cual, JULIAN ANDRÉS ALVARADO SIERRA da instrucciones a su empleado para entenderse con él, quien podía estar al tanto de los inmuebles al tener familia en la ciudad cercana de Cartagena. En ese contexto, precisó: “(...) he venido yo ejerciendo la posesión (...) a través de Sidar, digamos, en nombre de Libardo, y he manejado toda la pertenencia”. Cuando el juez le cuestiona si ha ejercido la posesión a nombre propio o del señor Libardo, confirmó: “del señor Libardo (...)” y posteriormente arguyó: “(...) he tratado de manejar la posesión, en nombre de Libardo, yo, para que no vean a más personas, Sidar no se vaya a enredar que este y que otro (...) y él sabe que no puede entrar nadie a menos que yo lo autorice, y así lo hemos manejado (...) Libardo me da la plata”³⁵.

12.4. Por su parte, LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO confirmó que llegó al negocio por intermedio de su amigo ANDRÉS CORTES CHACÓN, después de enterarse de la posesión de las casas y ver un potencial de éxito. Accedió por la amplia confianza depositada en su conocido y porque buscaba alguna oportunidad con las pinturas, que incluso estaban depositadas en la casa de la mamá de su aliado. Sin embargo, no distingue los bienes ni los pormenores de la posesión, ya que en su negociación acordó que sería ANDRÉS el encargado de todo, quien, para llevar a cabo la transacción, solo lo ilustró respecto a los antecedentes sobre el fracaso del proyecto inmobiliario, el abandono del lugar y la existencia del cuidador puesto por el señor JULIAN ANDRÉS ALVARADO SIERRA, aunque no lo conoce personalmente. Reiteró: “(...) este es un negocio que se da en el marco de una persona en la cual confío mucho, que él me propone una oportunidad de negocio y yo lo hago, pues, prácticamente a ciegas confiando en lo que conozco y sé de él, entonces, por eso acá (...) muchas cosas que se dan bajo el marco de extrema confianza (...) para mí, así no sea legalmente, Andrés es parte en este negocio, es como si fuera mi socio (...), él es el abogado y cobrará la cuota litis (...)”³⁶.

³⁵ Archivo 039 Audiencia parte uno. Cuaderno 3. Min. 01:16:30 a 02:38:33.

³⁶ Archivo 040 Audiencia parte dos. Cuaderno 3. Min. 43:40 a 01:14:32.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

- 12.5. Del anterior análisis probatorio, sale a la luz que la tenencia de los bienes para la fecha de secuestro radicaba en cabeza del señor URIBE BOTERO, no de forma directa, pero sí a través de MARCELO CASTRO DE LA HOZ, quien además de atender y permitir la entrada a la autoridad comisionada para ese fin, funge como su cuidador y rinde cuentas a ANDRÉS CORTÉS CHACÓN; último que, conforme a sus dichos, en todo lo relacionado con esos predios, actúa en nombre y representación del incidentante, de acuerdo con la negociación y relación de confianza existente.
- 12.6. En este punto, es útil precisar que la tenencia de un bien en el marco de la posesión puede darse por quien aduce actuar como dueño o, a voces del canon 762 del Estatuto Civil, por “otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él”.
13. Entrando al análisis del *animus* o elemento interno, con todo y la detentación material atrás explicada, hay incertidumbre en cuanto al ánimo posesorio del señor URIBE BOTERO para cuando se practicó el secuestro, ante la carencia de actos externos inequívocos de señorío, útiles para configurar el elemento restante estudiado, distintos a la mera tenencia a través de un tercero. Conclusión a la que se llega tras el análisis en conjunto de todo el acervo probatorio.
14. Memórese que el fenómeno posesorio “no se configura jurídicamente con los simples actos materiales o mera tenencia que percibieron los declarantes como hecho externo o *corpus* aprehensible por los sentidos, sino que requiere esencialmente la intención de ser dueño, *animus domini* –o de hacerse dueño, *animus rem sibi habendi*–, elemento intrínseco que escapa a la percepción de los sentidos. Claro está que **ese elemento interno o acto volitivo, intencional, se puede presumir ante la existencia de los hechos externos que son su indicio, mientras no aparezcan otros que demuestren lo contrario**” -se resalta³⁷.
15. Además, “como es sabido, la posesión (...) en cuanto situación de hecho que es, **debe trascender a la vida social mediante ‘una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor**. Tales actos deben guardar, entonces, íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquéllos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios y cerramientos, el cultivo de plantaciones y sementeras y otros de igual significación’ (...) Es claramente perceptible, pues, el celo del legislador por destacar que las manifestaciones externas de la posesión

³⁷ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC G. J., t. LXXXIII, páginas 775 y 776.
LSAV/ERR No. 11001310302620170016503



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

son aquellos hechos positivos que suelen ejecutar los dueños, (...) por supuesto que **los hechos que no aparejen de manera incuestionable el ánimo de propietario de quien los ejercita (animus rem sibi habendi) , apenas podrán reflejar tenencia material de las cosas**” -se resalta-³⁸.

16. Aunque SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ, testificó que en el marco de la relación comercial mantenida con ANDRÉS CORTÉS CHACÓN, quien a su vez actúa como mandatario del incidentante al parecer desarrolla labores en los bienes, tales como arreglar los patios, mantener limpio, cuidar del ingreso de terceros ajenos y vivir allí con algunos familiares, bajo su anuencia³⁹, lo cierto es que ninguno de esos dichos se encuentra refrendado con otra prueba. Ni siquiera en el acta de la diligencia, documento que no fue considerado en integridad por el *a quo*, pese a ser el útil para corroborar la situación de los inmuebles para cuando se celebró el secuestro. Es más, una vez se compara la versión rendida por el testigo con lo allí documentado, salen a la luz varias inconsistencias:

16.1. En primer lugar, se tiene que el señor CASTRO DE LA HOZ se presentó como “vigilante” mas no como “cuidador”, teniendo en cuenta que no es lo mismo custodiar y permitir el ingreso o salida de un bien, que además de eso, se resida en él y realicen tareas de mantenimiento.

16.2. En segundo lugar, el documento elaborado por la alcaldía al describir la situación exterior del bien ubicado en la Carrera 55 # 80-264, aseveró que “la propiedad cuenta con un jardín en malas condiciones lleno de maleza, notándose el descuido de la propiedad” y cuando revisó el patio manifestó: “tiene un jardín interno [d]ecorativo en malas condiciones”⁴⁰. En cuanto al de la Carrera 55 # 80-246 señaló: “se trata de un inmueble de 1 piso, consta de un jardín exterior, en malas condiciones, donde se evidencia el abandono” y “la zona verde está abandonada en malas condiciones”⁴¹. Lo que va en contravía de los dichos de CASTRO DE LA HOZ, quien al cuestionársele sobre las tareas realizadas en los inmuebles aseveró en estrados: “los haceres de la casa, oficio, mantener la casa limpia, cuidándola alrededor (...)”⁴².

16.3. Aunque, contrario a lo que señaló el *a quo*, también se hizo una descripción de las zonas internas de cada una de las casas, pasando por las habitaciones, baños, cocina, pasajes, estudio, zona de lavado, garaje y demás, no se desprenden elementos que permitan acreditar la

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 30 de noviembre de 2005, exp.8788, Magistrado Ponente Pedro Octavio Munar Cadena, citando G. J. XLVI, pág. 712.

³⁹ PDF.009 Acta secuestro. Cuaderno 3.

⁴⁰ PDF.009 Acta secuestro, fl.1

⁴¹ PDF.009 Acta secuestro, fl.2

⁴² Archivo 39 Audiencia parte uno. Min. 59:57 a 01:01:03.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

convivencia del señor CASTRO DE LA HOZ y de su familia. Brilla por su ausencia referencia siquiera liminar al respecto, así como de la existencia de bienes y enseres que se utilizan para esos fines y que sin duda debían aparecer allí.

16.4. En lo que atañe a la existencia de servicios públicos domiciliarios, la alcaldía refirió, frente a una casa: “la propiedad no consta con servicio eléctrico ni con servicio de agua, solo tiene servicio de gas” y respecto a la otra: “no consta ningún servicio público”⁴³. Y pese a que en el escrito incidental se afirmó que el señor Julián Andrés Alvarado Sierra, a quien URIBE BOTERO reemplazó, asumía todos los gastos relacionados con los predios, no existe prueba documental con la que se pudieran respaldar aquellas afirmaciones. Quedan así mismo sin soporte los dichos tanto de CASTRO DE LA HOZ⁴⁴ como de su esposa MARY GABRIELA OROZCO ROBLES⁴⁵ de la existencia de tales servicios y de su pago por parte ANDRÉS CORTÉS CHACÓN.

17. Ahora bien, respecto de las fotografías arrimadas por el incidentante con las cuales pretendió demostrar un estado de bienes diferente al consignado en el acta de secuestro, hay que precisar que no es cierto que hayan sido aportadas “fuera del término de traslado”, como lo alegó el apoderado de ARQUINVEST S.A.S. Auscultado el plenario, se anexaron desde el momento mismo en que se formuló la solicitud de levantamiento del secuestro, a través de un enlace incorporado en el cuerpo del correo electrónico del 17 de agosto de 2021⁴⁶. Sin embargo, no pueden enervar lo señalado por la autoridad administrativa comisionada, ya que aparecen rotuladas con la fecha “2021-08-17”, es decir, ocho días después de la diligencia, lo que les resta credibilidad, pues nada obsta para que en ese interregno de tiempo se hayan efectuado las variaciones dilucidadas en esas reproducciones que, por cierto, revelan una situación bien discrepante a la reseñada por la comisionada. Sumado a que los meros dichos del testigo ANDRÉS CORTÉS CHACÓN⁴⁷, sobre la imposibilidad de que eso haya ocurrido, son insuficientes al provenir del mismo mandatario de URIBE BOTERO y no encontrar respaldo en alguna otra prueba.

18. Lo observado no descarta que se hayan podido iniciar actos posesorios con posterioridad, se reitera que lo trascendental en este asunto es la situación presentada al momento mismo del secuestro. Siendo irrelevante lo postrero.

⁴³ PDF.009 Acta secuestro, fl.2
⁴⁴ Archivo 039 Audiencia parte uno. Cuaderno 3. Min. 47:54 a 01:29:49.
⁴⁵ Archivo 045 Audiencia. Cuaderno 3. Min. 45:40 a 01:13:25.
⁴⁶ PDF.005 Correo memorial agosto diecisiete. Cuaderno 3.
⁴⁷ Archivo 040. Audiencia parte dos. Cuaderno 3. Min. 02:12:17 a 02:13:05.



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

- 19.** Sumado a lo dicho, no puede pasar desapercibida la situación en la que se vieron involucradas las declaraciones de LUIS ALBERTO DORIA SIERRA, SIDAR MARCELO CASTRO DE LA HOZ y MARY GABRIELA OROZCO ROBLES, personas con las que el opositor al secuestro quiso fortalecer la versión de sus hechos de una completa calidad de poseedor. Revisadas sus ponencias, por una parte, se descarta la naturalidad y espontaneidad, pues a pesar de la imprecisión en la mayoría de sus relatos, revelaron con facilidad una fecha a partir de la cual aparentemente el primero asumió como empleado del poseedor inicial. Por otra, impide imprimirles alto grado de demostración, la duda que surge sobre las eventuales instrucciones impartidas durante sus declaraciones, comoquiera que al revisar las grabaciones se avizora que frente a las preguntas complejas o cuya precisión importaba al caso, sus miradas se desenfocaban de la cámara.
- 20.** En cuanto a las documentales aportadas por URIBE BOTERO rotuladas “permuta y cesión de la posesión”⁴⁸, “prestación de servicios”⁴⁹ e incluso las fotografías referenciadas en el punto 15 de esta providencia, le asiste razón a una de las apelantes al manifestar que no se materializaron los efectos del desconocimiento regulado en el artículo 272 del Estatuto procesal vigente, cuando ello era procedente.
- 20.1.** ARQUINVEST COLOMBIA S.A., al momento de correr traslado, desconoció esos contratos y las fotografías arrimadas con el escrito incidental. Para ello, se soportó en “desconocer su autenticidad, así como las condiciones de tiempo, modo y lugar en los que se elaboraron” porque “se aportan en medio magnético”. De la anterior circunstancia, el juzgador corrió traslado por tres días en proveído del 26 de mayo de 2022, mediante el cual se adicionó el del 27 de abril anterior⁵⁰, término que feneció en silencio.
- 20.2.** Señala la citada norma que “[d]e la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha” y “[s]i no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria” (inc.3º y 5º).
- 20.3.** En consecuencia, teniendo presente que se cumplió la oportunidad para la solicitud -dentro del traslado del incidente- y se trataba de documentos emanados de terceros (parte final inc. 1º) y no de

⁴⁸ PDF.003

Contrato permuta. Cuaderno 3.

⁴⁹ PDF.004

Contrato prestación de servicios. *id.*

⁵⁰ PDF.032

Auto adiciona. *id.*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

reproducciones de la voz o imagen o de documentos suscritos o manuscritos por las sociedades contra las cuales se adujeron (inc.6º), era procedente verificar su autenticidad aplicando las reglas de la tacha (inc.3º), lo que no sucedió y conllevó a la ineficacia probatoria endilgada.

20.4. La jurisprudencia al referirse sobre la figura estudiada explicó:

(...)El desconocimiento del medio de convicción (...) tanto en el antiguo régimen como en el nuevo, debe ser propuesto por la parte contra la cual se opone el documento o por los sucesores del causante a quien se atribuye, y desde el punto de vista probatorio, **traslada a la otra parte, a quien lo ha aportado al proceso, el deber de demostrar la autenticidad mediante el trámite indicado para tacha** (...) El desconocimiento, no es tacha de su existencia legal, sino cuestionar y poner en entredicho; es desconfiar y censurar o rechazar la autoría de que se imputa porque no le consta que a quien se atribuye sea el autor, expresándolo y explicándolo en la solicitud, con la particularidad de que invierte la carga de la prueba a quien lo presentó para que demuestre su veracidad, autenticidad o procedencia, so pena de que si no se (...) establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria (artículo 272 del Código General del Proceso), por cuanto su propósito es aniquilar la presunción de autenticidad para que no produzca efectos” -se resalta-⁵¹.

20.5. En ese orden, desacertó el fallador al argumentar que no procedía el desconocimiento con razones como la actuación de CORTÉS CHACÓN como representante de URIBE BOTERO y la falta de demostración de la autenticidad; comoquiera que lo cierto es que no se cumplió la carga explicada.

21. Tras contrastar lo acaecido en la realidad probatoria con las premisas normativas y jurisprudenciales reseñadas, imperioso es concluir que devienen prósperos los reclamos de las sociedades inconformes contra la determinación de primera instancia, ceñidos a la ausencia de actos positivos en cabeza del presunto poseedor, la carencia de valoración por parte del fallador del acta que registró el secuestro, la afectación de los testimonios y la omisión del desconocimiento documental. En ese panorama, las pruebas arrojadas por el interesado no fueron suficientes para desvirtuar las circunstancias que se evidenciaron en el acta al momento de la consumación del instrumento cautelar que descartan la existencia de actos de señorío sobre los bienes que interesan al juicio y un verdadero *animus domini* en URIBE BOTERO.

22. Corolario de lo expuesto, es revocar el proveído fustigado, para en su lugar, negar la solicitud de levantamiento del secuestro que reposa sobre los bienes

⁵¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC4419-2020, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa Villabona.
LSAV/ERR No. 11001310302620170016503



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
DESPACHO DIECISIETE (17)

identificados con folios de matrícula inmobiliaria números 040-26350 y 040-41150 y por haberse decidido desfavorablemente el incidente, procede imponer multa de cinco (5) S.M.M.L.V. al incidentante. (inc.3° del num.8° del art.597 del C.G.P.). Sin condena en costas al prosperar el reclamo.

En mérito de lo expuesto, la suscrita Magistrada RESUELVE:

III. DECISIÓN

PRIMERO: **REVOCAR** el auto, proferido por el Juzgado Veintiséis (26) Civil del Circuito de Bogotá de 2 de agosto de 2022. En su lugar, **NEGAR** la solicitud promovida por LIBARDO ALBERTO URIBE BOTERO para levantar el secuestro que reposa sobre los bienes identificados con folios de matrícula inmobiliaria números 040-26350 y 040-41150.

SEGUNDO: **IMPONER** multa de cinco (5) salarios mínimos mensuales al extremo incidentante. (inc.3° del num.8° del art.597 del C.G.P.).

TERCERO: **ABSTENERSE DE CONDENAR** en costas en esta instancia ante la prosperidad de la alzada. (num.1° del art.365 del C.G.P.).

CUARTO: **ORDENAR**, por secretaría, la devolución de las diligencias al despacho de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

LUZ STELLA AGRAY VARGAS
Magistrada

Firmado Por:

Luz Stella Agray Vargas

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: **d6f0135c1206d3122bd8e634eca312df1b47d0f439a8fe7514e585e919d23d20**

Documento generado en 17/05/2023 04:44:47 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 TERCERA DE DECISIÓN CIVIL**

FLOR MARGOTH GONZÁLEZ FLÓREZ
Magistrada Ponente

Radicación No. 11001319900320220120601

Discutido y Aprobado en Sala de Decisión del once (11) de mayo de dos mil veintitrés (2023). Acta No. 17.

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Se decide el recurso de apelación interpuesto en oposición a la sentencia anticipada proferida el 13 de diciembre de 2022, por el Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro del proceso de protección del consumidor adelantado por la sociedad Clave 2000 S.A. en contra del Banco de Occidente S.A.

I. ANTECEDENTES

1.- Pretensiones.¹ En la demanda reformada se deprecó:

i) Declarar que el Banco de Occidente con conocimiento de la venta del CDT No. 655553, realizada a Clave 2000 S.A. por Ssangyong de los Andes S.A., incumplió sus obligaciones contractuales, soslayó la buena fe, la confianza legítima y abusó de su posición dominante, al desmaterializarlo y consignar en el Banco Agrario el capital por \$525.115.200 con los intereses a 16 noviembre del 2017, sin tener presente que los propietarios no eran los ejecutados, y omitir el secuestro del título; situación que

¹PrimeraInstancia.2022028176.001DemandayAnexos.

cercenó su rentabilidad. Además, por no cumplir la orden proferida por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Cali, el 20 de mayo del 2021, que dispuso la entrega del CDT a Clave 2000 S.A.

ii) Reconocer que el CDT No. 655553 está vigente y es propiedad de Clave 2000 S.A.

iii) En consecuencia, se condene: **a)** al pago del capital de \$525.115. 200 más los intereses pactados en el CDT, causados hasta el 20 de mayo del 2021, previo descuento de los entregados antes del embargo. Y al reconocimiento de los intereses de mora a la máxima tasa, desde la mencionada fecha; **b)** al pago de perjuicios financieros a favor de Clave 2000 S.A., desde el 16 de noviembre del 2017, causados por la falta de capital de trabajo representado en la inversión del producto.

2. Sustento fáctico.² Se refirieron los siguientes hechos:

El 11 de diciembre de 2012 la sociedad Ssangyong de los Andes S.A. (antes Harbin Motor Colombia) constituyó el Certificado de Depósito a Término (CDT) No. 655553 en el Banco de Occidente, con un capital de \$525.115.200, el cual vendió el 11 de septiembre de 2015 a Clave 2000 S.A.

Comunicada la venta al Banco de Occidente, los intereses originados empezaron a pagarse a favor de Clave 2000 S.A., lo cual aconteció durante el 2015 y el 2016, situación que le generó confianza, en cuanto a su condición de propietaria. Además, el demandante inscribió el endoso en el Registro Nacional de Garantías, desde el 29 de octubre del 2015 aclarado el 17 de enero del 2017 como transferencia en propiedad.

² Ibidem.

Banco de Occidente S.A., a pesar de conocer que el CDT había sido endosado en propiedad a Clave 2000, le dio prioridad a sus intereses corporativos dentro del trámite ejecutivo por él adelantado contra Ssangyong de los Andes S.A., en el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali con radicado No, 2016-00208, y acorde con lo ordenado en el auto del 05 de septiembre de 2016, que decretó el embargo y retención de los dineros que por cuentas corrientes, ahorro u *otros conceptos* tuviera o llegare a tener los ejecutados, comunicó al juez el embargo del aludido título. Además, no consignó oportunamente el dinero de los intereses, como lo establece el artículo 593 del Código General del Proceso, y tampoco solicitó la fecha y el despacho comisorio para la diligencia de secuestro del CDT.

El 11 de abril de 2017, los gerentes de Ssangyong de los Andes S.A. y de Clave 2000 S.A., reiteraron al demandado la cesión en propiedad del CDT; no obstante, el 16 de noviembre del 2017, el demandado consignó en el Banco Agrario, el capital más los intereses producto de la “*desmaterialización*” del CDT No. 655553, y no depositó sólo los intereses como lo ordena el artículo 593.6 procesal. Ello ocasionó perjuicios al propietario por frenar la causación de intereses desde dicha fecha.

Clave 2000 S.A., enterada de no tenerse como propietaria del título por parte del Banco Occidente, se integró al ejecutivo como tercero interviniente y, mediante escrito del 02 de agosto de 2019, solicitó el levantamiento de la medida. El juez en auto del 20 de mayo del 2021 resolvió: “2. *Ordenar el levantamiento de la medida cautelar decretada que pesa sobre el Certificado de Depósitos a Término #655553, constituido en el Banco de Occidente, con fecha de emisión 11 de diciembre de 2012 a favor de Harbin Motor Colombia S.A., (Hoy Ssangyong de los Andes S.A.) por valor de \$525.115.200, posteriormente endosado en propiedad a CLAVE 2000 S.A. líbrese el oficio pertinente.*” Frente a esta

decisión el Banco guardó silencio, sin que a la fecha le haya dado cumplimiento a lo dispuesto.

En gracia de discusión, se podía embargar el CDT como instrumento de inversión, y la medida debía recaer sobre el título como tal para que mantuviera la rentabilidad; sin embargo, “*ilegítimamente*”, la entidad financiera por decisión propia, lo desmaterializó y consignó el valor más los intereses como si el embargo recayera sobre dinero de una cuenta bancaria.

El Juzgado 14 Civil del Circuito de Cali, el 10 de septiembre de 2021, autorizó el pago del depósito judicial a Clave 2000, por \$559.915.971,00; no obstante, no lo ha cobrado, en tanto, no es el dinero producto de la “*des-materialización o desintegración financiera del CDT*”, lo que pretende, sino la entrega del título y los derechos inmersos debido a la privación del uso y goce de la inversión que hacía parte de su capital de trabajo, situación que causó un daño financiero que debe ser indemnizado.

3. Trámite Procesal. El Superintendente en autos del 24 de marzo³ y del 22 de junio de 2022⁴, admitió la demanda y su reforma, y dispuso correr traslado al demandado.

3.1- El apoderado de Banco de Occidente contestó la demanda y guardó silencio sobre la reforma. Se opuso a las pretensiones y presentó excepciones referidas a la “*Prescripción extintiva de la acción de protección al consumidor.*”; “*Carecer el demandante del derecho como endosatario en propiedad del CDT N° 655553*”; “*Falta de legitimación en la causa por activa*”; “*Embargo del CDT N° 655553 por orden de autoridad judicial*”; “*Inexistencia de los presupuestos de la pretendida responsabilidad civil contractual del banco de occidente*”.

³ PrimeraInstancia.2022058799.05AutoAdmisorioVerbal.

⁴ PrimeraInstancia.2022058799.029AutodeTrámite.

Argumentó que la acción prescribió en los términos del numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, pues debió interponerse dentro del año a la terminación del contrato, lo cual acaeció el 16 de noviembre del año 2017, fecha en la que el CDT No. 655553 fue redimido para constituir el depósito judicial, en virtud de la orden de embargo impartida, por ende, el ejercicio oportuno solo podía darse hasta el 16 de noviembre del año 2018.

Asimismo, anotó que el aludido título correspondía a uno nominativo, por lo tanto, para su circulación o negociación era necesario el endoso en propiedad y el registro ante el emisor del título, lo cual no efectuaron. De otra parte, expuso que el Banco procedió al embargo del título que registraba inscrito como único titular Ssanyong de los andes S.A, y constituyó el depósito judicial el día 16 de noviembre del año 2017 con el importe del capital del CDT y los intereses vencidos no pagados.

4. Fallo anticipado⁵. En audiencia del 13 de diciembre de 2022, declaró la excepción de prescripción de la acción de protección al consumidor de conformidad con lo establecido en el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, el cual establece que, en las controversias contractuales, la demanda debe presentarse dentro del año siguiente a la terminación del contrato. No condenó en costas.

Inicialmente aclaró que, si bien, la reforma de la demanda no fue contestada, ello no implica la ausencia de oposición en el trámite, en tanto, se presentó la contestación de la principal dentro de la oportunidad procesal, por lo que tendría en cuenta los medios exceptivos allí propuestos, entre ellos, la prescripción; mientras que el silencio de los convocados sólo repercutiría sobre los hechos y pretensiones nuevas expuestas en la modificación.

⁵PrimeraInstancia.2022058799.059AnexoAudiencia/056FalloNiegaPretensiones.

Explicó que el término prescriptivo empezó desde el 16 de noviembre de 2017, momento en el cual, el Banco de Occidente redimió y desmaterializó el CDT 655553 en virtud del embargo comunicado por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, en el que ordenó constituir el certificado de depósito y ponerlo a su disposición; circunstancias aceptadas por las partes, y corroboradas con las pruebas adosadas sobre la constitución del depósito judicial y la constancia que da cuenta de la cancelación del título el día 15 de noviembre de 2017.

Precisó que, para el momento de la cautela, el titular del CDT era Ssangyong de los Andes S.A., pues no se había efectuado el endoso en propiedad a Clave 2000, de acuerdo con la normativa para los títulos nominativos. Entonces, la práctica de la medida librada en contra de aquella sociedad, llevó a la cancelación del depósito a término fijo, el día 16 de noviembre de 2017, por ende, para el 17 de marzo de 2022, fecha de radicación de la demanda, ya había transcurrido el término anual contemplado en el precepto aludido. Agregó, que no se demostró una causal de interrupción del aludido fenómeno prescriptivo.

5. Apelación. El extremo activo formuló recurso, aceptado el 13 de diciembre de 2022⁶, y admitido en efecto suspensivo en providencia del 18 de enero de 2023⁷.

5.1- Sustentación.⁸ Se expusieron los siguientes reparos:

1.- No podía tenerse la prescripción como una excepción, pues si bien, se propuso en la réplica de la demanda inicial, no se presentó en el traslado de la reforma, la cual no fue contestada. Entonces, el juez no debió resolverla, en tanto, la reforma

⁶ PrimeraInstancia.2022058799.059AnexoAudiencia.

⁷ CuadernoTribunal. 08AutoAdmite.

⁸ CuadernoTribunal. 23SustentaciónPdf.

reemplazó en su totalidad el escrito originario y “*conlleva la existencia de una demanda nueva que debe contestarse y sobre la cual debió pronunciarse el demandado, así fuere para indicar lo mismo.*”, pues los medios defensivos inicialmente propuestos no tenían validez. Ante tal omisión, debió presumirse como ciertos los hechos susceptibles de confesión y no decidir la aludida exceptiva, máxime, cuando su declaración no procede de oficio, tal como lo dispone el artículo 2513 del Código Civil.

2.- En gracia de discusión de lo anterior, la declaración de prescripción de la acción, contada desde el 16 noviembre del 2017 es equivocada. Al Despacho le correspondía realizar una interpretación favorable al consumidor y restrictiva del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, y darle prevalencia al derecho sustancial sobre el procedimental; además, a la par del contenido del numeral 3 de esta normativa, debía considerar los hechos que motivaron la reclamación, de lo cual se advierte que la fecha a partir de la cual se debió contar la prescripción, es el 20 de mayo de 2021, data en la que el Juzgado 14 Civil del Circuito reconoció a Clave 2000 como propietario del CDT y ordenó el desembargo.

Así, desde esta data, Clave 2000 tuvo certeza de sus derechos para promover la demanda, pues fue reconocida mediante una providencia cuyos efectos jurídicos son vinculantes. Además, no es razonable haberle impuesto la carga de acudir inmediatamente a la acción de protección al consumidor, pues actuó conforme a la situación: en primer lugar, requirió al Banco de Occidente para que aceptara su calidad de endosatario del CDT, ante tal negativa, acudió al proceso ejecutivo como tercero interviniente, y después de presentada la solicitud, en auto del 20 de mayo del 2021, logró el desembargo del título. Por ende, el tiempo que demoró en resolverse este asunto, no puede contabilizarse para la prescripción.

3.- El contrato de depósito a término no finalizó en virtud del cumplimiento del embargo, pues la medida sobre el CDT No 655553, no daba por terminada las condiciones contractuales según el régimen financiero, y lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 593 del C.G.P. Si bien, el demandado cercenó el título el 16 de noviembre de 2017 cuando consignó el dinero con los intereses en el Banco Agrario, esta actuación la adelantó sin que el juez se lo ordenara, como erradamente lo interpretó la superintendencia; por ende, el hecho que el demandado lo haya desmaterializado, no implica la terminación legal del contrato.

5.3- Traslado del recurso⁹. El escrito presentado fue extemporáneo.

II CONSIDERACIONES

1.- De acuerdo con lo previsto en el numeral 2 y el inciso tercero del párrafo 3 del artículo 24 del Código General del Proceso, esta Corporación es competente al ser la autoridad superior funcional del juez que hubiese conocido de tramitarse la primera instancia ante la jurisdicción civil.

2.-Así entonces, observado que los presupuestos procesales se encuentran reunidos, sin que concurra causal de nulidad que invalide lo actuado, es procedente emitir pronunciamiento de mérito a la par de lo regulado en el artículo 328 del C.G.P, limitado a las censuras oportunamente presentadas por el apelante, de las cuales, la Sala deriva el siguiente problema jurídico:

2.1- Determinar si el funcionario de primera instancia aplicó correctamente la normativa que regula la prescripción extintiva de la acción de protección al consumidor en materia contractual,

⁹CuadernoTribunal. 24Descorretraslado.pdf.

y en consecuencia, analizar: i) si era procedente decidir sobre esta excepción propuesta en la contestación de la demanda pero no en su reforma; ii) si la data a partir de la cual se debía contabilizar el término prescriptivo, como lo establece el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, era el 16 noviembre de 2017, día en el que se redimió el CDT para constituir el depósito judicial en atención a la orden de embargo, o desde el 20 de mayo de 2021, fecha en la que el Juzgado 14 Civil del Circuito ordenó el desembargo a favor de Clave 2000.

3.- Para articular la motivación del pronunciamiento, el estudio de las controversias jurídicas formuladas se abordará en el orden expuesto. Y desde ya, la Sala advierte que no encuentra reparos en los argumentos del funcionario de primera instancia para proferir sentencia anticipada y declarar la prescripción de la acción, en tanto, era procedente emitir pronunciamiento sobre este medio exceptivo propuesto oportunamente, y contabilizar el término prescriptivo de acuerdo con lo regulado en el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011. Ello, acorde con las razones que se expresan en seguida.

4.- Pues bien, el artículo 93 del Código General del Proceso establece que se considerará que la demanda fue reformada cuando *“haya alteración de las partes en el proceso, o de las pretensiones o de los hechos en que ellas se fundamenten, o se pidan o alleguen nuevas pruebas.”*, sin que a través de esta se pueda sustituir la totalidad de los extremos litigiosos o las pretensiones formuladas. De dicha norma, se advierte que la reforma del libelo no implica su reemplazo, pues su fin es que el accionante cuente con la posibilidad de ajustar los hechos, las pretensiones o las partes procesales, según el caso; entonces, no puede confundirse el relevo del escrito, que se exige para tener un libelo integrado con las modificaciones efectuadas, con la figura de la sustitución, la cual es improcedente.

4.1.- Asimismo, en garantía del equilibrio procesal y de los principios de audiencia y contradicción, esta normativa previó en el numeral quinto, que de la reforma se debe correr traslado al demandado quien “*podrá ejercitar las mismas facultades que durante el inicial.*” Disposición de la que resulta claro que el convocado tiene la posibilidad de ejercer su defensa con las mismas potestades desplegadas frente al escrito primigenio, y por tanto, proponer las excepciones a las que haya lugar; sin embargo, la Sala aclara que ello, en modo alguno, significa que, el no pronunciamiento sobre la reforma, *per se*, implique una ausencia de defensa cuando se haya contestado oportunamente la demanda, pues las exceptivas allí propuestas tienen plena validez, salvo que la reforma hubiere subsanado los aspectos atacados con estas.

4.2.- Al respecto, es importante armonizar esta normativa con el artículo 101 del Código General del Proceso, el cual establece que “[d]entro del traslado de la reforma el demandado podrá proponer nuevas excepciones previas siempre que se originen en dicha reforma. Estas y **las anteriores** que no hubieren quedado subsanadas se tramitarán conjuntamente una vez vencido dicho traslado.” (Resaltado propio). Preceptiva, que aun cuando alude específicamente a las excepciones previas, permite desentrañar que, la contradicción ejercida frente a la reforma no reemplaza la oportunamente presentada respecto del libelo primigenio o que su falta de réplica implica la ausencia de defensa del demandado, cuando hubiera contestado la primera.

4.3.- Es decir que la reforma de la demanda no borra o destruye lo anterior, ni mucho menos las defensas que ya hubiese propuesto el demandado, porque ninguna norma establece consecuencia semejante.

4.4.- Por lo tanto, se advierte que no le asiste la razón a la recurrente en cuanto a la improcedencia del estudio de la excepción de prescripción, propuesta en la réplica de la demanda inicial y no en el traslado de la reforma, frente a la cual se guardó silencio. En efecto, se observa que el convocado contestó la demanda oportunamente y presentó el aludido medio de defensa, y si bien, el libelo fue reformado en los hechos y pretensiones, este mantuvo como reclamación, la responsabilidad del Banco de Occidente S.A. por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales al redimir el CDT y ejecutar el embargo judicial, aspecto sobre el cual se propuso la mencionada exceptiva.

4.4.1- En consecuencia, no es cierto que el funcionario de primera instancia haya estudiado la prescripción de oficio, pues esta se alegó en la oportunidad procesal al contestar la demanda y respecto de la pretensión que subsistió en la reforma, sin que el hecho de no haberse emitido pronunciamiento frente a esta última, acarree su invalidez; luego, era procedente su estudio, pues de lo contrario, se habría incurrido en un desconocimiento del derecho a la defensa al pretermitiese la contestación del escrito primigenio.

5.- Ahora, frente a la acción de protección al consumidor cuando la demanda recae sobre una reclamación netamente contractual, el numeral 3 del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, estatuye que se deberá presentar “(...) *a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del contrato*”. En lo atinente, se destaca que la norma no es clara al definir si el fenómeno procesal al que alude es la caducidad o la prescripción; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento, SC- 2850 de 2022¹⁰, precisó que bajo el supuesto de la referencia a la prescripción enunciado en el numeral 6º de esta preceptiva, y

¹⁰CSJ. Sentencia SC2850-2022 del 25 de octubre. Mg.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

acorde con una interpretación favorable al consumidor, debía entenderse como prescripción; asunto, respecto del cual, en la jurisdicción civil, opera su interrupción, renuncia y no puede declararse de oficio.

5.1.- En lo tocante, es importante recordar que la Corte Constitucional definió la prescripción extintiva como una sanción por la inacción del titular, quien deja pasar el tiempo sin ejercer su derecho:

“La prescripción extintiva tiene una estrecha relación con principios constitucionales como el orden público, la seguridad jurídica y la convivencia pacífica, por ello es protegida dentro de nuestro ordenamiento. En efecto, en los casos en los que el titular de un derecho permanece indefinidamente sin ejercerlo, no sólo se encuentra involucrado el interés particular, sino también el interés general en la seguridad jurídica del ordenamiento y estabilidad de las relaciones”¹¹.

5.2.- Ahora, si bien, el artículo 4 de la Ley 1480 de 2011 establece que las normas allí contenidas deberán interpretarse en la forma más favorable al consumidor, y en caso de duda, se resolverá en favor de éste; también lo es que la misma preceptiva destaca que sus disposiciones son de orden público y cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita. En consecuencia, se aclara a la recurrente que, en este caso, no existe disyuntiva sobre la interpretación y aplicación de lo previsto en el numeral 3 del artículo 58 en cuanto a la prescripción de la acción en asuntos contractuales, pues sin hesitación alguna, se advierte que esta opera *“dentro del año siguiente a la terminación del contrato”*.

5.3.- Nótese que el debate del asunto recae en el desconocimiento de las obligaciones del Banco de Occidente respecto del CDT No. 655553, el cual redimió el 16 de noviembre del 2017, hito de contabilización del término para presentar la

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2018 del 26 de septiembre. Mg. Linares Cantillo.

demanda que discute la apelante, pues en su sentir, en esta data no puede entenderse terminado el contrato, en tanto, la medida de embargo no implicaba su finalización. Sobre esta situación, obran en el expediente las siguientes pruebas documentales:

- Oficio 2160 del 5 de septiembre de 2016, mediante el cual se comunicó a Banco de Occidente la medida de embargo, al tenor de lo dispuesto en el artículo 593.10 procesal.
- Memorial del 31 de marzo de 2017, por medio del cual, el Banco de Occidente informó la aplicación del embargo, en los siguientes términos: *“Se embargó el CDT #655553, por un valor de \$525.115.200 con vencimiento el día 19 de mayo de 2017, fecha en la cual se realizará la respectiva cancelación y consignación en la cuenta de depósitos judiciales.”*
- Relación del Banco Agrario del depósito judicial con fecha de constitución 16 de noviembre de 2017.
- Certificado en el que consta que el CDT 655553 fue cancelado el 15 de noviembre de 2017.

5.4.- Analizados los anteriores medios persuasivos, se evidencia que el contrato constitutivo del Certificado de Depósito a Término Fijo, finalizó el 16 de noviembre de 2017, data en la que se redimió para consignar el dinero a órdenes del juzgado en atención a la medida de embargo decretada. Entonces, más allá de si la terminación de este mecanismo de inversión estuvo acorde con la normativa que lo regula o si la aplicación de la cautelar implicaba o no su redención, tal como lo expone la apelante; lo cierto es que en la aludida fecha se dio por terminado, por ende, constituye el punto de inicio para contar la prescripción.

5.4.1.- Al respecto, se aclara que establecer si la terminación del contrato estuvo o no ajustada al ordenamiento jurídico corresponde al fondo del debate planteado en la demanda, luego, no es acertado alegar una indebida finalización o negarla, pues su ocurrencia es un hecho objetivo que marca el inicio del plazo legal para presentar la acción.

5.5.- En este orden de ideas, se destaca que no es de recibo el reproche, según el cual, la prescripción debía contarse desde el 20 de mayo de 2021, fecha en la que el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali profirió el auto que ordenó el levantamiento del embargo sobre el mencionado CDT, ni que sólo con esta decisión, la demandante tuvo certeza de sus derechos negados por Banco de Occidente S.A. En efecto, se advierte que no es posible pretender que las actuaciones adelantadas en el proceso ejecutivo supediten el término de prescripción, pues lo acá debatido es de naturaleza contractual, por lo tanto, el conocimiento que tuviera de los hechos que motivaron la reclamación no incide en este asunto, tal como lo prevé el artículo 58.3 de la Ley 1480 de 2011.

5.-5.1- Además, cabe agregar, que el fundamento para intervenir como tercero en el trámite de la ejecución radicó precisamente en su alegada titularidad del CDT en virtud de su adquisición a Ssangyong de los Andes S.A. en el año 2015; amén que la gestión de esta diligencia fue adelantada hasta el 06 de agosto de 2019, esto es, casi dos años después de terminado el CDT en virtud de la medida de embargo, sin que estos trámites le impidieran presentar dentro de la oportunidad legal, la acción de protección al consumidor.

5.5.2- En lo atinente resulta importante advertir que el demandante estaba enterado desde el año 2017 de la medida embargo decretada, así se observa en el oficio del 11 de abril de

2017, remitido por Eduardo Sardi y Nancy Naranjo González gerentes de Ssangyong de los Andes S.A. y de Clave 2000 S.A., respectivamente, en el cual solicitaron al Banco de Occidente no aplicar la medida cautelar sobre el CDT en atención a la venta efectuada a Clave 2000. Igualmente, la señora Naranjo en la audiencia de declaración, manifestó que desde el 2017 estaban informados de la desmaterialización del título, pues se enteraron en virtud de una certificación que solicitaron sobre el producto.

Así entonces, se concluye que enterados de la situación acaecida no acudieron dentro de la oportunidad legal al ejercicio de la presente acción, y no resulta factible a la par de su propio descuido, refugiarse en la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal, como lo pretende la recurrente, pues las normas procesales son de obligatoria observancia, y su aplicación no puede estar sujeta a los intereses o estrategias particulares de los extremos litigiosos, tal como se estipuló en el artículo 13 procesal.

6.- En virtud de lo expuesto, y estudiados los elementos necesarios para la solución de los asuntos definidos, se concluye que no le asiste razón al recurrente, toda vez que la cancelación del depósito a término fijo, acaeció el 16 de noviembre de 2017, por ende, para el 17 de marzo de 2022, fecha de presentación de la demanda, ya había transcurrido el término anual previsto para la prescripción. En consecuencia, se confirma la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas en esta instancia, por resultar desfavorable el recurso a la apelante.

III DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en el nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia anticipada proferida el 13 de diciembre de 2022, por el Delegado para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte apelante. Tásense. La Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho, la suma de \$2.000.000.

TERCER. DEVOLVER el expediente a su Despacho de origen. Oficiar y dejar las constancias que correspondan.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Flor Margoth Gonzalez Florez
Magistrada
Sala Despacho 12 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

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: **a6d26cd2fee1e22d78a1d76e24868ca4500dcbb8eb09f607246f4e8aa13a351f**

Documento generado en 17/05/2023 08:05:19 AM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D. C., diecisiete (17) de mayo de dos mil
veintitrés (2023).*

*REF: EJECUTIVO para la EFECTIVIDAD DE LA
GARANTÍA REAL DE GUILLERMO ALFREDO LUQUE SANTOYO contra
GASTRONOMIA CAPITAL S.A.S. Exp. No. 005-2019-00482-02*

*MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO
FERREIRA VARGAS.*

*Discutido y aprobado en Sala de Decisión del 19 de
abril y 17 de mayo del 2023.*

*Decide la Corporación el recurso de apelación
interpuesto por el extremo ejecutado contra la sentencia de fecha 31 de enero
del 2023, pronunciada en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.*

I. ANTECEDENTES

*1.- Guillermo Alfredo Luque Santoyo entabló
demanda ejecutiva para la efectividad de la garantía real en contra de
Gastronomía Capital S.A.S., antes Gastronomía e Inversiones Urbanas y
Rurales S.A.S. pretendiendo se libre mandamiento de pago por la suma de
\$500.000.000.00, por concepto de capital, más los intereses moratorios
causados desde el 24 de abril del 2019 y hasta el pago del saldo, sumas estas
contenidas en la escritura pública No. 1233 del 23 de abril del 2018 y
amparadas por gravamen hipotecario constituido en el citado instrumento
público (págs. 51 a 57 archivo 0016Cuaderno01, C01Principal).*

*2.- Las súplicas tienen su sostén en los fundamentos
de facto que a continuación se reseñan (ej):*

*a)- Mediante escritura pública No. 1233 del 23 de
abril del 2018 de la Notaría 11 de Bogotá, la sociedad demandada se constituyó
en deudora hipotecaria del ejecutante, por concepto del mutuo de
\$500.000.000.*

*b)- El demandado se obligó a saldar la obligación el
día 24 de abril del 2019, cumplido el plazo pactado se abstuvo de honrar su
compromiso.*

c)- *El gravamen real fue debidamente inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria del bien, No. 50C-501518.*

3.- *Una vez enterada la persona jurídica convocada formuló las excepciones de mérito que tituló: “ausencia de causa para demandar”; “inexistencia de la obligación hasta tanto se realice el saneamiento”; “cobro de lo no debido por ausencia de saneamiento”; “mala fe del demandante” (archivo 003ContestacionDemanda, ib).*

4.- *Surtidas las etapas de rigor, se dictó sentencia en la que se desestimaron las defensas elevadas y se ordenó proseguir la ejecución y disponer del remate del bien hipotecado (archivos 0092 y 0093, ib).*

II. LA SENTENCIA DE PRIMER GRADO

5.- *Luego de sintetizar las súplicas y los hechos del libelo, así como la actuación procesal, los presupuestos de competencia, demanda en forma y capacidad de las partes, la Jueza a-quo confirmó que el título ejecutivo presentado contiene los requisitos de expresividad, claridad y exigibilidad que prevé el artículo 422 del G.G.P., así mismo, encontró acreditada la constitución del gravamen hipotecario, de modo que procedió al estudio conjunto de los medios exceptivos, para concluir, tras el análisis del material probatorio, la improsperidad de cada uno de ellos.*

En síntesis, adujo que no existe duda que fue una compraventa celebrada entre las partes el negocio causal que dio origen a la obligación ejecutada, por lo que debía analizarse si, como lo aseguró el ejecutado, el vendedor -aquí ejecutante- incumplió con sus compromisos de saneamiento del inmueble, al aparecer luego de efectuada la tradición anotaciones de procesos judiciales en el certificado de libertad y tradición, lo que derivó en el consecuente incumplimiento en la devolución del dinero mutuado.

Así las cosas, tras el estudio de la normatividad que regula el tópico de la venta y su saneamiento por evicción o vicios redhibitorios, concluyó que en el caso concreto, la mera inscripción de unas demandas declarativas y las citaciones a un asunto penal, cuya conexidad con el inmueble hipotecado no fue acreditada, carecen de entidad para afectar la exigibilidad de la obligación de pago, ya que los asuntos que originaron las medidas cautelares apenas están en trámite, y en todo caso, esas vicisitudes no tienen la virtualidad de privar o impedir el ejercicio del dominio y la posesión, por lo menos en el estado actual acreditado, máxime cuando tales inscripciones no colocan los bienes fuera del comercio.

En otros términos, dijo que actualmente no hay lugar a adoptar ninguna medida de saneamiento, aunado a que brilló por su ausencia la prueba de que el vendedor tuviera conocimiento previo de esos litigios o que actuara con la mala fe que se le endilgó en la contestación.

Frente a otras circunstancias que en criterio del ejecutado impedían saldar la obligación, como el pago de algunos cánones de arrendamiento por concepto de contratos cedidos con ocasión de la enajenación, afirmó que esta controversia debía ventilarse mediante las acciones legales pertinentes y, en todo caso, no tienen que ver con la exigibilidad y el acaecimiento del plazo para devolver el préstamo.

III. EL RECURSO DE ALZADA

6.- Inconforme con lo resuelto la persona jurídica demandada interpuso recurso de alzada, el cual fundamento en los siguientes reparos:

6.1.-Si bien las anotaciones 25 y 26 del folio de matrícula inmobiliaria No 50C-501518, referentes a inscripciones de demanda en procesos declarativos se efectuaron con posterioridad a la compraventa e hipoteca, el demandante -vendedor- conocía de los conflictos existentes por el inmueble, relacionados con la liquidación de sociedad conyugal con su ex pareja Doris Helena Rojas Gaviria. Ello fue reconocido por el ejecutante en su declaración de parte.

Por tal motivo, insiste, el demandante se abstuvo de cumplir la obligación prevista en el artículo 1893 del Código Civil relativa al saneamiento con el objeto de amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida. En su criterio, las inscripciones de demanda y la citación al proceso de simulación que cursa en el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá, han perturbado su posesión y de prosperar afectaría el negocio de venta y el dominio sobre el bien. En este tema, añadió que por razón de las medidas cautelares se frustró una compraventa sobre el bien raíz, lo que acredita que sí han afectado su disposición como propietario.

Además, citó el artículo 1895 del Código Civil para recalcar el deber del vendedor de sanear la evicción surgida antes del contrato, situación que se concreta en este asunto pues la liquidación de sociedad conyugal se inscribió en la anotación 17 del folio de matrícula respectivo y acaeció en el año 2015.

En conclusión, para el apelante, se trata de un título ejecutivo que actualmente es inexigible, ya que el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la Sociedad GASTRONOMIA E INVERSIONES URBANAS Y RURALES S.A.S. hoy GASTRONOMIA CAPITAL S.A.S., están supeditadas al SANEAMIENTO: “por vicios ocultos, redhibitorios o cualquier otro vicio que afecten los inmuebles prometidos en venta”, obligación a cargo del señor GUILLERMO ALFREDO LUQUE SANTOYO.

6.2- De otro lado, sostuvo que para la fecha de presentación de la demanda ejecutiva hipotecaria, esto es en fecha 29 de julio de 2019, el Señor Guillermo Alfredo Luque Santoyo, ya tenía conocimiento de

las acciones judiciales que se encontraban en curso y que versan sobre el inmueble hipotecado, quedando con ello demostrado un actuar de mala fe frente al comprador.

7.- Así mismo, por auto adiado 14 de marzo del 2023 se ordenó correr el traslado previsto en la Ley 2213 del 2022.

7.1.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de éste Tribunal la apelante sustentó en debida forma su recurso de alzada, frente al cual no se pronunció su contraparte.

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 desatar la apelación formulada por el extremo demandado, 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.

3.- En tal sentido, el debate se limitará a analizar si la obligación es inexigible por el incumplimiento previo del demandante del contrato de compraventa que dio origen al mutuo cobrado y si el ejecutante actuó de mala fe en la celebración de los negocios jurídicos de venta y de hipoteca.

4- Es ampliamente conocido que, entre otras, las únicas obligaciones que pueden demandarse coercitivamente, a través de la acción ejecutiva son aquellas que tengan las características de ser claras, expresas y exigibles, que se encuentren plasmadas en documentos provenientes del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él. Claro está que por el mismo procedimiento pueden hacerse cumplir las sentencias de condena de cualquier jurisdicción, las providencias que tengan fuerza ejecutiva conforme al legislador, las providencias dictadas en procesos contenciosos administrativos o de policía que aprueben liquidación de costas o señalen honorarios a auxiliares de la justicia (artículo 422 del C. G. del P.).

De ahí que el juzgador, al encontrarse de frente con el documento aportado como venero de ejecución, debe examinar si esos presupuestos se cumplen en él, pues la ausencia de siquiera uno de ellos da al traste con el pedimento invocado en la demanda; esos supuestos son: a) Que la

obligación sea clara, expresa y exigible; b) que ésta conste en documento que provenga del deudor o de su causante; y, c) que constituya plena prueba contra él -deudor-.

En lo que atañe con **la claridad** en el documento, consiste en que por sí solo se extraiga el alcance de las obligaciones que cada una de las partes se impuso, para que el juzgador no tenga que acudir a razonamientos u otras circunstancias aclaratorias que no estén consignadas allí o que no se desprendan de él, esto es, que el título sea inteligible, es decir que la redacción se encuentre estructurada en forma lógica y racional; que sea explícito, lo cual significa que las obligaciones aparezcan consignadas de manera evidente; y, exista precisión y exactitud, en cuanto al número, cantidad y calidad objeto de la obligación, así como de las personas que intervinieron en el acuerdo. Así que la obligación no será clara cuando la redacción del documento sea ininteligible e inextricable, es decir, cuando su lectura es muy intrincada y confusa.

La expresividad significa que en el documento debe consignarse lo que se quiere dar a entender, así que no valen las expresiones meramente indicativas, representativas, suposiciones o presunciones de la existencia de la obligación, como de las restantes características, tales como partes, plazos, monto de la deuda etc., salvo el caso de la confesión ficta, y en este caso, únicamente de las preguntas asertivas formuladas en el interrogatorio escrito que admitan prueba de confesión; por consiguiente, las obligaciones implícitas, que están incluidas en el documento, sin que estén expresamente declaradas no pueden ser objeto de ejecución.

A su vez, **la exigibilidad** supone que la obligación puede pedirse, cobrarse o demandarse y está ligada íntimamente con el plazo y la condición.

5- Desde esta perspectiva, estriba la protesta del convocado en que la obligación acá ejecutada es actualmente inexigible por el incumplimiento del contrato subyacente a la hipoteca otorgada. Frente a la temática se observa que mediante escritura pública No. 1233 del 23 de abril del 2018, se celebraron dos negocios jurídicos entre las partes en los siguientes términos:

- Guillermo Luque Santoyo -vendedor- transfirió el dominio a Gastronomía e Inversiones Urbanas y Rurales, representada por José Enrique Duarte Pabón, del inmueble ubicado en la carrera 10 #18-29 y 18-39 de la ciudad de Bogotá al que le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-501518. El referido lote, se aseguró, fue adquirido por el vendedor por adjudicación en la liquidación de la sociedad conyugal con Doris Elena Rojas Gaviria realizada el 11 de septiembre del 2015.

-El precio pactado por la venta fue de \$2.250.000.000 que se pagarían al vendedor de la siguiente forma a). la suma de \$350.000.000 mediante cheque del Banco BBVA a nombre del vendedor; b). la suma de \$100.000.000 pagaderos con una letra de cambio a dos meses; c). la suma de \$1.300.000.000 en efectivo y d). **el saldo, ósea la suma de**

\$500.000.000 con el producto del préstamo otorgado por el vendedor a la compradora y que garantizará con hipoteca.

-El vendedor garantizó que el inmueble transferido era de su exclusiva propiedad, que no lo enajenó por acto anterior y estaba libre de gravámenes como hipotecas, censos, pleitos pendientes, anticresis, demandas civiles, condiciones resolutorias, entre otros, obligándose en todo caso “a salir al saneamiento de lo vendido en los casos previstos por la ley si a ello hubiere lugar”. (Destaca el Tribunal).

-Sobre el gravamen real, protocolizado en el mismo instrumento público, se consignó a Guillermo Alfredo Luque como el acreedor y a la persona jurídica ejecutada como deudora hipotecaria en primer grado por la suma de \$500.000.000 que recibieron en calidad de mutuo sin intereses por el término de 1 año contado desde la fecha de la escritura, tiempo después del cual se devolvería lo adeudado. Para el pago se acordó que el mismo se efectuaría el 23 de abril del 2019 mediante consignación en cuenta de ahorros del Banco Popular (págs. 5 a 15, archivo 0016Cuaderno01).

El folio de matrícula No. 50C-501518 acredita que tanto la compraventa como la hipoteca fueron debidamente registradas en las anotaciones 22 y 23 respectivamente. Así mismo, para cuando se presentó la demanda -29 de julio del 2019-, ya había transcurrido el plazo previsto para saldar la obligación que respaldó la hipoteca.

6.- Precisado lo anterior, es claro que el título ejecutivo reúne las características atrás anotadas de expresividad, claridad y exigibilidad, así mismo, el negocio jurídico de hipoteca cumplió con los requisitos propios de ese tipo de convenios, establecidas en los artículos 2432 y siguientes del Código Civil que lo define como una convención solemne en virtud de la cual una persona afecta un inmueble suyo para el cumplimiento de una obligación propia o ajena.

Aunado a lo expuesto, no cabe duda que, la obligación ejecutada, nació como consecuencia de la compraventa del 23 de abril del 2018, pues el capital perseguido respaldado con hipoteca era parte del precio pactado y debía solucionarse por el comprador el 23 de abril del 2019. De tal modo, aunque la transferencia del dominio no estuvo supeditada al pago total de ese rubro, sí se acordó por las partes que se tomaría como un “mutuo” cuya devolución únicamente estaba sometida al cumplimiento del plazo atrás mencionado.

No obstante, en criterio de la Sala y pese a la citada correlación entre los negocios de compraventa, mutuo e hipoteca, lo cierto es que, por ahora, no aparece acreditado que alguna circunstancia impidiese que la obligación de pago del dinero mutuado cobrara exigibilidad, habida cuenta que las vicisitudes que se exponen como sustento de las excepciones y de la alzada, relacionadas con la inscripción de demandas en procesos declarativos, no imponen al vendedor salir al saneamiento al que se comprometió.

En efecto, aunque ciertamente la citación a procesos en los que se discute por parte de terceros la legalidad de las transferencias de dominio de los bienes es una situación incómoda para el actual propietario, ha de recordarse que no es cualquier inconveniente o molestia el que constituye el incumplimiento de la negociación, sino que la desatención debe ser trascendental para afectar la naturaleza del contrato, en este caso, la compraventa.

*Así lo ha entendido la jurisprudencia cuando en repetidas ocasiones ha sido enfática en señalar que “es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, **detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida**”¹ _efecto que no podrá predicarse “si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra”².*

Sin embargo, en el caso bajo análisis, como lo sostuvo la juez a-quo, apenas se encuentra en curso un proceso de simulación contra el vendedor, aquí ejecutante, sin que esa situación imponga que este adopte alguna conducta particular, salvo las relacionadas con la defensa de sus intereses.

*Al fin y al cabo, el compromiso pactado en la enajenación se refería a salir al saneamiento **si a ello hubiere lugar**, es decir, si logra demostrarse que la cosa comprada tenía algún vicio anterior a la venta y, esa condición solo puede configurarse, según lo dispone el artículo 1894 del Código Civil “...cuando el comprador es privado del todo o parte de ella, **por sentencia judicial**”, lo que no ha ocurrido en este asunto.*

*Frente a tal temática, la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha establecido que “Si bien es verdad que a términos del artículo 1899 del C. C. el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta tiene acción para citar al vendedor con miras a que este comparezca a defenderla, no lo es menos que ese derecho del comprador, fundado en la obligación de saneamiento impuesta al vendedor (art. 1893 C. C.), **sólo genera indemnización para aquél en la medida en que se produzca la evicción**, entendida ésta como la privación total o parcial de la cosa vendida por efectos de una sentencia judicial” (CSJ, Sentencia del 6 de julio del 2005).*

En consonancia con lo ya referido, para el Tribunal es claro que el desconocimiento de la obligación de pago del precio convenida en la escritura de venta no es la salida que le ofrece el ordenamiento jurídico al comprador para hacer valer sus derechos, al respecto, obsérvese que como lo prevé el canon 1899 del Código Civil “el comprador a quien se demanda la cosa vendida por causa anterior a la venta, deberá citar al vendedor para que comparezca a defenderla...”.

¹ CSJ, sent. de septiembre 11 de 1984, M. P. Humberto Murcia Ballén. G.J., t. CLXXVI, p. 247.

² *Ibidem*.

Igualmente, de declararse la evicción el vendedor estará obligado conforme el artículo 1904 ibídem a la restitución del precio, de las costas legales del contrato de venta que hubieren sido satisfechas por el comprador, de los frutos que el comprador hubiere sido obligado a restituir al dueño, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1902 ib, las costas que el comprador hubiere sufrido a consecuencia y por efecto de la demanda, entre otras.

En ese orden de ideas, no le es factible a la sociedad ejecutada eludir la solución de sus débitos, ya que las circunstancias que se ponen de presente en la alzada carecen de fuerza para hacer inexigible el compromiso adquirido.

7.- Cabe añadir que tampoco se comparte que las medidas cautelares se encuentren perturbando la posesión del predio, habida cuenta que ninguna prueba se arrió para acreditar que por cuenta del litigio o incluso por fuera de este, se hubiese intentado quitarle la tenencia al demandado.

Ahora bien, frente a la presunta compraventa que alega la ejecutada se frustró por las anotaciones en el folio de matrícula inmobiliaria, avizora la Sala que, en la cláusula tercera del contrato de hipoteca, se prohibió enajenar el bien sin antes cancelar la obligación dineraria; de tal modo, la presunta venta no podría llevarse a cabo sin la autorización del acreedor hipotecario y, por lo menos, en esa litis brilló por su ausencia elemento de juicio que indique que era la intención del ejecutado enajenar el bien inmueble.

Frente a ese tema, se agrega que la documental que pretendió agregarse con el recurso de alzada no cumple con los requisitos del artículo 327 del Código General del Proceso para decretar pruebas en segunda instancia.

8.- Finalmente, en torno al reparo que asegura que el demandante actuó de mala fe al celebrar la compraventa pues conocía de las demandas en curso que resultaron inscritas en el certificado de libertad y tradición, la Sala comparte lo asegurado por la primera instancia, referido a que ninguna prueba se arrió para acreditar una conducta temeraria de Guillermo Alfredo Luque Santoyo, sin que pudiera aceptarse que confesó tal hecho en su declaración de parte, ya que en tal actuación procesal insistió en que desconoce el motivo de las reclamaciones porque adquirió el inmueble como producto de una liquidación de sociedad conyugal celebrada tres años antes de la enajenación.

Y aunque relató que la demanda que cursa en el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá tiene que ver con conflictos de su ex cónyuge por la liquidación de una sociedad comercial, insistió en que ese problema no tiene nada que ver con el demandante, que la separación de los bienes se hizo legalmente y que incluso los representantes de la sociedad ejecutada sabían del conflicto de su ex compañera Doris Helena Rojas Gaviria, porque son allegados o conocidos de aquella.

Así las cosas, aunque es patente que la buena fe comercial ha de predicarse antes, durante y después de la celebración de un contrato, se reitera, en el caso analizado el escaso material probatorio no dio cuenta de ninguna actuación contraria a derecho del ejecutante, sin perjuicio de que una vez culminados los litigios pendientes deba este en su calidad de vendedor salir al saneamiento de lo vendido.

9.- Colofón de lo expuesto, se impone confirmar la sentencia apelada, y en consecuencia imponer condena en costas al recurrente, en virtud de lo ordenado por el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- CONFIRMAR la sentencia de fecha 31 de enero del 2023, pronunciada en el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte convocada a la litis. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a un (1) salario mínimo legal vigente. Para la elaboración de la misma síganse las reglas previstas en dicha norma.

CÓPIESE Y NOTÍFIQUESE.

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: **0231dde1ec5c3448c6d24c49a23555a60f0831900e5d25099d257573ab679bf9**

Documento generado en 17/05/2023 11:32:26 AM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**



SALA CIVIL DE DECISIÓN N° 3

Magistrada Ponente: MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de mayo de dos mil veintitrés (2023)
(Decisión discutida en Salas del 4 y 11 de mayo de 2023)

Proceso:	Verbal
Radicado:	11001310300720180055101
Demandante:	Hernando Nossa
Demandados:	Marlene Montoya Castañeda y otros
Asunto:	Apelación de sentencia
Decisión:	Confirma

1. ASUNTO A RESOLVER

El recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de junio de 2022 por el Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá¹.

2. ANTECEDENTES

2.1. Hernando Nossa instauró demanda contra Marlene Montoya Castañeda, Christian Alexander Montoya Castañeda y Alfredo Alfonso Martín Roza, en la que pidió declarar la simulación absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura pública N° 3292 del 30 de

¹ Asignado por reparto al despacho de la Magistrada Ponente el 24 de junio de 2022.

agosto de 2004, otorgada en la Notaría 12 de Bogotá, mediante la cual Alfredo Alfonso Martín Rozo enajenó a Christian Alexander Montoya Castañeda el predio distinguido con folio de matrícula inmobiliaria N° 50S-700479. En consecuencia, declarar que la verdadera compradora es la señora Marlene Montoya Castañeda; ordenar la restitución del bien, así como los frutos naturales y civiles percibidos desde el 1 de septiembre de 2004 hasta la fecha en que se realice la restitución, al haber de la sociedad conyugal formada por el demandante y la demandada Marlene Montoya Castañeda; declarar que la señora Montoya Castañeda, por haber ocultado o distraído dolosamente el inmueble, perdió su porción y debe restituirla doblada, a causa de la sanción establecida en el artículo 1824 del Código Civil; disponer la inscripción de lo resuelto en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá y condenar en costas a la parte demandada.

En subsidio, deprecó declarar que Christian Alexander Montoya Castañeda actuó como testafierro, por haber prestado su nombre en el contrato impugnado para que su señora madre se presentara sin bienes a la liquidación de la sociedad conyugal y solicitó las mismas pretensiones consecuenciales.

2.2. Como sustento de las pretensiones narró, en síntesis:

2.2.1. Que, Hernando Nossa y Marlene Montoya Castañeda firmaron capitulaciones matrimoniales, sin excluir el nacimiento de la sociedad conyugal, según consta en la escritura pública N° 5273 del 19 de septiembre de 2002 de la Notaría 18 de Bogotá. Posteriormente, contrajeron matrimonio el día 21 del mismo mes y año.

2.2.2. Que, el 20 de diciembre de 2003, la señora Montoya Castañeda celebró contrato de promesa de compraventa sobre el bien objeto del proceso, con el señor Alfredo Alfonso Martín Rozo, por un valor de \$105'000.000. En la cláusula séptima del convenio, se estipuló que la

promitente compradora autorizaba al promitente vendedor que la escritura pública se otorgara a favor de Christian Alexander Montoya Castañeda, quien es hijo de la demandada y fue concebido antes del matrimonio con el demandante.

2.2.3. Que, para esa época, Christian Alexander tenía 18 años de edad, era estudiante de bachillerato, no tenía ningún patrimonio ni era titular de cuentas bancarias, por tanto, no fue la persona que pagó el precio de la compraventa.

2.2.4. Que, el precio real de la negociación fue de \$105'000.000, suma que fue pagada por Marlene Montoya Castañeda, una parte en dinero y otra en especie, y no el monto señalado en el instrumento público (\$60'000.000).

2.2.5. Que, la disolución de la sociedad conyugal se dispuso mediante sentencia de fecha 17 de mayo de 2016 por el Juzgado Primero de Familia de Bogotá.

2.2.6. Que, en la diligencia de inventarios llevada a cabo el 30 de noviembre de esa anualidad, se relacionó el inmueble materia del proceso, sin embargo, la demandada presentó la escritura de compraventa a nombre de su hijo Christian Alexander Montoya Castañeda.

2.2.7. Que, el 17 de abril de 2017, el Juzgado de Familia decidió excluir el bien inmueble como activo de la sociedad conyugal, basado en el error y dolo de la demandante.

2.2.8. Que, el ocultamiento debe tener las consecuencias previstas en el artículo 1824 del Código Civil, es decir, la demandada debe perder su cuota parte que le llegare a corresponder en la liquidación adicional de bienes de la sociedad conyugal.

3. ACONTECER PROCESAL

Por auto calendarado 18 de octubre de 2018, el Juzgado de conocimiento inadmitió la demanda. Subsanao el libelo, se dispuso su admisión en proveído del 15 de enero de 2019².

Notificada la decisión, los convocados Marlene Montoya Castañeda y Christian Alexander Montoya Castañeda se opusieron a las pretensiones y plantearon las excepciones de mérito denominadas (i) “*cosa juzgada*”, por cuanto los mismos hechos y pretensiones de esta acción fueron debatidos ante el Juez Primero de Familia, y (ii) la “*inexistencia de la simulación*”, dado que el negocio jurídico celebrado es legítimo y goza de plena validez³.

Por su parte, el curador *ad litem* designado para representar a los herederos indeterminados de Alfredo Alfonso Martín Rozo guardó silencio⁴.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite de rigor, se emitió sentencia el 9 de junio de 2022, que resolvió declarar infundada la excepción de mérito de “*cosa juzgada*” y probada la defensa de “*inexistencia de la simulación*”, en consecuencia, denegó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al demandante.

Para arribar a esa determinación, el juzgador comenzó por señalar que la decisión adoptada al interior del proceso que cursó en el Juzgado

² Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 78 a 84.

³ Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 330 a 341.

⁴ Cuaderno Principal, archivo 10.

Primero de Familia de esta ciudad no tiene la virtualidad de constituir cosa juzgada frente a lo debatido en este proceso, porque allí no se discutió la pretensión de simulación.

Seguido de ello, procedió a estudiar los elementos axiológicos de la acción, concluyendo que no existió simulación en el acto jurídico, pues conforme a las pruebas recaudadas se estableció que el negocio fue real, y desde la misma promesa de compraventa el demandante tuvo conocimiento de que la demandada iba a realizar la negociación con sus recursos para que el bien figurara a nombre del hijo. Y aunque pudo existir una simulación frente a la fuente de pago -distinta a la pretendida en la demanda-, ese acto es válido al tenor del artículo 1630 del Código Civil, que autoriza efectuar pagos a través de terceros.

Expuso que el demandado Christian Alexander Montoya Castañeda ejerció actos como propietario, según consta en los contratos de arrendamiento suscritos por aquel, y en torno al pago del precio, adujo que los extractos bancarios y la certificación expedida por la contadora, dan cuenta de las transferencias que éste hizo a favor de su progenitora. Respecto de los contratos de arrendamiento que suscribió la convocada Marlene Montoya, refirió que no es un indicio suficiente para decir que la venta fue simulada, porque ese tipo de negocios no necesariamente los debe celebrar el propietario del inmueble.

Sostuvo que tampoco se configura la nulidad del negocio, porque no se trató de una donación que requiere insinuación judicial, conforme al artículo 1458 del Código Civil. Señaló que la demandada Marlene Montoya manifestó que para ella lo que ocurrió fue un préstamo, mientras que su hijo, en la declaración, adujo que no era un préstamo, sino que él hacía unas devoluciones a título de compensación, de allí que no es claro el fenómeno de la donación⁵.

⁵ Cuaderno Principal, carpeta audiencias, archivo 03.

5. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue sustentado en los siguientes términos:

(i) Aseveró que la simulación surge de los siguientes hechos: “1.- El señor Christian Alexander Montoya Castañeda, no pagó el precio pagado en la escritura pública de compraventa N° 3.292; 2.- El vendedor nunca recibió de manos del comprador el pago del precio; 3.- El precio no fue pagado totalmente en efectivo, y 4.- El señor Christian Alexander Montoya Castañeda, no era quién en realidad se encontraba en posesión del inmueble objeto de litigio y menos aún lo recibió. 5.- La figuración de Christian Alexander Montoya como comprador en la escritura pública de compraventa N° 3.292, obedeció a la decisión de Marlene Montoya de regalarle la casa a su hijo”.

(ii) Explicó que “los dineros utilizados en la compra del inmueble objeto de litigio y provenientes de las sumas ahorradas en cuentas fiduciarias y de sumas devengadas con motivo de la actividad laboral y profesional de la demandada, hacían parte del haber conyugal, puesto que estos ingresos no fueron excluidos de las capitulaciones”.

(iii) Afirmó que “se equivoca el A quo al deducir, que la única persona que ejerció actos como propietario sobre el inmueble objeto de litigio, fue el señor Christian Alexander Montoya Castañeda”, pues conforme a la confesión de los demandados, la señora Marlene Montoya Castañeda, “también suscribió varios contratos de arrendamiento (...) inclusive inició una acción legal de restitución sobre el inmueble objeto de la presente causa”.

(iv) Sostuvo que “el A quo deduce indebidamente que el presunto préstamo fue pagado diez (10) años después (...) inferencia que resulta

desacertada pues el mismo demandado ha afirmado que dicho préstamo no existió y que dichas transferencias obedecen simplemente a la compensación de un hijo para con su mamá, con el fin de que viva bien y en mejores condiciones”.

(v) Alegó que, contrario a lo considerado por el Juez, *“sí estaríamos frente a un acto que contiene una donación y que se pretendió disfrazar bajo la forma de un contrato de compraventa”*. Además, *“no hay prueba de la insinuación de la donación presentada ante el notario, por lo que él no acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales, daría lugar a una nulidad absoluta que puede ser declarada de oficio”*.

(vi) Mencionó que para el juzgador existió simulación en la fuente del pago y que esta *“es distinta a las pretensiones de la demanda”*, sin embargo, con apoyo en la jurisprudencia, destacó que *“al Juez le corresponde la obligación de interpretar la demanda, en aras de no sacrificar el derecho material para rendir culto al formalismo procesal”*.

(vii) Indicó que *“el hecho de que [su] representado estuviera presente en la negociación, no implica automáticamente la convalidación del acto jurídico simulado o la renuncia del derecho reclamado, como erradamente lo deduce el Juez de instancia”*, más aún cuando *“el señor Hernando Nossa no era parte contractual dentro del negocio jurídico simulado”*.

(viii) Refirió que *“de las pruebas aportadas, igualmente se puede inferir que la única intención de la demandada Marlene Montoya Castañeda, era la de que su cónyuge no tuviera participación alguna en los bienes del haber social”*.

Con fundamento en lo anterior, solicitó la revocatoria de la sentencia, para que, en su lugar, se declare que el instrumento público censurado *“contiene un negocio jurídico relativamente simulado”*, se declare la nulidad absoluta del contrato *“por falta de la autorización judicial o de la*

insinuación exigida por el artículo 1458 del Código Civil”, así mismo, se aplique la sanción prevista en el art. 1824 del Código Civil⁶.

6. RÉPLICA

El apoderado de los demandados Marlene Montoya Castañeda y Christian Alexander Montoya Castañeda, solicitó confirmar la decisión cuestionada, toda vez que la señora Marlene Montoya realizó una compraventa “*con el fruto de sus bienes propios*” y “*con pleno conocimiento del señor Hernando Nossa*”, por tanto, no se configuró la simulación absoluta ni relativa⁷.

7. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

7.1. Competencia

La Sala es competente para desatar la apelación al tenor del numeral 2° del artículo 31 del Código General del Proceso, y lo hará bajo los lineamientos contemplados en el artículo 280 *ibídem*. Además, se encuentran satisfechos los presupuestos procesales y no se verifica ninguna irregularidad procesal que pueda invalidar lo actuado.

Como la sentencia fue apelada únicamente por la parte demandante, la Sala encuentra limitada su competencia a los aspectos objeto del mismo, conforme lo señalado en el artículo 328 del Código General del Proceso, según el cual “*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*”.

⁶ Cuaderno Tribunal, archivo 06.

⁷ Cuaderno Tribunal, archivo 07.

7.2. Problema Jurídico

Se centra en determinar si fue acertada la decisión del *a quo* al denegar las pretensiones de la demanda, por no acreditarse los elementos axiológicos de la acción de simulación pretendida, o si, por el contrario, debe revocarse la sentencia por no ajustarse a lo reglado en la normativa aplicable al caso y al acontecer fáctico y probatorio obrante en el plenario.

7.3. Marco Conceptual

Frente a la acción de simulación, nuestro máximo Tribunal de Justicia Civil ha dicho que ésta figura se presenta cuando “*hay discordancia entre lo pactado por los contratantes y lo revelado al público, haciéndose necesario desterrar del ordenamiento el acto fingido para que, en su lugar, prevalezca el real, al ser el que, en verdad, está llamado a producir efectos frente a las partes y respecto de los terceros que se hallan a su alrededor*” (CSJ SC3678-2021, rad. 2016-00215-01, reiterado en SC4667-2021, rad. 2015-00635-01).

Para su estructuración, se requiere la acreditación de los siguientes supuestos: “*(i) la divulgación de un querer aparente, que oculta las reales condiciones del negocio jurídico o la decisión de no celebrar uno; (ii) un acuerdo entre todos los partícipes de la operación para simular; y (iii) la afectación a los intereses de los intervinientes o de terceros*” (CSJ SC2582-2020, rad. 2008-00133-01).

En torno a las modalidades que puede presentar el fenómeno de la simulación, la jurisprudencia ha explicado “*si los contratantes no quisieron celebrar ningún convenio, el fingimiento adquiere un tinte **absoluto** ante la inexistencia de acto jurídico; sin embargo, suele suceder que los involucrados si pretendieron ajustar un pacto, pero aquel es diferente del que muestran a terceros, a quienes ocultan el verdadero acuerdo*

disfrazándolo con la fachada de otro, entonces aquí el disimulo es apenas relativo, porque la voluntad de los negociantes solo se ensombrece en una parte, de ahí que al descubrir la mascarada, la convención querida tiene efectos legales". También ha precisado que "en los contratos fingidos relativamente, la simulación puede presentarse en la naturaleza, los sujetos o el contenido esencial del acuerdo de voluntades y también respecto de elementos accidentales o cláusulas especiales" (CSJ, SC4667-2021).

7.4. Caso concreto

En el asunto bajo estudio, aduce el demandante que el inmueble objeto de este litigio fue adquirido mediante compraventa por la señora Marlene Montoya Castañeda y no por su hijo Christian Alexander Montoya Castañeda, por lo que solicita se declare que el acto jurídico fue simulado y, en consecuencia, se ordene la restitución del bien al haber de la sociedad conyugal formada por él y la demandada, así como la imposición de la sanción contemplada en el artículo 1824 del Código Civil, debido al ocultamiento o distracción dolosa del inmueble por parte de la señora Montoya. Sin embargo, advierte la Sala que en el plenario no hay una prueba contundente que demuestre que el referido predio pertenecía a la sociedad conyugal como lo señala el inconforme.

Nótese que en el plenario se encuentran acreditados los siguientes hechos: (i) Por medio de escritura pública N° 5273 del 19 de septiembre de 2002, otorgada en la Notaría 18 de Bogotá, los señores Hernando Nossa y Marlene Montoya Castañeda pactaron capitulaciones matrimoniales⁸; (ii) el 21 de septiembre de 2002 contrajeron matrimonio, el cual fue inscrito en la Notaría 3ª de esta ciudad⁹; (iii) mediante sentencia dictada el 17 de mayo de 2016, el Juzgado 1° de Familia de Bogotá dispuso "*la cesación de los efectos civiles del matrimonio católico*" y

⁸ Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 7 a 16.

⁹ Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 5.

“*declarar disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal*”¹⁰; y (iv) en la audiencia llevada a cabo el 19 de abril de 2017, el citado despacho judicial resolvió “*declarar próspera la objeción de los activos inventariados a instancias de la parte demandada señor Hernando Nossa*”, en consecuencia, “*los inventarios y avalúos se aprueban en ceros*”¹¹.

Así mismo, está demostrado que, el 20 de diciembre de 2003, esto es, durante la vigencia de la sociedad conyugal, la señora Marlene Montoya Castañeda, en calidad de prometiente compradora, celebró un contrato de promesa de compraventa¹² con el señor Alfredo Alfonso Martín Rozo, como prometiente vendedor, quien se comprometió a dar en venta el inmueble distinguido con folio de matrícula inmobiliaria N° 50S-700479, por valor de \$105'000.000, pagadero así: (a) \$20'000.000, mediante cheque de gerencia del Banco Lloyds TSB Bank, recibido por el vendedor a la firma de la promesa; (b) \$3'150.000, representado en cheque del Banco Sudameris Colombia, girado a nombre de Luis Hernando Castañeda, por concepto de comisión; (c) \$35'000.000, representados en el vehículo marca Renault Megane de placas CSU – 156; (d) \$45'850.000, para cancelar las obligaciones cobradas en cuatro (4) procesos ejecutivos que cursaban en contra del prometiente vendedor; y (e) \$1'000.000, como garantía para el pago de servicios públicos (cláusula tercera). Se pactó, además, que la entrega del bien se efectuaría el 20 de diciembre de 2003 (cláusula cuarta) y la escritura pública se otorgaría a favor de Christian Alexander Montoya Castañeda -*hijo de la compradora*- el 12 de febrero de 2004 en la Notaría 18 de Bogotá.

El contrato prometido se protocolizó mediante escritura pública N° 3292 del 30 de agosto de 2004 de la Notaría 12 de Bogotá¹³, donde intervinieron Alfredo Alfonso Martín Rozo, en calidad de vendedor, y Christian Alexander Montoya Castañeda, en condición de comprador.

¹⁰ Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 38 a 40.

¹¹ Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 44 y 45.

¹² Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 17 a 20.

¹³ Cuaderno Principal, archivo 01, pág. 21 a 28.

Respecto de esa negociación, la demandada Marlene Montoya declaró en la diligencia de interrogatorio lo siguiente: “(...) *yo nunca he negado como adquirí este bien inmueble, yo tenía un fideicomiso y siempre, en la audiencia de divorcio y liquidación de la sociedad, lo dije yo tenía un fideicomiso en el Banco Sudameris, una plata, antes de casarme, eso me dio el derecho de poder disponer de esos bienes, de ese dinero en efectivo, yo sí di esa plata como estaba ahí en la promesa de compraventa, inicialmente se le dio al señor vendedor Alfredo Martín Rosso \$20'000.000, entregué un automóvil casi nuevo, un Renault Megane, modelo 2001, avaluado en \$35'000.000, que estaba en las capitulaciones matrimoniales, era mi vehículo propio. También tenía una plata en el Banco Sudameris, yo llevaba ya muchos años antes de casarme trabajando, comencé el 1º de septiembre del año 1994 a trabajar con Naciones Unidas, mi profesión me permitía tener varios contratos a la vez, trabajaba en revisoría fiscal (...) tenía mis dineros ahorrados (...) yo le entregué le di la casa a mi hijo (...) le dije, yo le entrego esta casa, usted cuando tenga que empiece a trabajar, que le produzca la casa, que se paguen embargos, hipotecas, me da una compensación*”¹⁴.

Según el relato del demandado Christian Alexander Montoya Castañeda “*la casa se pagó con los recursos de [su] mamá, los cuales estaban estipulados, que son de su propiedad de fruto de su trabajo, como se contempló y lo firmó con Hernando en las capitulaciones matrimoniales, en el cual le permitía que ella, con sus recursos, podía disponerlos como ella quisiera y por eso se tomó la decisión con Hernando, con todos como familia en su momento de que esté bien, mi mamá me lo iba a dar (...) ella me dio el bien para que pudiera hacer uso de él y que fuera mi propiedad para tener algo de patrimonio, debido a que en ese momento estaba muy joven (...) ¿cuál fue el compromiso como tal intrínseco? yo a mi mamá le he dado más del valor de esa casa ¿porque puse esos comprobantes de transferencia? debido a que es*

¹⁴ Cuaderno principal, carpeta “Contenido/316Sentencia”, archivo 03, min. 18:42 y ss.

mamá yo soy el hijo único de ella y tengo todo el derecho de retribuirle todo, nunca llegamos a un tema de un pago específico de la casa, es una compensación, yo a mi mamá le podría demostrar, eso es una mínima parte de lo que yo le he dado porque es mi responsabilidad moral darle la mano a ella siempre (...)". Cuando la apoderada de la parte demandante le interrogó si existía algún documento que sustentara el presunto préstamo, respondió: "*Señora abogada, como usted lo está mencionando es un error, debido a que nunca hemos hablado de un préstamo, siempre fue que mi mamá me dio el bien a mí y quedó a nombre mío, la compensación de que yo hablo es todo lo que yo como hijo le puedo dar a mi mamá para que tenga una vida digna y que pueda vivir mucho mejor, esos son todos los recursos que yo le doy y por eso lo hago, pero nunca hemos hablado de un préstamo, siempre hemos sido claros en todo momento, de que el bien mi mamá lo me lo dio, nunca se ha negado eso, y Hernando siempre lo supo (...)*"¹⁵.

Por su parte, la testigo Ana Leslie Guevara Espinosa manifestó que la compra del inmueble se hizo "*a nombre del señor Christian Alexander Montoya Castañeda, eso fue en el año 2003, en diciembre del 2003, se realizó la compra con dineros de los bienes de la señora Montoya Castañeda, que es la señora Marlene, y de los bienes que estaban estipulados dentro de las capitulaciones que tenían el señor Hernando Nossa y la señora Marlene Montoya Castañeda desde antes de casarse. (...) En febrero del 2007 [el demandante] abandonó el hogar que compartía con la señora Montoya Castañeda y después la señora Marlene me comentó que habían tomado la decisión en el año 2015 de realizar el divorcio, para lo cual yo actué como testigo (...)*".

Conforme a las anteriores declaraciones, se tiene que la compra del bien inmueble se hizo con los dineros propios que la señora Marlene Montoya obtuvo de su actividad laboral antes del matrimonio y con el vehículo que era de su propiedad; manifestaciones que no fueron

¹⁵ Cuaderno principal, carpeta "Contenido/316Sentencia", archivo 03, min. 37:00 y ss.

desvirtuadas en este asunto. Incluso, se observa que el demandante al absolver el interrogatorio de parte reconoció que “*siempre estuvo claro que la casa la pagó ella [Marlene Montoya] con sus recursos*”¹⁶.

No puede pasarse por alto que, en el contrato de promesa de compraventa aportado con el libelo introductorio, los negociantes estipularon que una parte del precio del inmueble se pagaría con el vehículo de placas CSU-156. Y según el pacto matrimonial, dicho automotor fue expresamente excluido de la sociedad conyugal, según consta en la escritura pública N° 5273 del 19 de septiembre de 2002, cláusula tercera, razón por la cual no puede afirmarse que el predio adquirido tiene la condición de social.

Es cierto que en la cláusula quinta del instrumento que contiene las capitulaciones matrimoniales se pactó “*Que también se excluyen de la futura sociedad conyugal los bienes que en el futuro adquiriera cada cónyuge con el producto de su propio trabajo. Siempre que de ello se deje constancia escrita firmada por ambos cónyuges*”. Sin embargo, nótese que en este caso no resultaba necesario acreditar la mencionada constancia por escrito, dado que, en la disposición cuarta de esa misma escritura pública, los contratantes convinieron que “***Se excluyen de manera definitiva de la futura sociedad conyugal que formarán los comparecientes, los bienes descritos en las cláusulas anteriores, y el ingreso (dinero) que se reciba por la venta de cualquiera de estos bienes muebles e inmuebles anteriormente descritos o por la compra de otros bienes inmuebles o muebles que se adquieran con este dinero productos de las ventas o herencias que se reciban***”, sin que allí se hubiere contemplado alguna exigencia o formalidad adicional. Por consiguiente, no es de recibo la censura planteada en ese sentido por el apelante.

¹⁶ Cuaderno principal, carpeta “*Contenido/316Sentencia*”, archivo 02, min. 9:51.

Bajo esos presupuestos, no es dable colegir que el inmueble involucrado en este litigio hace parte del activo de la sociedad conyugal, pues si bien la negociación se produjo en vigencia de ésta, lo cierto es que los elementos de convicción recaudados muestran que el predio se adquirió con los bienes propios de la señora Marlene Montoya, excluidos de la sociedad conyugal en virtud del pacto matrimonial, de allí que al demandante no le asiste interés jurídico para reclamar la declaratoria de simulación absoluta o relativa del contrato de compraventa controvertido.

Por otra parte, la aspiración consecuencial de aplicar la sanción establecida en el artículo 1824 del Código Civil tampoco está llamada a prosperar, como quiera que tal figura se estructura cuando uno de los cónyuges o sus herederos, “**dolosamente hubiere ocultado o distraído alguna cosa de la sociedad**” y, en este asunto, no se logró probar que el inmueble objeto del proceso hiciera parte de la sociedad conyugal conformada entre Hernando Nossa y Marlene Montoya, menos aún el alegado ocultamiento con la intención de causar algún daño.

Finalmente, se observa que el censor solicitó en el escrito de sustentación del recurso la declaratoria de nulidad absoluta del contrato “*por falta de la autorización judicial o de la insinuación exigida por el artículo 1458 del Código Civil*”, empero, tal pretensión no fue formulada por el interesado en el libelo demandatorio, de manera que es un asunto ajeno a lo debatido en este proceso.

En todo caso, como el artículo 1742 del Código Civil establece que “*la nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato; [y] puede alegarse por todo el que tenga interés en ello*”, se debe tener en cuenta que en el caso analizado no es patente el interés jurídico del señor Hernando Nossa para reclamar la invalidación del negocio contenido en la escritura pública N° 3292 del 30 de agosto de 2004, si se considera que el acto jurídico atacado involucra un inmueble que no hace parte del haber

de la sociedad conyugal, como se reseñó en precedencia, lo que descarta la causación de un perjuicio económico cierto al demandante.

La jurisprudencia ha dicho que el interés jurídico para el ejercicio de una acción *“está dado por el perjuicio cierto, legítimo y concreto que ostenta determinada parte o interviniente procesal para obtener sentencia de fondo cuando han sido lesionados sus derechos o éstos se encuentren en peligro. Por tal razón, se predica por la doctrina de esta Sala que debe ser cierto, serio, actual y concreto de modo que se halle facultado para formular la respectiva pretensión o excepción en cada caso específico”* (CSJ, SC21761-2017); supuesto que no aparece demostrado en este caso particular.

Puestas así las cosas, se confirmará la decisión apelada, no por las razones que expuso el funcionario de primera instancia, sino por la falta de legitimación del convocante. Se condenará en costas al apelante dada la adversidad del recurso y se ordenará la devolución de las diligencias a la dependencia de origen, por secretaría de la Sala.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

8. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de junio de 2022 por el Juzgado 7° Civil del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandante. La Magistrada Ponente fija las agencias en derecho en la suma de \$2.000.000.

TERCERO: DEVOLVER el proceso al juzgado de origen, una vez en firme este fallo, por Secretaría de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,

MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
(007-2018-00551-01)

FLOR MARGOTH GONZÁLEZ FLÓREZ
(007-2018-00551-01)

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
(007-2018-00551-01)

Firmado Por:

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

Jose Alfonso Isaza Davila
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 018 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Flor Margoth Gonzalez Florez
Magistrada
Sala Despacho 12 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: **47029fe735c53d33873217b5da7415361d4da6858017e28930a5643446736995**

Documento generado en 17/05/2023 08:17:06 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

RAD. 110013103010201900005 01

Bogotá D.C. diecisiete (17) de mayo del año dos mil veintitrés (2023).

Magistrada Ponente. **STELLA MARÍA AYAZO PERNETH**

Proceso	Verbal
Demandante	Gladis Elena Vélez Peláez
Demandado	Cristian Andrés Barrera Portela y otros
Radicado	110013103010201900005 01
Instancia	Segunda
Asunto	Sentencia

Discutido y aprobado en Salas del 10 y 17 de mayo de 2023, Acta
005.

I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por ambos extremos procesales contra la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022, por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá D.C., en el proceso de la referencia.

II.- ANTECEDENTES

DEMANDA PRINCIPAL:

*1). PETITUM:*¹

La demandante, por intermedio de apoderado judicial, solicitó que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- Que adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 50C-1407804, ubicado en la AK 72 No. 22D- 54 Int. 38 Apto. 502 de esta ciudad.
- Se ordene la inscripción de la sentencia en el folio de matrícula inmobiliaria mencionado.
- En caso de oposición, se condene en costas a los demandados.

2). CAUSA:

¹ Fls. 627 a 663 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

Los fundamentos de hecho en que se soportaron las pretensiones admiten el siguiente compendio:

1. El 13 de septiembre de 1995, su ex esposo Heriberto Barrera Barinas, adquirió el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1407804 y lo habitó hasta septiembre de 2002, fecha en la que se domicilió en la ciudad de Yopal, dejó *“completamente desocupado y abandonado el apartamento.”*
2. El señor Barrera Barinas falleció el 1 de agosto de 2006 en Yopal -Casanare-.
3. Desde febrero de 2008, la señora Gladis Elena Vélez ha ocupado, con ánimo de señora y dueña, el bien objeto de litigio.
4. En febrero de 2007 llevó a cabo los trámites de levantamiento de la hipoteca que pesaba sobre el predio, tal como consta en la Escritura Pública No. 2446 del 16 de agosto de 2007 de la Notaría 8 del Círculo Notarial de Bogotá D.C.
5. Puso de presente que contrató los servicios de la abogada Helena Patricia Hernández Barrera, quien se encargó de administrar el inmueble desde febrero de 2007 hasta noviembre de 2012, calenda a partir de la cual lo hizo directamente.
6. Refirió que se hizo cargo del apartamento, pues realizó adecuaciones, reparaciones y mejoras al mismo, de igual forma, sufragó el pago de servicios públicos e impuestos.

7. Informó que de manera ininterrumpida ha arrendado el bien, de forma directa y por intermedio de la sociedad Makro Inmobiliaria Ltda.

8. Mediante sentencia del 4 de abril de 2017 el Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal -Casanare, en el curso de la sucesión del señor Barrera Barinas, adjudicó el bien de la siguiente manera:
a) 39,55% a Cristian Andrés Barrera Portela; b) 44,55% a Herick Juan Pablo Barrera Dumez; y c) 15.9% a Sara Camila Barrera Vélez, hija de la actora.

9. Para el momento en que se registró la partición de los bienes de Heriberto Barrera Barinas, la demandante ya tenía más de 10 años de posesión sobre el apartamento ubicado en la AK 72 No. 22D- 54.

3). ACTUACIÓN PROCESAL:

El litigio así planteado se inadmitió por auto del 16 de enero de 2019² y se requirió a la actora para que indicara si la menor Sara Camila Barrera Vélez se encontraba emancipada o no y allegara su registro civil de nacimiento.

Subsanada la demanda³, se admitió mediante proveído del 5 de febrero de 2019⁴ y debidamente enterado el extremo demandado, la actuó de la siguiente manera:

² Fl. 669 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

³ Fl. 671 a 677 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

⁴ Fl. 679 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

Cristian Andrés Barrera Portela y Claudia Johana Dumez Gamma, en representación de su hijo menor de edad, Herick Juan Pablo Barrera Dumez, se notificaron personalmente a través de apoderado constituido para el efecto el 10 de junio de 2019,⁵ contestaron la demanda oponiéndose a sus pretensiones tras considerar que en el presente asunto no se reúnen los requisitos de procedencia de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, toda vez que la demandante reconoció dominio ajeno, pues no ejerce la posesión material del inmueble a título propio sino en representación de su hija menor de edad, Sara Camila Barrera, a quien le fue adjudicado el 15.9% del mismo, con ocasión de la sucesión de su difunto padre, proceso en el que la actora aceptó públicamente la herencia que le correspondía a su hija.

En ese sentido, propusieron las excepciones denominadas: *“No cumplimiento de los requisitos de procedibilidad para acceder a la pretensión de prescripción adquisitiva de bien inmueble,”* *“La titularidad del derecho real de dominio en cabeza de Sara Camila Barrera proviene de la sucesión de su padre y la aquí demandante como representante legal ejerce la administración y goza de su usufructo hasta la mayoría de edad de la heredera Sara Camila,”* *“Excepción de pleito pendiente entre las mismas partes y sobre el mismo asunto o prejudicialidad,”* *“Excepción de posesión clandestina y oculta por parte de la señora Gladys Helena Vélez”* y *“Excepción por interrupción de la prescripción y reconocimiento de dueño ajeno por representación en*

⁵ Acta de notificación personal. Fl. 830 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

proceso de sucesión.”⁶ interrupción de la prescripción y reconocimiento de dueño ajeno por representación en proceso de sucesión.”

Por auto del 5 de febrero de 2019⁷ se le designó curador *ad litem* a la menor Sara Camila Barrera Vélez en los términos del artículo 305 del Código Civil, quien contestó la demanda si proponer excepción alguna⁸. Así mismo, al cumplir la mayoría de edad la convocada constituyó apoderado especial, según el poder visto a folio 916 y mediante proveído del 13 de marzo de 2020⁹ la juzgadora de instancia le reconoció personería jurídica.

A su turno, el curador *ad litem* de las personas indeterminadas contestó la demanda,¹⁰ y alegó que *“si bien es cierto la actora manifiesta haber tenido la posesión del predio, le corresponde acreditar probatoriamente que la misma se ajusta a derecho como medio para adquirir el dominio, en los términos del Artículo 2512 y SS del Código Civil Colombiano.”*

DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

*1). PETITUM:*¹¹

Cristian Andrés Barrera Portela y Claudia Johana Dumez Gamma, en representación de su hijo menor de edad, Heirck Juan

⁶ Fls. 880 a 900 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

⁷ Fl. 679 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

⁸ Fls. 754 a 756 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

⁹ Fl. 920 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

¹⁰ Fls. 922 a 924 Archivo: 01CuadernoPrincipal.pdf

¹¹ Fls. 11 a 17 Archivo: 01CuadernoReconvencción.pdf

Pablo Barrera Dumez, demandaron en reconvencción a la señora Gladis Elena Vélez Peláez, y solicitaron que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- Se ordene la restitución y entrega del apartamento ubicado en la AK 72 No. 22D- 54.
- Se condene a la convocada en reconvencción al pago de frutos naturales y civiles del inmueble objeto de litigio, *“no sólo los percibidos, sino también los que el dueño hubiere podido percibir con mediana inteligencia y cuidado.”*

2). CAUSA:

Los fundamentos de hecho en que se soportaron las pretensiones admiten el siguiente compendio:

1. Mediante sentencia del 4 de abril de 2017 el Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal -Casanare, en el curso de la sucesión del señor Barrera Barinas, adjudicó el bien ubicado en la AK 72 No. 22D- 54 a Cristian Andrés Barrera Portela, Herick Juan Pablo Barrera Dumez y a Sara Camila Barrera Vélez.
2. Luego del fallecimiento de su ex pareja, Heriberto Barrera Barinas, la señora Claudia Johana Dumez Gamma canceló la hipoteca que afectaba al predio, con el Fondo Nacional del Ahorro, la cual ascendía a la suma de \$1.500.000.

3. Para esa fecha el apartamento se encontraba arrendado, sin embargo, en agosto de 2006 el arrendatario lo abandonó *“dejando el inmueble en condiciones inhabitables y una deuda de cuatro meses de administración”* la cual fue sufragada por la señora Dumez Gamma.
4. En noviembre de 2006, Claudia Johana Dumez Gamma contrató un maestro de obra para realizar las reparaciones necesarias, sin embargo, *“se percató en ese momento que la señora GLADYS HELENA VÉLEZ PELÁEZ ya había ido a la administración y había llevado un cerrajero y había cambiado las guardas y desde la fecha la representante legal de SARA CAMILA BARRERA VÉLEZ ha hecho tenencia del bien inmueble a nombre propio y de su hija, arrendó nuevamente el inmueble, beneficiándose del cánon de arrendamiento y desconociendo el derecho de los demás herederos y titulares del derecho de dominio.”*
5. Los demandantes en reconvención tramitaron un proceso divisorio ante el Juzgado 1 Civil del Circuito de Bogotá D.C., bajo el radicado N° 2018-0384, el cual fue admitido mediante proveído del 4 de septiembre de 2018.
6. Le han solicitado a la demanda en reconvención la entrega del bien, empero, *“con insultos y amenazas responde que no.”*

3). ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante proveído del 18 de noviembre de 2020,¹² se admitió la demanda de reconvencción y una vez enterada la demandada Gladis Elena Vélez Peláez la contestó¹³ y propuso las siguientes excepciones: *“Prescripción adquisitiva de dominio a favor de la poseedora Gladis Elena Vélez Peláez,” “Inidoneidad jurídica del título invocado para reivindicar, por ser la posesión anterior al título que se pretende reivindicar,” “Incongruencia fáctica,” “Ausencia de prueba solemne,” “Caducidad de la acción reivindicatoria,” y “Temeridad y mala fe.”*

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotado el trámite, el juez de instancia profirió sentencia negando las pretensiones tanto de la demanda principal como de la reconvencción.¹⁴

Para llegar a la anterior determinación, puso de presente que no se puede tener a la señora Gladis Elena Vélez Peláez como poseedora del inmueble objeto de litigio, pues carece de *animus*, toda vez que con posterioridad al año 2007, época en la que afirma haber ingresado al predio, en el curso del proceso de sucesión del señor Heriberto Barrera Barinas *“se evidencia que las actuaciones desplegadas por la demandante fueron en nombre y representación de su hija SARA CAMILA, a quien reconoció como dueña al pedir incluso que como heredera única se le adjudicara el inmueble de que trata la pertenencia, hasta que se reconocieron los demás herederos.”*

¹² Fl. 19 Archivo: 01CuadernoReconvencción.pdf

¹³ Fls. 21 a Archivo: 01CuadernoReconvencción.pdf

¹⁴ Archivo: 27SentenciaEscrita.pdf

Agregó que, *“no tiene sentido alguno que se muestre en aquellos procesos judiciales como representante de la verdadera propietaria y por otro lado, que se diga única y exclusiva poseedora material.”*

Dijo que en el escrito mediante el cual objetó la partición correspondiente *“se pone en tela de juicio la existencia misma de los cánones de arrendamiento al manifestar que el inmueble está desocupado desde el 2004 y que desde esa fecha la demandante ha asumido los gastos, lo cual es aún más contradictorio frente a las aseveraciones de la actora que dijo claramente que había asumido tales gastos desde el año 2007 y enfatiza que de no prosperar esa objeción se vería perjudicada patrimonialmente la niña SARA CAMILA.”*

En punto de la petición reivindicatoria, dijo que, según lo informado por el Juzgado 1 Civil del Circuito de esta ciudad, el 11 de julio de 2019, en el curso del proceso divisorio, se decretó la venta en pública subasta del inmueble objeto de litigio, *“lo que desdibuja los requisitos para acceder a la reivindicación, pues son sus propios condóminos los que pidieron a la jurisdicción que la propiedad se divida mediante la venta en pública subasta, y ello fue en oportunidad muy anterior a la presentación de la demanda de reconvención.”*

IV.- LA APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, ambos extremos procesales la recurrieron, planteando, en síntesis, las siguientes inconformidades:

➤ Demandante:

- El juzgador de instancia omitió que *“el remate del apartamento por deudas en 2007 era un riesgo general por varios acreedores y obligaciones, impuesto predial, cuotas en mora de la administración de la propiedad horizontal, pagos de valorización, etc., no por la deuda del FNA.”*
- Desconoció *“la prueba documental que demuestra la gestión de cancelación de la hipoteca del FNA, por la poseedora demandante.”*
- La señora Gladis Elena Vélez Peláez no es parte en el proceso divisorio, acudió al mismo *“como representante de su hija para luego plantear la situación de hecho de su posesión y declararse impedida.”*
- Aquel trámite está viciado de nulidad, porque *“(I) no se puede rematar un bien que no se posee y (II) la demanda de pertenencia está inscrita primero que el proceso divisorio en el folio de matrícula inmobiliaria,”* en consecuencia, no se puede seguir adelante con la venta hasta tanto no se defina la titularidad del bien.
- Además, el asunto no ha hecho tránsito a cosa juzgada *“al ser un proceso que implica el “remate” de un bien inmueble, no existe cosa juzgada, hasta tanto no se perfeccione el mismo y para ello se tiene que cumplir con el requisito*

procesal del secuestro del inmueble, verificando que no exista oposición al mismo por parte de terceros como podrían ser acreedores o una poseedora,” la cual no se ha realizado a la fecha.

- El *a quo* aplicó indebidamente el artículo 280 del Código General del Proceso, pues *“la señora Claudia Johana Dumez realmente estuvo “muy” evidentemente sobreactuada en su declaración, mostrándose falsamente, como si estuviera en shock triste, como si fuera hace pocos días la muerte del señor Heriberto Barrera, muerte ocurrida hacía 15 años, pretendiendo una manipulación emocional de todos los intervinientes, incluyendo al juez, esto no le generó ninguna sospecha de la falta de veracidad y actuaciones y declaraciones, ni de nada al juez.”*
- En la decisión atacada no se tuvo en cuenta que la demandante es poseedora y que se hizo parte en el proceso de sucesión de su ex esposo en calidad de acreedora de alimentos, para oponerse como poseedora y perseguir otros bienes y no como administradora de bienes ajenos.
- El juzgador no tuvo en cuenta que, al presentar demanda de reconvencción, los convocados reconocieron que no han tenido la posesión el inmueble, pues el título de dominio fue inscrito en 2017, de igual forma, *“no tuvo en cuenta que la señora Virginia Portela Vega confesó que la actora*

siempre se ha mostrado y actuado como poseedora y dueña del predio.”

- En la sentencia no se valoraron las pruebas que dan cuenta de la posesión de la demandante desde el año 2007.

➤ Demandados:

- El juzgador de instancia se equivocó al considerar que no se cumplen los presupuestos de la acción reivindicatoria por haberse decretado la venta en pública subasta dentro del trámite divisorio, toda vez que no existe cosa juzgada porque el fin del proceso es recuperar el inmueble de su propiedad.
- Ante la negativa de las pretensiones de la demanda principal *“se deberán acoger las pretensiones de la demanda de reconvención para que se reivindique la posesión a los dueños los cuales no han reconocido dueño ajeno, sin perjuicio del proceso de división que cursa en el Juzgado Primero Civil del Circuito bajo el radicado 2018-384.”*¹⁵

V. CONSIDERACIONES

1) PRESUPUESTOS PROCESALES:

¹⁵ Archivo: 03.SUSTENTACIONAPELACION2019-005.pdf

Sea lo primero advertir, la presencia de los presupuestos procesales necesarios para considerar válidamente trabada la relación jurídico- procesal. En efecto, le asiste competencia al juez de primer grado para conocer del proceso y al Tribunal para resolver la alzada; las personas enfrentadas en la litis, ostentan capacidad para ser parte y procesal, dada su condición de personas naturales en ejercicio de sus derechos; por último, la demanda reúne los requisitos mínimos de ley. Por lo demás, no se vislumbra vicio de nulidad que afecte la tramitación, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

Adicionalmente, la competencia de la Sala se limita al examen de los puntos específicos objeto de los recursos expuestos por ambos extremos procesales, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, según el cual *“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.”*

2) CASO CONCRETO:

En el presente juicio, se persigue la declaratoria de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio sobre el inmueble ubicado en la AK 72 No. 22D- 54 Int. 38 Apto. 502, distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria N° 50C-1407804, respecto del cual adujo la demandante, ha detentado la posesión por más de 10 años, de manera quieta, pacífica e ininterrumpida.

En *a quo* negó la mentada pretensión, por considerar que no se reunían los requisitos exigidos para ser declarada propietaria por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, determinación que, prontamente advierte esta Corporación, debe ser confirmada, por las razones que a continuación se exponen.

Lo primero que debe atestarse es que los sujetos procesales no presentaron ningún reparo sobre la naturaleza e identificación del inmueble, amén que estamos en presencia de un bien de naturaleza privada, que se encuentra debidamente identificado con la prueba documental que obra en el plenario, específicamente con el certificado de matrícula inmobiliaria N° 50C-1407804.

Así mismo, se advierte que, pese a que el curador *ad litem* de Sara Camila Barrera Vélez se abstuvo de proponer excepciones de mérito, ésta se verá beneficiada por las excepciones propuestas por los demás convocados, toda vez que, en los términos del artículo 61 del Código General del Proceso *“las actuaciones de cada litisconsorte favorecerán a los demás.”*

Ello es así, en tanto de conformidad con la norma en cita, existirá un litisconsorcio necesario entre los sujetos plurales que conforman un extremo del litigio, siempre que la controversia judicial *“(…) verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin que la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos,”* tal como ocurre en el presente asunto como quiera que

según el numeral 5° del artículo 375 *ibidem*, la demanda de pertenencia deberá dirigirse contra todas las personas que figuren como titulares de derecho real sobre el bien, supuesto en el que se encuentra la señorita Barrera Vélez.

Por lo tanto, la Sala pasará a examinar la demanda principal de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, y luego estudiará la de reivindicatoria presentada en reconvención, así:

DEMANDA PRINCIPAL:

Sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que la actora ingresó al predio, se dijo en la demanda que, si bien fue adquirido por Heriberto Barrera Barinas, tras su muerte, la señora Vélez Peláez *“empezó a realizar el saneamiento del apartamento”* y contrató a la abogada Helena Patricia Hernández Barrera para que lo administrara.

Al respecto, en la declaración rendida por la demandante, al ser indagada sobre la forma en que comenzó a ocupar el predio, indicó: *“yo he ejercido actos de posesión (...) desde febrero del año 2007 hasta la fecha (...) obviamente yo tenía conocimiento de ese apartamento, me enteré que el apartamento estaba totalmente abandonado en un estado deplorable entonces yo le dije a la administración me voy a hacer cargo de este apartamento que está abandonado (...)”*¹⁶

¹⁶ Audiencia Art. 372 CGP Min 20:40 a 22:15

Y al cuestionársele la razón por la que decidió poseer ese bien y no otro precisó: *“porque ese apartamento era de mi esposo.”*¹⁷

Sobre el particular, Cristian Andrés Barrera Portela, hijo del señor Heriberto Barrera Barinas, explicó: *“a nuestras espaldas, en el mismo momento en que se estaba tratando de organizar los bienes de mi padre se veía llevando un proceso de sucesión por la señora Gladis Vélez, en donde en ningún momento nos hizo parte, en ningún momento nos reconoció como herederos, en ningún momento nos reconoció como hijos de mi papá y ella sabe de mi existencia y de la existencia de Juan Pablo dado que yo viví con Gladis Elena un par de meses, entonces no se puede decir que no sabía de nuestra existencia, se hizo un proceso de sucesión únicamente como única heredera a Sara Camila Barrera de ahí se empieza a desprender o deshilar el tema con el apartamento, nosotros conocíamos la existencia del apartamento, entonces Johana decidió ir a la ciudad de Bogotá a verificar la situación el estado del apartamento que se encontraba arrendado para tomar el debido control del inmueble pero cuando llegamos al apartamento nos indican en la administración que al apartamento se le cambiaron las guardas, que llegó Gladis Vélez asumiendo roles de esposa y ella cambió las guardas y entró al apartamento, ella cambió las guardas y desde entonces no hemos podido acceder al apartamento, ella lo tiene arrendado y de esos cánones de arrendamiento no hemos percibido ningún canon.”*¹⁸

A su turno, la señora Claudia Johana Dumez depuso: *“el bien inmueble lo recibió en el año (...) 2007 yo fui y lo recibí me presenté ante*

¹⁷ Audiencia Art. 372 CGP Min 24:57

¹⁸ Audiencia Art. 372 CGP Min 11:36 a 13:45

Ref. Proceso Verbal de Gladis Elena Vélez Peláez contra Cristian Andrés Barrera Portela y otros.

la administración y le dije a la administradora que yo había sido su última compañera permanente, el apartamento estaba con falta de mantenimiento, el señor me lo entregó, mi hijo estaba muy pequeño, yo lo dejé con llave y yo le dije a la administradora que yo me iba a hacer parte para administrarlo porque mi esposo había fallecido me vine para Yopal porque mi hijo tenía un mes de nacido cuando ocurrió eso (...) seguí pendiente del apartamento, casi a finales del 2007 le dejé las llaves del apartamento a mi cuñado Óscar Mauricio Pachón porque es ingeniero civil y le pedí el favor que me le hiciera unas mejoras, cuando él llegó a hacer las mejoras y la administración lo dejó ingresar el no pudo hacer las mejoras porque una persona que no supe quién fue había cambiado sus guardas y la señora administradora no nos quiso dar información de quién era.”¹⁹

Añadió: “después de yo haber pagado la deuda que dejó mi esposo ante el Fondo Nacional del Ahorro después de yo y todos los herederos haber recibido un auxilio del Fondo Nacional del Ahorro y presentar todos los documentos para propiciar que el seguro se hiciera efectivo en el cual (...) el seguro se hizo efectivo y el apartamento quedó libre con un patrimonio de familia después de ello ocurrió que alguien entró al apartamento yo llamé a la administradora y me dijo que conmigo no tenía nada de qué hablar porque allá se había presentado una persona que supuestamente era la única dueña del apartamento, yo llamé a mi abogado y le dije yo no puedo hacer nada porque mi hijo está aún pequeño y es necesario que usted actúe por mí, era muy difícil para mí haber perdido a mi esposo y yo no podía irme para Bogotá y

¹⁹ Audiencia Art. 372 CGP Min 50:50 a 53:30

*dejar a mi hijo abandonado (...) le di el poder a mi abogado y él fue el que inició todo el proceso aquí en Yopal (...)*²⁰

A su turno, en la contestación de la demanda, se precisó que la actora no ejerce la posesión material del apartamento a título propio sino en nombre y representación de su hija a quien le fuera adjudicada una porción del mismo en el proceso de sucesión de su padre Heriberto Barrera Barinas, pues *“siempre ha ostentado y se ha presentado en calidad de madre y representante de la menor SARA CAMILA BARRERA, es decir, como administradora de sus bienes de conformidad a la patria potestad otorgada por la Ley.”*

Quiere lo anterior indicar que, aun cuando la actora pretende sostener su calidad de poseedora, no puede soslayar la Sala que entró a ocupar el inmueble reconociendo que el propietario del mismo era su ex esposo, Heriberto Barrera Barinas, en la medida que en el hecho segundo de la demanda afirmó que fue el quien lo compró en el año de 1995 y en su declaración de parte depuso que ocupó el apartamento porque sabía que era de su ex esposo²¹, quien actuaba en forma desordenada con sus cosas y por eso se hizo cargo. Esta circunstancia la convierte en mera tenedora; de allí que, para que la pretensión de usucapión saliera adelante, debió acreditar que mutó su condición de tenedora a la de poseedora y la fecha desde la cual se reveló contra quien fungía como propietario inicial, y la calenda en la que dejó de actuar como representante legal de su hija y administradora de sus bienes y pasó a ser poseedora.

²⁰ Audiencia Art. 372 CGP Min 1:02:58 a 1:07:10

²¹ Audiencia Art. 372 CGP Min 24:57

Sobre el particular, la jurisprudencia nacional tiene decantado:

*“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 aquél. 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.*

De conformidad con lo anterior, cuando para obtener la declaratoria judicial de pertenencia, se invoca la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio... el demandante debe acreditar, además de que la solicitud recae sobre un bien que no está excluido de ser ganado por ese modo de usucapir, que igualmente ha detentado la posesión pública, pacífica e ininterrumpida por el tiempo previsto por la ley; empero, si originalmente se arrogó la cosa como mero tenedor, debe aportar la prueba fehaciente de la interversión de ese título, esto es, la existencia de hechos que la demuestren inequívocamente, incluyendo el momento a partir del cual se rebeló contra el titular y empezó a ejecutar actos de señor y dueño desconociendo el dominio de aquel, para contabilizar a partir de dicha fecha el

*tiempo exigido de “posesión autónoma y continua” del prescribiente.*²² (Destacado propio).

Ahora, frente a los actos de dominio alegados por la demandante principal, se advierte que el pago de servicios públicos e impuesto predial a cargo de la demandante, así como la realización de algunas reparaciones y el pago de deudas inherentes al predio, no reporta mayor utilidad para la prosperidad de sus intereses, pues sabido es que, dichos rubros pueden ser costeados tanto por el propietario, como por quien lo detenta en calidad de mero tenedor.

Además, pese a que en esta instancia la recurrente afirmó que no estuvo de acuerdo con la partición llevada a cabo dentro del proceso de sucesión del señor Barrera Barinas y que si acudió al juicio divisorio fue como representante de su hija para *“luego plantear la situación de hecho de su posesión y declararse impedida,”* en el plenario no se advierte prueba alguna de su dicho, además, si en gracia de discusión se tomara ese como el momento a partir del cual mutó intervirtió su calidad, lo cierto es que no ha transcurrido el tiempo de ley, pues la petición de división fue radicada en el año 2018.

Frente a la inconformidad según la cual el proceso divisorio está viciado de nulidad y ello impide llevar a cabo el remate del bien, baste decir que dicho argumento no abre paso a la prosperidad de su pretensión de usucapión y que este no es el escenario para discutir la validez de lo allí tramitado.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 8 de agosto de 2013, Magistrada Ponente Dra. Ruth Marina Díaz Rueda.

En lo que hace al reparo atinente a que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que los demandados confesaron no tener la posesión del bien, se advierte que, si bien los convocados fueron coincidentes en afirmar que es la señora Vélez Peláez quien detenta el apartamento, empero, también pusieron de presente, que han adelantado las gestiones que han considerado pertinentes para recuperar la posesión del predio, esto es, a través del proceso divisorio, de la demanda reivindicatoria de reconvención, a través de solicitudes a la administración del conjunto residencial y peticiones a la inmobiliaria que se ocupa de su administración, entre otros.

Se sigue de lo expuesto que la actora intervirtió su condición a poseedora únicamente con la presentación de la demanda de prescripción adquisitiva de dominio, siendo ello así, no se demostró debidamente la concurrencia del elemento temporal necesario para ese propósito, pues téngase en cuenta que el asunto fue repartido el 14 de diciembre de 2018²³. Entonces, únicamente a partir de esa fecha podría tenerse como poseedora del inmueble en desconocimiento de los propietarios inscritos.

Como quiera que no se encuentran reunidos los requisitos previstos legalmente para la prosperidad de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, se confirmará la decisión recurrida en lo que hace a la demanda principal.

DEMANDA DE RECONVENCIÓN:

²³ Fl. 655 Archivo: CuadernoPrincipal.pdf

Ahora, de cara a las pretensiones arribadas con la demanda de reconvención, vale la pena memorar que, el dominio, como derecho real, otorga a su titular el poder de persecución, que lo habilita para reclamar la cosa sobre el cual recae, en manos de quien se encuentre, motivo por el cual se instituyó como una de las acciones *in rem* en el derecho civil, la denominada *actio reivindicatio*, en virtud de la cual, el titular del derecho de dominio desprovisto de la posesión, tiene legitimación para impetrar la devolución del bien por aquél que materialmente lo detenta como si fuera dueño, sin serlo; acción que fue recogida en el ordenamiento patrio en el artículo 946 del Código Civil, que la define como “*La acción de dominio que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla*”.

Definición de la cual emergen como supuestos necesarios para la prosperidad de la acción, los siguientes:

- a) Que el actor sea titular del derecho de propiedad de la cosa objeto de la reivindicación.
- b) Que esté privado de la posesión de ésta y que tal posesión, la tenga el demandado.
- c) Que se trate de una cosa singular o de cuota de la misma y
- d) Que exista identidad entre el bien poseído por el demandado, con el descrito tanto en el memorial de demanda, como en los títulos aducidos por el demandante.

En lo que hace al derecho de dominio en cabeza de los reivindicantes, advierte esta Corporación que, en la demanda de reconvención se pidió:

“Se ordene a GLADYS HELENA VÉLEZ PELÁEZ restituir a los señores CRISTIAN ANDRÉS BARRERA PORTELA Y CLAUDIA JOHANA DUMEZ GAMMA en representación del menor JUAN PABLO BARRERA DUMEZ, el bien inmueble urbano, apartamento ubicado en la AK 72-22D IN 38 AP 502 de Bogotá D.C., individualizado con folio de matrícula número 50C-1407804 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá y código catastral No. 06315240201605002 y chip No. AAA077AEZM”

Y en los hechos que sirvieron de fundamento a tal solicitud se indicó que:

“En el proceso de sucesión de HERIBERTO BARRERA BARINAS, se profirió sentencia el día 17 de enero de 2013, por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Yopal, donde se adjudicó el apartamento objeto de esta acción ubicado en la AK 72-22D IN 38 AP 502 de Bogotá D.C., bien que era del causante y adjudicado de la siguiente manera:

CRISTIAN ANDRÉS BARRERA PORTELA, con el 39,55%

JUAN PABLO BARRERA DUMEZ, con el 44,55%

SARA CAMILA BARRERA VÉLEZ, con el 15,99%”

Lo anterior, en consonancia con lo consignado en el folio de matrícula inmobiliaria N° 50C-1407804, en el que consta que mediante

sentencia de 4 de abril de 2017 el Juzgado Promiscuo de Familia de Yopal -Casanare, en el curso de la sucesión del señor Barrera Barinas, adjudicó el bien de la siguiente manera: a) 39,55% a Cristian Andrés Barrera Portela; b) 44,55% a Herick Juan Pablo Barrera Dumez; y c) 15.9% a Sara Camila Barrera Vélez, dominio que, conforme al citado documento, aún permanece en los mismos términos.²⁴

De ahí que se pueda afirmar que, si bien los demandantes en reconvencción dirigieron sus pretensiones a la reivindicación de la totalidad del inmueble, siendo propietarios apenas de una porción del mismo, es lo cierto que no desconocieron el derecho de dominio de Sara Camila Barrera Vélez, por lo que, interpretando las pretensiones de la demanda en conjunto con los hechos que le sirven de fundamento, se puede afirmar que no pidieron el bien para sí con exclusión de ésta sino para la comunidad.

Al respecto, en un caso similar, la Corte Suprema de Justicia dijo:

“teniendo como norte la doctrina jurisprudencial de la Sala, que legitima a cualquiera de los comuneros (propietarios de la cosa singular indivisa) para actuar en beneficio de la comunidad, aunque alguno de ellos no se haga presente en el juicio, era forzoso entender que al plasmarse en la demanda la referida manifestación de copropiedad, allí estaba implícito que la acción redundaba en beneficio de la comunidad, con la consecuencia de que la eventual sentencia estimatoria, aprovecharía a todos los comuneros y no solo

²⁴ Fls. 6 a 10 Archivo: 01CuadernoReconvencción.pdf

a los que participan en el proceso como accionantes de la reivindicación.”²⁵

Siendo, así las cosas, es incuestionable que, si bien no pueden los demandantes en reconvención reclamar, válidamente para sí, la vindicación de la totalidad de un bien, del cual, conforme al certificado de libertad, sólo les pertenece un porcentaje, si pueden pretenderlo para la comunidad, como ocurre en el presente asunto.

Ahora, en lo que hace a la posesión en cabeza de la reconvenida Gladis Elena Vélez Peláez, se advierte que, sobre este punto ha decantado la Corte Suprema de Justicia que:

“La Sala tiene sentado que «cuando el demandado en la acción de dominio (...) «confiesa ser poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del inmueble que es materia del pleito”

Como en otra ocasión adoctrinó, «si con ocasión de la acción reivindicatoria el demandado confiesa ser poseedor del bien perseguido por el demandante o alega la prescripción adquisitiva respecto de él, esa confesión apareja dos consecuencias probatorias: a) el demandante queda exonerado de demostrar la posesión y la identidad del bien, porque el primer elemento resulta confesado y el segundo admitido, b) el juzgador queda relevado

²⁵ Sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia del 16 de junio de 2021. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. SC2354-2021

de analizar otras probanzas tendientes a demostrar la posesión.”²⁶

De lo anterior se deriva la condición de poseedora de la señora Vélez Peláez, quien, con fundamento en su posesión, instauró la demanda principal de prescripción adquisitiva de la cosa reclamada en reivindicación, circunstancia que se corrobora con la contestación de la demanda de reconvención en la que se opuso a las pretensiones *“por tener la posesión del inmueble.”*

Así las cosas, a lo anterior se suma el carácter singular del bien en disputa, cuya naturaleza reivindicable no ha puesto en tela de juicio ninguno de los interesados, se colige la viabilidad de la reivindicación en favor de la comunidad.

En consecuencia, se impone revocar parcialmente la decisión censurada y acceder a la pretensión reivindicatoria propuesta por los demandantes en reconvención.

Entonces, conforme lo ordenan los artículos 961 a 969 del Código Civil, se impone determinar lo concerniente a la reclamación sobre los frutos civiles y naturales deprecados por los actores en reconvención.

Resalta la Sala que la parte demandada es poseedora de buena fe, pues no se desvirtuó la presunción que consagra el artículo 769 del Código Civil, por lo que, al tenor del inciso 3º del artículo 964 *ibidem*,

²⁶ SC540-2021 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

sólo se reconocerán los frutos civiles causados desde el día en que se contestó la demanda de reconvención, esto es, el 20 de noviembre de 2020 (fls. 20 a 28 C. Reconvención), hasta la época en que se profiere la presente decisión (mayo de 2023).

Se advierte que, en el certificado de libertad y tradición del bien objeto de litigio, consta que, como consecuencia de la sucesión del señor Heriberto Barrera Barinas, la propiedad del bien se encuentra distribuida de la siguiente manera: a) Cristian Andrés Barrera Portela: 39,55% b) Herick Juan Pablo Barrera Dumez: 44,55% y c) Sara Camila Barrera Vélez 15.9%. Por tanto, en dichos porcentajes se reconocerán los frutos.

Así, deberán tenerse en cuenta los parámetros que en materia de rentas de inmuebles de vivienda urbana estableció la Ley 820 de 2003 en sus artículos 18 y 20, según los cuales: *“El precio mensual del arrendamiento será fijado por las partes en moneda legal pero no podrá exceder el uno por ciento (1%) del valor comercial del inmueble o de la parte de él que se dé en arriendo. (...)”* y *“Cada doce (12) meses de ejecución del contrato bajo un mismo precio, el arrendador podrá incrementar el canon hasta en una proporción que no sea superior al ciento por ciento (100%) del incremento que haya tenido el índice de precios al consumidor en el año calendario inmediatamente anterior a aquél en que deba efectuarse el reajuste del canon, siempre y cuando el nuevo canon no exceda lo previsto en el artículo 18 de la presente ley. (...)”*

Precisado lo anterior, se calcularán los frutos conforme lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 444 del Código General del Proceso, según el cual *“Tratándose de bienes inmuebles el valor será el del avalúo catastral del predio incrementado en un cincuenta por ciento (50%)”.*

Así, como quiera que el avalúo catastral para el año 2018 asciende a la suma de \$168.007.000²⁷, al aumentarse en un 50%, arrojaría la suma de \$252.010.500, en consecuencia, el canon de arrendamiento para el año 2018 alcanzaba la cifra mensual de \$2.520.105, es decir, el 1% de aquel.

2018	
AVALÚO	\$252.010.500
CANON (1%)	\$2.520.105
2019	
VARIACIÓN IPC	3,18%
CANON ACTUALIZADO	\$2.600.244,34
2020	
VARIACIÓN IPC	3,8%
CANON ACTUALIZADO	\$2.699.053,62
MESES	1 mes y 11 días (Del 20 de noviembre de 2020 al 31 de diciembre de 2020)
SUBTOTAL	\$3.688.706,61
2021	
VARIACIÓN IPC	1,61%
CANON ACTUALIZADO	\$2.742.508,39

²⁷ Certificación Catastral Fl. 5 C. Principal.

PERIODO	12 meses (Del 1 de enero de 2021 al 31 de diciembre de 2021)
SUBTOTAL	\$32.910.100,7
2022	
VARIACIÓN IPC	5,62%
CANON ACTUALIZADO	\$2.896.637,36
PERIODO	12 meses (Del 1 de diciembre de 2022 al 31 de diciembre de 2022)
SUBTOTAL	\$34.759.648,3
2023	
VARIACIÓN IPC	13,12%
CANON ACTUALIZADO	3.276.676,18
PERIODO	1 mes y 10 días (Del 1 de enero de 2023 al 10 de mayo de 2023)
SUBTOTAL	\$4.368.901,57

Lo anterior se traduce en restituir a la parte reivindicante la suma de \$75.727.357,2 correspondiente a los cánones causados entre el 9 de julio de 2019 y el 10 de mayo de 2023, distribuidos de la siguiente manera: a) Cristian Andrés Barrera Portela: \$29.950.169,8 (39,55%) b) Herick Juan Pablo Barrera Dumez: \$33.736.537,6 (44,55%) y c) Sara Camila Barrera Vélez: \$12.040.649,8 (15.9%)

6. COSTAS:

Se condenará en costas a la demandada en reconvención, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de marzo de 2022, en el sentido de NEGAR las pretensiones de la demanda principal, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO. REVOCAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado 10 Civil del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de marzo de 2022, en lo que se refiere a la demanda de reconvención, por las razones antes expuestas. En su lugar se concede la reivindicación suplicada.

TERCERO. Se ordena a la señora Gladis Elena Vélez Peláez, identificada con la cédula de ciudadanía nro. 43.683.057, la restitución de la posesión del bien identificado con el folio de matrícula inmobiliaria N° 50C-1407804 a la comunidad conformada por

CRISTIAN ANDRÉS BARRERA PORTELA, JUAN PABLO BARRERA DUMEZ y SARA CAMILA BARRERA VÉLEZ, poniéndolos en capacidad de ejercer los derechos que tienen en el predio.

CUARTO. Se condena a la demandada en reconvención al pago de \$75.727.357,2 a título de frutos civiles del inmueble objeto de la pretensión reivindicatoria, de la siguiente manera: a) Cristian Andrés Barrera Portela: \$29.950.169,8 (39,55%) b) Herick Juan Pablo Barrera Dumez: \$33.736.537,6 (44,55%) y c) Sara Camila Barrera Vélez: \$12.040.649,8 (15.9%)

QUINTO. Costas a cargo de la demandada en reconvención. Como agencias en derecho por la segunda instancia la Magistrada sustanciadora fija la suma de \$1.000.000. Ante la *a quo* efectúese la correspondiente liquidación.

SEXTO. Remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(firma electrónica)

STELLA MARÍA AYAZO PERNETH

Magistrada

(firma electrónica)

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Magistrado

(firma electrónica)

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Stella Maria Ayazo Perneth

Magistrada

Sala 04 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.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona

Magistrado

Sala 010 Civil

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

Código de verificación: **0e4fcd588926826257a083b6860a72087da91dd2962bd420f3f7ba92f4e183bb**

Documento generado en 17/05/2023 04:32:28 PM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

REF: VERBAL REIVINDICATORIO con demanda de pertenencia en reconvencción de MARCAR INVERSIONES S.A.S. contra CARMEN EMERITA MORENO y otro Exp. 011-2018-00091-02.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 26 de abril y 17 de mayo del 2023.

Decide la Corporación los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia de fecha 31 de enero del 2023, dictada en el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.- El 20 de febrero del 2018 (pág. 262, archivo 01CuadernoUnoPrincipalDigitalizado), la persona jurídica MARCAR INVERSIONES S.A.S. actuando a través de apoderado judicial, entabló demanda ordinaria reivindicatoria contra Carmen Emérita Moreno y Marly Tatiana Muñoz Moreno, con miras a que se declare que por ser propietario de la totalidad del inmueble ubicado en la calle 180ª No- 46-04 identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-612285, tiene derecho a la restitución de los apartamentos 301 y 302 ubicados en el tercer piso de tal predio; se condene a las demandadas a pagar los frutos civiles que hubiese podido producir durante el tiempo que se ha ejercido la posesión de mala fe, los que calculó hasta la presentación de la demanda en \$76.700.000 y se abstenga de imponer cualquier pago de expensas (págs. 289 a 290, ib).

2.- Las suplicas tienen su apoyo en la causa petendi que, en síntesis, se expone (págs. 283 a 288, ib.):

2.1. La persona jurídica demandante adquirió por compraventa el inmueble objeto de reivindicación, negocio jurídico que se protocolizó mediante escritura pública No. 7925 del 1º de noviembre del 2013, y que se registró en la anotación 14 del correspondiente folio de matrícula inmobiliaria. Como vendedores fungieron los señores Arturo, Crisanto, Luis

Francisco, Jorge Ernesto, Rosabel, Carlos Arturo, Francisco Antonio, Roberto, María Olimpia y Martha María Díaz Torres.

2.2.-El citado bien consta de cuatro niveles y en general la demandante ejerce el dominio sobre la mayor parte del mismo, sin embargo, se encuentra privado de la posesión material de los apartamentos 301 y 302, porque las demandadas se han negado a reconocerle su calidad de propietario, y se abstienen de suscribir contrato de arrendamiento para sustentar su ocupación.

2.3.- La titular del dominio ha iniciado, sin éxito, varias gestiones para recuperar la posesión de la parte del inmueble atrás citada.

3.- La demandada Marly Tatiana Muñoz Moreno se notificó por aviso y en el término de traslado guardó silencio frente a las pretensiones.

3.1.- Carmen Emérita Moreno se notificó personalmente, en su favor se designó abogado por amparo de pobreza, quien una vez enterado del libelo, se opuso al éxito de la acción dominical y propuso la excepción de “operancia del fenómeno de la prescripción extraordinaria de dominio” (págs. 363 a 375, ib).

4.- Así mismo, en el término de traslado, elevó la demanda de mutua petición, buscando que se declare, por la vía de la prescripción extraordinaria de dominio, que adquirió junto con Marly Tatiana Muñoz Moreno, los apartamentos 301 y 302, así como toda la azotea o terraza del inmueble por haber ejercido sobre esos espacios actos de señorío por un espacio superior a los 15 años (archivo 01 CuadernoTresReconvencionPertenenencia).

4.1.- Apoyan el petitum, en resumen, en que tomaron la posesión de los citados espacios de manera quieta, pública, pacífica e ininterrumpida desde finales del año 2002.

4.1.- Agregan que de tales hechos da cuenta el interrogatorio de parte absuelto por Carmen Emérita Moreno ante el Juzgado 43 Civil Municipal de Bogotá, en el que afirmó no reconocer dominio ajeno. Además, se han pagado servicios públicos domiciliarios y se han efectuado arreglos locativos.

4.2.- Aducen que son reconocidas como poseedoras por la comunidad y han ejercido el señorío de manera libre y sin clandestinidad.

4.3.- La actora contrademandada, contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones y formuló los medios exceptivos que denominó: “improcedencia de la demanda de pertenencia”; “poseedoras de mala fe”; “inexistencia de los requisitos sustanciales para la prescripción extraordinaria de dominio”; “reclamación constante de las dependencias ocupadas por las demandantes en reconvención” (págs. 156 a 157, ib).

4.4.- El curador ad-litem de las personas indeterminadas (pág. 16, archivo 01CuadernoTresAContinuaciónReconvenciónPerteneencia) no contestó la demanda de reconvención.

5.- Surtidas las etapas de rigor, se dictó sentencia en la que se negaron las pretensiones de la demanda principal, se negaron las excepciones propuestas por los demandados en reconvención y se concedieron parcialmente las pretensiones de la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, decisión que no compartieron las partes, por lo que interpusieron la alzada que ahora se revisa.

II. EL FALLO APELADO

6.- Luego de memorar los elementos axiológicos que estructuran la acción de dominio, encontró demostrado la singularidad del predio que se pretende reivindicar, además de la titularidad del bien en cabeza de la demandante, y la posesión de las demandadas. Sin embargo, adujo que la misma no podría prosperar, toda vez que “se encuentra plenamente acreditado que la titularidad del derecho de dominio de la sociedad demandante fue adquirida con posterioridad a la posesión del extremo pasivo, pues, como se dijo en el libelo introductor [con efectos de confesión conforme al artículo 193 del CGP] y lo confirmó la parte demandante en su interrogatorio de parte, las demandadas son poseedoras del predio desde finales del año 2002, mientras la compraventa en favor de la actora tuvo lugar en el 2013”.

En ese orden, sostuvo que: “... brilla por su ausencia el título mediante el cual los antecesores de la parte demandante adquirieron la titularidad del derecho de dominio objeto de reivindicación, esto es, la copia del auto S/N del 26 de julio de 2005 emitido por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá, mediante el cual los herederos de la causante Elvinia Díaz Torres adquirieron por adjudicación el predio”. Así, aunque la parte actora allegó el certificado de tradición y libertad del inmueble identificado con el folio de matrícula número N° 50N-612285, no se aportaron los títulos anteriores a la posesión de las demandadas; omisión que, por sí misma, conlleva al fracaso de la acción de dominio, sin que el certificado de tradición pueda ser tenido como prueba para suplir tal falencia.

De ese modo, puesto que la posesión de las demandadas data del año 2002 es anterior al título de adquisición de la sociedad demandante del 2013, denegó la acción dominical.

Enseguida, inició el estudio de la demanda de reconvención, para lo cual, reseñó los presupuestos que se requieren para el éxito de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Para el caso concreto, sostuvo que se acreditó la tenencia con ánimo de señora y dueña de Carmen Emérita Moreno sobre los apartamentos 301 y 302 del inmueble, lo

que se extrajo de los testimonios, el interrogatorio y la inspección judicial practicada al bien.

Sobre las declaraciones recibidas, en particular las de Juan Alquiver Villamontes y Olfa Moreno aseguró que fueron concordantes con las circunstancias alegadas en el proceso y no ofrecían sospecha sobre su fidelidad, lo que conducía establecer, sin equívoco que “la demandante Carmen Emérita Moreno ha poseído los apartamentos materia del litigio por un espacio ampliamente superior al establecido en la Ley 791 de 2002 [diez años], de manera pacífica e ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, considerándose la dueña y señora, sin reconocer a nadie mejor derecho, lo cual le permite legalmente ganar por prescripción el dominio de los mismos, a lo cual se suma que la presunción legal de ser dueña no fue desvirtuada en el plenario por la sociedad demandante”.

Ahora bien, dado que la usucapión también se pretendió respecto a la terraza del inmueble, la juzgadora a-quo aseguró que sobre ese espacio no se demostraron con suficiencia los actos de posesión y ninguno de los testigos hizo referencia al señorío. Así, aunque se instaló una reja que impide el acceso a la azotea a personas ajenas, no se probó desde qué fecha tuvo lugar esa instalación, ni otros hechos que permitan concluir la procedencia de la acción (archivo 47SentenciaPrimeraInstancia, Cuaderno Principal).

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

7.- Inconforme con lo resuelto, las partes formularon recurso de alzada, en los siguientes términos.

Demandante principal y demandada en reconvencción Marcar Inversiones S.A.S.

El citado extremo se duele de una indebida valoración probatoria, habida cuenta que los testimonios recibidos para acreditar la usucapión, en su criterio, estuvieron lejos de ser certeros y claros acerca de los actos posesorios. Aunado a los expuesto, tales declaraciones debían ser analizados con mayor rigurosidad, debido a las relaciones de amistad y familiaridad que reconocieron sus emisores.

El pago de servicios públicos que se tuvo en cuenta para soportar el señorío no tiene lugar para ese fin, ya que tales gastos son por lo general responsabilidad de los tenedores o arrendatarios. Por el contrario, las presuntas poseedoras jamás pagaron impuestos sobre el inmueble, actos que sí son propias de quienes se consideran dueños.

De otro lado, se dejó de valorar la declaración de parte de Carmen Emérita Moreno quien aceptó que varias modificaciones al inmueble se hicieron por cuenta de Carlos Arturo Díaz como dueño del bien.

En tal dirección se omitió que la referida parte confesó al absolver el interrogatorio de parte que llegó al bien junto al propietario Carlos Arturo Díaz y reconoció esa condición por lo menos hasta el año 2006, lo que desvirtúa el inicio de la posesión tenido en cuenta por el a-quo, así como la supuesta ausencia de idoneidad del título presentado por Marcar Inversiones.

Concluyó, entonces, que debe accederse a la reivindicación, máxime cuando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que con el certificado de libertad y tradición se acredita la cadena de titulares.

Finalmente, aseguró que no se identificaron con certeza la cabida y linderos de los bienes sobre los cuales se pidió la pertenencia.

Demandada principal y demandante en reconvención

Sostuvo que debió acogerse la usucapión deprecada frente a la azotea del inmueble, pues las pruebas documentales y testimoniales fueron suficientes para demostrar la posesión sobre tal espacio. En ese sentido, agregó que el representante legal de Marcar Inversiones reconoció que no se le permite el ingreso a la terraza y de ello dieron cuenta las declaraciones de los testigos, elementos de juicio de los cuales puede extraerse que el señorío inició en el año 2002, motivo por el que además sellaron la entrada a extraños con la instalación de una reja.

Así mismo, en la inspección judicial se constataron las adecuaciones realizadas por las demandantes en reconvención sobre la terraza y se recibió declaración de testigo, quien arrienda parte de la azotea para almacenar elementos, sin que ello se desvirtúe por la presencia de tanques de agua porque los mismos solo cumplen una función “decorativa” y no sirven para beneficio de los demás residentes del inmueble.

8.- Así mismo, por auto adiado 16 de marzo del 2023 se ordenó correr el traslado previsto en la Ley 2213 del 2022.

8.1.- A través de escritos enviados por correo electrónico a la Secretaría de éste Tribunal los apelantes sustentaron en debida forma sus recursos de alzada, y así mismo se pronunciaron sobre el reparo de su contraparte.

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 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.- El problema jurídico que debe solucionar esta Corporación se circunscribe a determinar, en primer lugar, si en verdad el Juez a quo equivocó su decisión al desestimar la acción de dominio por no encontrar acreditado que el título de la demandante puede anteponerse a la posesión; y en segundo lugar, si se dan los presupuestos axiológicos de la acción de pertenencia para usucapir los apartamentos 301 y 302 del inmueble e incluso la azotea, o se presentó una indebida valoración probatoria en la primera instancia, pues no se acreditó plenamente el señorío.

De la acción reivindicatoria

*4.- La acción incoada por demandante principal es la reivindicatoria señalada en el artículo 946 del Código Civil que es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla, por tanto, es menester para su procedencia, según reiterada jurisprudencia, la demostración de los elementos que la configuran, que al tenor de las normas que la regulan, se contraen a los siguientes: **a) Derecho de dominio en el demandante; b) posesión material en el demandado; c) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y, d) identidad entre la cosa que pretende el actor y la poseída por el opositor.***

Y, con ella se busca, en desarrollo del más característico atributo de los derechos reales como es el de persecución, obtener que el poseedor de un bien se lo restituya a su propietario que ha sido despojado de su señorío por parte de aquél, a quien el legislador, en principio, reputa y protege como dueño hasta el momento que otra persona demuestre tener sobre él mejor “derecho”, aspecto frente al cual la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha afirmado lo siguiente:

“El carácter de dueño, exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de propiedad prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras especialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor, y se prueba solo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce

*al reivindicador un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo o relativo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto”.*¹

4.1.- Puntualizado lo anterior, la Sala memora que no existió debate frente a la acreditación de los requisitos de dominio del demandante, posesión de la demandada e identidad de la cosa a reivindicar, razón por la cual, se limitará al estudio del argumento central para denegar la acción dominical, con miras a determinar su acierto a la luz de la normatividad y la jurisprudencia vigente.

En el criterio de la juzgadora de primera instancia, la aquí demandante -Marcar Inversiones S.A.S.- no acreditó que tuviera un título de mayor antigüedad para que la acción dominical prospere frente a la posesión de las demandadas, en tanto que se abstuvo de aportar prueba de la cadena de títulos que permitiera concluir que su propiedad era anterior a la posesión de Carmen Emérita Moreno y de Marly Tatiana Muñoz. Para ello, aseguró que debía arrimarse el título mediante el cual los antecesores de la parte demandante adquirieron la titularidad del derecho de dominio objeto de reivindicación, esto es, la copia del auto S/N del 26 de julio de 2005 emitido por el Juzgado Noveno de Familia de Bogotá.

*Frente a tal requisito, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido en numerosos fallos que “(e)n principio, el poseedor está privilegiado por el legislador puesto que su ánimo de señor y dueño prevalece, aún frente al mismo titular del derecho de dominio, **si su posesión es anterior a la prueba de la propiedad que exhiba y presente la persona que reclama la devolución de la cosa** (...) Dentro del proceso reivindicatorio se pueden presentar varias circunstancias relacionadas con los contrincantes y, especialmente respecto de la forma en que cada uno de ellos afronta el litigio. La primera, alude a que solo el demandante esgrime en su pro la existencia de título de propiedad para oponerlo a la mera posesión que tiene en su favor el contradictor y la segunda, se configura cuando ambas presentan ‘títulos’ de dominio (...) al dueño que quiere demostrar propiedad, ha dicho la Corte, le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título, es anterior a la posesión del reo” (CSJ SC de 28 sep. 2009, rad. 2001-00002-01, reiterada en SC de 27 sep. 2013, rad. 2005-00488, entre otras).*

Y en torno a la idoneidad del folio de matrícula inmobiliario para demostrar la cadena de títulos y, en general, la situación jurídica del inmueble en procesos reivindicatorios, ese Alto Tribunal, viene sosteniendo, desde la sentencia C3540 de 2021 (rad. 2012-00647), que “...cuando el demandante aporte el certificado registral con su demanda, estará demostrando tanto el título que sirvió para la adquisición de su derecho, como su inscripción; entendimiento que guarda coherencia con la protección a la confianza depositada por los administrados en los

¹ Casación G.J. Tomo 43, pág. 339.

mencionados certificados, por mandato de la buena fe registral". (Resalta la Sala).

Añadiendo que: **"una vez probado el modo por medio del certificado de libertad y tradición de bienes inmuebles, se acredita la cadena de titularidades, sin perjuicio de las demás probanzas exigidas para demostrar aspectos tocantes a la misma, como sus linderos. Esto explicaría que en asuntos tan relevantes como acreditar el dominio y otros actos materia de inscripción, como el ejercicio de la prescripción adquisitiva, el embargo o el remate judicial, basta que el interesado arrime el certificado de marras"**. (énfasis del Tribunal).

Entonces, conforme la jurisprudencia vigente, es claro que no le asistió razón a la primera instancia al desestimar la acción reivindicatoria por no haberse aportado copia de la sentencia que aprobó la partición de Elvinia Díaz, pues tal decisión judicial, además de carecer "de efectos traslaticios, en la medida en que no realiza el modo de la tradición". Y: **"hace parte del modo de la sucesión por causa de muerte, que trasmite al heredero el derecho de dominio que yacía en cabeza del causante"** (SC 1833 2022), en todo caso, se halla debidamente registrada en el certificado de tradición No. 50N-612285 -anotación 10-, siendo suficiente para constatar la correspondiente cadena anterior al título que se invocó por Marcar Inversiones S.A.S. para acreditar el dominio, esto es, la compraventa protocolizada en escritura pública 7925 del 1º de noviembre del 2013 de la Notaría 9ª de Bogotá.

En definitiva, la juez a-quo le exigió al reivindicante una prueba no prevista en el ordenamiento jurídico para demostrar la condición prevalente de su dominio sobre el bien raíz litigado, restándole el mérito demostrativo al certificado del registrador.

4.2.- Pero si lo expuesto resultara insuficiente, avizora el Tribunal que la sentencia de primera instancia resultó desafortunada al concluir que **"se encuentra plenamente acreditado que la titularidad del derecho de dominio de la sociedad demandante fue adquirida con posterioridad a la posesión del extremo pasivo"**, partiendo, equivocadamente, de una presunta confesión del apoderado y del representante legal de la demandante, tanto en el libelo inicial, como en el interrogatorio de parte, pues mirados en detalle esos actos procesales, lo cierto es que en ningún aparte siquiera se insinuó que las señoras Carmen Emérita Moreno y de Marly Tatiana Muñoz eran poseedoras del bien desde el 2002. En tales intervenciones, únicamente se mencionó sobre la renuencia de las demandadas a suscribir un contrato de arrendamiento en el año 2013, cuando se dio el cambio de dueño (ver páginas 281 a 297, archivo 01CuadernoUnoPrincipalDigitalizado y min 26 y ss. video 09, expediente digital).

En ese sentido, cabe mencionar que se desconoce si la posesión de las convocadas a la acción de dominio es anterior al año 2013, habida cuenta que las pruebas recaudadas son insuficientes para tal finalidad.

En efecto, véase que, aunque el señorío sí está acreditado, de eso no cabe duda, pues así lo reconocieron las demandadas al

proponer la excepción de “operancia del fenómeno de la prescripción extraordinaria de dominio” y al radicar la demanda de mutua petición, lo cierto es que, nada en el expediente refrenda con certeza que la tenencia con ánimo de señor y dueño comenzó en el año 2002, porque aunque se tuviera por cierto que la llegada de Carmen Emérita y Marly Tatiana al inmueble se dio en diciembre del citado año, no puede afirmarse que desde esa misma época iniciara la posesión, habida cuenta que su ingreso, según ellas mismas lo confesaron, fue a la par del heredero Carlos Arturo Díaz, quien en el año 2005 adquirió por el modo de la sucesión la titularidad del dominio del inmueble donde se ubican los apartamentos 301 y 302 cuya restitución se solicita, mismo que en el año 2013, en su calidad de comunero, enajenó a Marcar Inversiones S.A.S. (ver anotación 10 folio de matrícula inmobiliaria y escritura pública 7925 del 1° de noviembre del 2013).

*En ese sentido, Carmen Emérita Moreno señaló al absolver su declaración de parte que llegó al inmueble en el año 2002 con el señor que convivía, Carlos Arturo Díaz, en sus términos: “el **me trajo acá me dijo que era el dueño de esta casa** y aquí me dejó”, añadiendo que el citado dueño “tumbó una pared y me unió los dos apartamentos para que yo quedara más cómoda aquí, ósea ahora es un solo apartamento”.*

*En igual dirección, Marly Tatiana Muñoz Moreno dijo que: “No he conocido a nadie **como dueños del inmueble, a mi mamá a ellos dos, con Carlos Arturo**, porque él era mi padrastro “, reconociendo que “él trajo a mi mamá acá.... era su compañero sentimental, la persona que nos ayudaba”.*

Esas circunstancias permiten colegir que el arribo al inmueble no se dio con el ánimo de dueñas. Las aquí demandadas conocían que esa calidad le correspondía a otro, y aunque convivieran bajo un mismo techo, nada demuestra que el compañero sentimental, Carlos Arturo, renunciara a su calidad de poseedor, por lo que incumbía a la demandada probar cuándo dejaron de ser tenedoras, ya que ingresaron al inmueble en sus condiciones de compañera sentimental e hijastra de Carlos Arturo Díaz, lo que impedía que se les calificara como poseedoras con ánimo de señor y dueño desde el mismo momento en que llegaron a habitar los apartamentos.

Aunado a lo expuesto, resalta la Sala que, los medios de convicción que obran en el expediente para acreditar la prescripción adquisitiva, el inicio de la fecha de posesión y en general los elementos para acceder a la usucapión, no son contundentes y en el criterio de esta Corporación únicamente podría tenerse por cierto que la fecha en que las demandadas se rebelaron como verdaderas poseedoras, es decir, desconocieron dominio en cualquier otro, fue con posterioridad al año 2015, como se analizará con mayor detenimiento al resolver lo correspondiente a la demanda de reconvencción.

De ahí que, resulte evidente que el título del reivindicante es anterior al señorío que alegan tener Carmen Emérita Moreno y Marly Tatiana Muñoz Moreno, quedando sin sustento el argumento para denegar la demanda de dominio.

La prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio

5.- En consonancia con lo dicho, establecida la procedencia de la acción principal, viene al caso resaltar que también se revocará la prosperidad de la usucapión declarada, pues contrario a lo que adujo la juez de primer grado, los testimonios, interrogatorios y la inspección judicial practicada al bien de ninguna manera dieron cuenta de los actos de posesión exclusiva y excluyente por un lapso superior al establecido en la Ley 791 de 2002 [diez años].

6.- La figura de la **prescripción** cumple dos funciones, trascendentales, en la vida jurídica, una adquisitiva y otra extintiva, según lo pregonan 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.

7.- Se encuentran legitimados en la causa por activa, para invocar la acción de pertenencia las siguientes personas: a) Quien haya poseído el bien por diez años continuos o 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 ibídem) o 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. P.); y, d) el comunero que con exclusión de los otros condueños haya poseído por más de veinte 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 ejúsdem).

8.- 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, 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.

9.- Al proceder a examinar la Corporación en su conjunto las pruebas vertidas en el proceso encuentra que éstas, como se expuso con suficiencia en líneas precedentes, logran demostrar que las demandantes

en reconvencción ingresaron al predio en calidad tenedoras, porque así se lo permitió el heredero Carlos Arturo Díaz quien con posterioridad adquirió el dominio por la sucesión, y aunque en la actualidad intervirtieron su título al de poseedoras, esa calidad solo la vinieron a adquirir a lo sumo en el año 2015, es decir, 3 años antes de haberse radicado la demanda de pertenencia, lapso que resulta insuficiente para adquirir el dominio.

9.1.- Y es que la valoración probatoria de la primera instancia fue en verdad deficiente, porque los testimonios de Juan Alquiver Villamontes y de Olfa Moreno, incluso el de Roosevelt Fuentes Fernández que se recibió en la inspección judicial practicada el 20 de enero del 2023, no fueron contestes ni espontáneos, ni mucho menos, dieron cuenta de que los actos de señorío iniciaron en el año 2002 como se aseguró en el libelo de reconvencción.

Véase que Juan Alquiver Villamontes declaró en audiencia del 15 de julio del 2021, en esa oportunidad, aseguró que conoce a la señora Carmen hace “10 años”; que le ha realizado unos trabajos en la casa en los baños, que “la distingue hace 10 años por amistad” y las refacciones las hizo “hace tres años”. Al preguntársele si sabe que calidad detenta sobre el bien, dijo que “no sabe” si es dueña o arrendataria (min 14:40 archivo video 14).

Esa declaración, como viene de verse, está lejos de acreditar la fecha de inicio de la posesión, si el declarante conoció a las señoras Carmen Emérita y Marly Tatiana hace 10 años, a lo sumo podría atestiguar sobre hechos ocurridos desde el 2011, pero en todo caso, aseguró, con bastante soltura y naturalidad, que desconoce si habitan el bien como dueñas o arrendatarias.

*Por su parte, Olfa Moreno quien se identifica como hija de la señora Carmen Emérita, encontrándose su testimonio sujeto a un mayor escrutinio por parte del juzgador, aseguró que su mamá y hermana – demandadas principales- viven en el bien hace más de 20 años; que Carmen Emérita entró al bien en “**calidad de mujer de don Carlitos**” y que actualmente no sabe si Carlos Arturo mantiene una relación con su mamá porque hace muchos años vive en Aquitania -Boyacá. Además, en contradicción con lo que señalaron sus familiares en el interrogatorio de parte, aseveró que la unión de los apartamentos la hizo Carmen Emérita (esta dijo que esa modificación la hizo Carlos Arturo Díaz) y que aquella, también paga los impuestos del bien.*

Y el señor Roosevelt Fuentes quien aseguró tener arrendada por parte de Carmen Emérita Moreno una habitación en el apartamento 301 “hace 14 años”, es decir, desde el 2008, aunque afirmó que tiene acceso a la cocina, baño y terraza por cuenta de su tenencia, tampoco declaró sobre los actos de señorío, la fecha a partir de los cuáles estos tendrían inicio y otras circunstancias que permitan darle mérito a ese testimonio.

En contra de lo dicho por el citado señor Fuentes, para la Sala causa sorpresa que ninguna de las poseedoras mencionara en su declaración de parte sobre la existencia del citado contrato de arrendamiento,

ni se mencionara tal hecho en la demandada de pertenencia. En cambio, en los citados interrogatorios tanto Carmen Emérita como Marly Tatiana aseguraron que en os apartamentos solo conviven ellas y esta última con su esposo e hija, adicionando que: “mi mamá arrendó una habitación por un tiempo” pero aclarando que creía que el inquilino se fue por un tema de pandemia.

De lo reseñado, entonces, es claro que la prueba testimonial no tuvo la fuerza para acreditar los requisitos de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, debiéndose añadir que los testigos José Rosemberg Muñoz y José Saúl Cristancho Gómez quienes son arrendatarios, hace 20 años de los locales comerciales ubicados en el primer piso del inmueble, tampoco reconocieron a las demandantes en reconvención como propietarias y, aunque aseguraron “distinguir las” como habitantes del predio, también aclararon que en su entender los dueños del bien eran antes los hermanos Díaz a quienes les pagaron arrendamiento y actualmente, la sociedad Marcar Inversiones S.A.S.

9.2.- De otro lado, la prueba documental aportada para soportar la posesión se limitó a unos recibos de servicios públicos pagados entre los años 2005 a 2017, unos legajos que dan cuenta de la correspondencia enviada a la señora Carmen Emérita con la inclusión de la dirección de residencia de los bienes a usucapir y una certificación comercial del año 2018, mismos que no son reveladores de tenencia con ánimo de señor y dueño, pues cualquier tenedor o habitante puede sufragar los servicios domiciliarios, así como entregar la dirección para recibir notificaciones.

9.3.- En adición a lo anterior, observa el Tribunal que entre las partes se ventiló un proceso de restitución de inmueble arrendado ante el Juzgado Once Civil Municipal de Bogotá, el cual fracasó por falta de prueba del vínculo contractual, pero en ese expediente, cuya copia fue traída por las demandantes de reconvención, se aportaron varias declaraciones extra juicio con las que quiso demostrarse la calidad de poseedoras, mismas que analizadas en este litigio, conllevan a advertir varias inconsistencias, perjudicando los intereses de aquellas (págs. 300 y 303, Archivo 01 CuadernoTresReconvencionPertenencia).

Obsérvese que en uno de los citados documentos concurre a la Notaría 40 el señor Edwar Espitia Castro, quien aseguró que es el “maestro de obra y quien ha realizado todos los arreglos de la casa ubicada en la calle 180ª No. 46 -04 cuyos poseedores y tenedores son los señores **CARMEN MORENO y ARTURO DÍAZ**”. Igualmente, ante la citada autoridad concurre el **9 de julio del 2015**, Roosevelt Fuentes, testigo en esta causa, quien aseguró que conoce de vista, trato y comunicación durante trece años a **Carmen Emérita Moreno y Arturo Díaz**, “quienes inicialmente para el año 2003 hasta el 2004” y posteriormente ... en el año 2013 y actualmente, “me arrendaron una habitación por valor de CIENTO VEINTE MIL PESOS” en el tercer piso de su casa ubicada en la Calle 180ª No. 46-04”, agregando que: “**sé y me consta que ellos conviven en dicho inmueble** y don Arturo en el año 2006 se empezó a sentir enfermo y la señora Carmen estaba muy pendiente del señor Arturo y siempre iban al médico a hacerle chequeos médicos”.

De ese modo, contrario a lo sostenido en esta Litis, ambos declarantes, señalaron al señor Arturo Díaz como poseedor y dueño, reforzándose así, la conclusión a la que se arribó líneas atrás, que las señoras Carmen Emérita Moreno y Marly Tatiana Moreno no ostentaron un señorío exclusivo y excluyente desde el año 2002 y que este, habría tenido lugar, con posterioridad al año 2015, porque desde esa época han rechazado el llamado del propietario Marcar Inversiones al pago de cánones de arrendamiento y en esa dirección instauraron acción de pertenencia. Así, aunque se aceptara que habitan los apartamentos 301 y 302 del inmueble desde hace más de 20 años, lo cierto es que la ley dispone que el simple transcurso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión.

Puesto en otros términos, la parte reconviniendo no se inquietó en demostrar que intervirtió su título inicial de tenencia por el de posesión con un tiempo de antelación suficiente que le permita adquirir el dominio, y como se ha venido analizando, brilla por su ausencia en el plenario, la probanza que dé cuenta que antes del año 2015 se exteriorizaran actos de rechazo y negación de su originaria condición, bien contra Carlos Arturo Díaz o frente a la aquí demandante principal.

En ese orden, no hay manera de concluir, sin asomo de duda, que los 10 años exigidos para la prosperidad de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio transcurrieron sin solución de continuidad y se extendieron hasta el momento en que se presentó la demanda de pertenencia, septiembre del 2018, pues al plenario no se aportó ninguna prueba que dé cuenta clara del momento preciso en que la parte demandada dejó de ser una simple tenedora, cohabitante del predio y empezó a comportarse como dueña.

Dado lo anterior, por sustracción de materia, no viene al caso pronunciarse frente a la alzada de las demandantes en reconvención, toda vez que, los actos de posesión no se acreditaron respecto los apartamentos 301 y 302, mucho menos, frente a la terraza del inmueble.

10.- Así las cosas, es claro que la sentencia de primera instancia deberá revocarse, para en su lugar acceder a la demanda reivindicatoria, y desestimar la usucapión, no sin antes pronunciarse, como lo ordena el Capítulo IV, Título XII, Libro II del Código Civil sobre las restituciones mutuas a que habrá lugar entre las partes, punto frente al cual se advierte que por no existir prueba en contrario, se tendrá a las demandadas como poseedoras de buena fe (presunción que consagra el artículo 769 del Código Civil), por lo que a favor de la reivindicante, sólo se reconocerán los frutos civiles causados desde el día en que dicha opositora contestó la demanda (5 de septiembre del 2018, pág. 363, cuaderno principal), hasta que se materialice la restitución (art. 964, ib.).

Por concepto de mejoras no se reconocerá suma alguna a favor de la demandada que resultará desfavorecida con este fallo, pues ninguna de las pocas probanzas que se recaudaron demuestra que esta hubiera incurrido en gastos que incrementaran el valor del bien materia de disputa.

11.- Así a efecto de calcular los frutos civiles a favor de la parte actora en reivindicación, y para tal propósito, ante la falta de elementos de juicio adicionales, el Tribunal se apoyará en el cálculo realizado por la demandante, incluido en el juramento estimatorio -que constituye prueba y no fue objetado (art. 206 del C.G.P.)- según el cual, para el año 2018 los apartamentos en disputa cada uno producía frutos por \$775.000 aumentando cada año en la suma de \$25.000 (págs. 287 a 289, ib).

Entonces, por concepto de frutos civiles se reconocerá al demandante la suma de **\$91.461.666**, valor que corresponde a los cánones de arrendamiento causados desde septiembre del 2018 hasta mayo del 2023 -fecha aproximada de este fallo-, incrementados anualmente con base en la estimación hecha por el reivindicante (\$25.000 por año).

Periodo	Valor cánones mensuales por 2 apartamentos	No. de meses o días	Valor total
05-09-2018 a 31-12-2018	\$1.550.000	3 meses y 25 días	\$2.841.666,00
1/01/2019 a 31/12/2019	\$1.600.000	12 meses	\$19.200.000,00
1/01/2020 a 31/12/2020	\$1.650.000	12 meses	\$19.800.000,00
1/01/2021 a 31/12/2021	\$1.700.000	12 meses	\$20.400.000,00
1/01/2022 a 31/12/2022	\$1.750.000	12 meses	\$21.000.000,00
1/01/2023 a 17/05/2023	\$1.800.000	4 meses y 17 días	\$8.220.000,00
Total frutos civiles	N/A	N/A	\$91.461.666,00

12.- Recapitulando, se acogerá la alzada de la demandante principal, se revocará el fallo apelado y, en consecuencia, se ordenará la restitución de los apartamentos 301 y 302 del inmueble con matrícula No. 50N- 612285 a favor de Marcar Inversiones S.A.S. y a cargo de Carmen Emérita Moreno y Marly Tatiana Muñoz Moreno, quienes deberán pagar a la citada persona jurídica, a título de frutos civiles, la suma de **\$91.461.666,00**

En consecuencia, se negarán la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvención.

Por último, se impondrá condena en costas de ambas instancias únicamente contra Marly Tatiana Muñoz Moreno, pues esta no está amparada por pobre y debido a la revocatoria total de la sentencia de primer grado, conforme lo ordena el numeral 4° del artículo 365 del Código General

del Proceso.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- REVOCAR la sentencia de fecha 31 de enero del 2023, dictada en el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá. En su lugar se dispone:

1.1.- *Declarar no probadas las excepciones de mérito propuestas contra la demanda reivindicatoria principal.*

1.2.- **ACCEDER** a la **REIVINDICACIÓN** peticionada en la demanda principal postulada por la persona jurídica **MARCAR INVERSIONES S.A.S.**, en consecuencia se **ORDENA** a Carmen Emérita Moreno y Marly Tatiana Muñoz Moreno que dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de este fallo, hagan entrega a Marcar Inversiones S.A.S. representada legalmente por Marco Aurelio Caro Ramírez o quien haga sus veces, de los apartamentos 301 y 302 ubicados en el tercer piso del predio con matrícula No. 50N- 612285. También deberán pagar, dentro del mismo término, la suma de **\$91.461.666,00**, por concepto de frutos.

1.3.- *Si dentro del término señalado en el nomenclador que antecede no ocurriere la entrega del inmueble, los frutos que se causen se determinarán atendiendo a los lineamientos vertidos en la parte considerativa de la sentencia.*

2.- NEGAR la totalidad de las pretensiones de la demanda de reconvenición.

3. CONDENAR en costas de ambas instancias a la demandada Marly Tatiana Muñoz Moreno. Tásense.

3.1.- *De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a dos (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes de la anualidad que avanza. 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: **ca0806550a80455ded341093a97d311a3ecc0e14171a170888da8cfab58ae483**

Documento generado en 17/05/2023 11:32:17 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

MAGISTRADA SUSTANCIADORA

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Asunto. Proceso Ejecutivo Singular del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A. contra los señores Juan Carlos Román Ospina y Oscar Alberto Torres Serrano.

Rad. 14 2021 00289 01

Sentencia escrita de conformidad con lo autorizado por el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, cuyo proyecto se discutió y aprobó en sesión de Sala del 22 de marzo de 2023, según Acta No. 10 de la fecha.

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia que profirió el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá el 10 de octubre de 2022.

I. ANTECEDENTES

1. El Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Colombia S.A., a través de apoderado judicial, pidió que se libre orden de apremio contra los señores Juan Carlos Román Ospina y Oscar Alberto Torres Serrano por las sumas contenidas en los siguientes títulos valores:

1.1. Por el pagaré N°0013-0833-58-9600179971:

“PRIMERA: Por la suma de \$448.500.000, por concepto del capital de la cuota vencida y no pagada el 28 de junio de 2021...

SEGUNDA: Por los intereses moratorios mensuales a la tasa máxima legal vigente certificada por la Superintendencia Financiera, sobre la suma de \$448.500.000, por capital enunciada en la pretensión primera desde el día 29 de junio de 2021, hasta que se verifique el pago de la misma.

TERCERA: La suma de \$33.530.009,50, por concepto de intereses remuneratorios de la obligación, contenida en el pagaré número 0013-0833-58-9600179971, liquidados desde el 29 de marzo de 2021 al 28 de junio de 2021, a la tasa del IBR + 4,06% efectivo anual.

CUARTA: Por la suma de \$2.242.500.000, por concepto del capital insoluto contenido en el pagaré número 0013-0833-58-9600179971.

QUINTA: Por los intereses moratorios mensuales a la tasa máxima legal vigente certificada por la Superintendencia Financiera, sobre la suma de \$2.242.500.000 de capital enunciada en la pretensión Cuarta, desde la fecha de presentación de esta demanda y hasta que se verifique el pago efectivo.”

1.2. Por el pagaré N°830.071.114-6-2020:

“SEXTA: La suma total de \$107.035.157,20,... por capital de \$77.207.412,70 y 9600194012 por capital de \$29.827.744,50, contenidas en el pagaré número 830.071.114-6-2020 del 28 de agosto de 2020 debidamente otorgado, suma que se debía pagar el 21 de julio de 2021.

SEPTIMA: Por los intereses moratorios mensuales a la tasa máxima legal vigente certificada por la Superintendencia Financiera, sobre la suma de \$107.035.157,25, por capital enunciada en la pretensión sexta desde el día 22 de julio de 2021, hasta que se verifique el pago de la misma.”

2. Sustentó la *causa petendi* en que los ejecutados suscribieron y otorgaron los mencionados títulos, el primero, por un valor de \$2.691 millones el 29 de septiembre de 2020 con un plazo de 24 meses y un periodo de gracia de 6 meses, de manera que el monto debía pagarse en 6 cuotas trimestrales por \$448.500.000 cada una, siendo la primera el 28 de junio de 2021.

Agregó que se pactaron intereses remuneratorios pagaderos en el trimestre vencido, empero, sin periodo de gracia; que las cuotas de intereses se debían sufragar el 28 de diciembre de 2020, 28 de marzo, 28 de junio de 2021 y así sucesivamente; que también se pactó la cláusula aceleratoria en

caso de mora, bien de capital o intereses, y que al 28 de junio de 2021 no han pagado las cuotas por uno ni otro concepto.

Con relación al segundo pagaré, N°830.071.114-6-2020, indicó que el mismo se otorgó por los demandados con espacios en blanco, diligenciado conforme a la carta de instrucciones *“por las obligaciones 9600177991 por capital de \$77.207.412,70 y 9600194012 por capital de \$29.827.744,50, para un valor total del pagaré por la suma de \$107.035.157,20 y su fecha de vencimiento es del 21 de julio de 2021.”*

Finalmente, resaltó que los demandados son deudores solidarios de la sociedad Concretos Asfálticos de Colombia S.A. – Concesol S.A., no obstante, a ésta no se demanda por estar inmersa en el proceso de reorganización empresarial, de acuerdo con la Ley 1116 de 2006, ya admitido en la Superintendencia de Sociedades.

3. Librado el mandamiento de pago en la forma solicitada, el apoderado de los demandados se opuso a la prosperidad de las pretensiones y promovió las excepciones de mérito que denominó:

“Ausencia de incumplimiento”, con fundamento en que *“el no pago de los cánones causados antes del 10 de junio de 2021”*, se debe a que la obligación se incluyó en el inventario de pasivos en el proceso de reorganización de Concesol S.A.S. ante la Superintendencia de Sociedades.

“Oficiosa”, de encontrarse probada en el plenario y que no haya sido alegada.

“Origen de la obligación y destinación del crédito”, pues si bien corresponde a un crédito otorgado por el BBVA donde se suscribieron los títulos, como deudor principal Concesol S.A.S., y solidarios *“sus accionistas y socios”*, el mismo se adquirió en pro de la compañía y no para el patrimonio individual de sus socios; y que la forma más idónea para conseguir el pago es con el capital social de la compañía, a través del proceso de reorganización.

“Régimen de responsabilidad Sociedades por Acciones Simplificada”, porque de acuerdo con la normatividad que las regula, los socios solo serán responsables hasta el monto de sus aportes y no lo serán de las obligaciones que contraiga la sociedad.

“Ley de insolvencia”, en la medida que como la empresa deudora se encuentra en reorganización, es a ese escenario al que debe acudir la demandante para perseguir el pago de las acreencias objeto del litigio.

4. Agotado el trámite respectivo, la instancia culminó con sentencia donde el juez de conocimiento declaró imprósperas las excepciones propuestas y, en consecuencia, ordenó seguir adelante con la ejecución conforme a lo dispuesto en la orden de apremio, dispuso la venta en pública subasta de los bienes objeto de las cautelas y ordenó la liquidación del crédito.

II. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Para arribar a la anterior determinación, el juez de conocimiento, luego de indicar que se configuran los presupuestos procesales, reseñar los antecedentes del litigio, y las normas que regulan los títulos valores, resaltó que las excepciones propuestas no se configuraron.

Argumentó que si bien la obligación se contrajo por los demandados y la sociedad Concescol S.A., última que fue admitida al proceso de reorganización, lo cierto es que solo las personas naturales, en su calidad de deudores solidarios fueron demandados, lo que no encuentra prohibición en ninguna norma si no que, por el contrario, el legislador faculta al acreedor dirigir la demanda contra todos o cualquiera de los deudores, principales o solidarios, conjunta o separadamente.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión el apoderado judicial de los demandados la apeló y para ello indicó que las excepciones de mérito relativas al origen y destinación del crédito; la responsabilidad por acciones simplificada y, finalmente, la ley de insolvencia, se encuentran configuradas.

La primera, porque el crédito se otorgó en pro de Concescol S.A.S., y no para el crecimiento económico y/o patrimonial de sus socios, aquí demandados, por ende, la obligación debe ser incluida en el proceso de reorganización. Con relación a la segunda, reiteró el límite de la responsabilidad de los socios de las sociedades por acciones simplificada.

Finalmente, frente al régimen de insolvencia insistió en que no existe legitimación en la causa por pasiva, toda vez que los aquí demandados no son los llamados a responder por la relación jurídica objeto de controversia, sino debe ser Concescol S.A.S. el responsable de atender la acreencia.

En esta instancia, reiteró los argumentos esbozados y agregó que del contenido del artículo 1568 del Código Civil se logra inferir que la obligación se entenderá "*in solidum*" si no admite fraccionamiento o cuando por disposición de la ley o el contrato, se dispone que se debe pagar por entero a cualquiera de los acreedores, lo que significa que es el deudor principal quien tiene la obligación de pago.

Por consiguiente, insistió que la cuenta se debe perseguir en el proceso de reorganización del deudor principal que cursa en la autoridad competente y no, a través de la persecución del patrimonio de sus socios, toda vez que desconoce la normatividad que regula las S.A.S. y permitir ello habilitaría un "*enriquecimiento sin justa causa*".

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran presentes la capacidad de las partes para acudir al proceso, la demanda en forma y la competencia del juez para tramitar y decidir la instancia lo que, aunado a la ausencia de vicio con idoneidad anulatoria, permite proferir la decisión que de esta Sala se reclama, dentro de los límites de los reparos propuestos, conforme lo autoriza el artículo 328 del Código General del Proceso, pero previa verificación de los requisitos del título.

Lo anterior porque si bien el inciso 2° del 430 del referido Código le impone al demandado la obligación de cuestionar los requisitos formales del título ejecutivo sólo mediante recurso de reposición, tal tarea no le está vedada al Juez quien debe hacerlo, aún de manera oficiosa, puesto que al decir de la Sala Civil de la Corte Suprema “...se recuerda que los jueces tienen dentro de sus obligaciones, a la hora de dictar sus fallos, revisar, nuevamente, los presupuestos de los instrumentos de pago, “potestad-deber” que se extrae no sólo del antiguo Estatuto Procesal Civil, sino de lo consignado en el actual Código General del Proceso”.¹

2. En esa labor, se recuerda que de conformidad con el artículo 422 del Código General del Proceso, es posible demandar por la vía ejecutiva las obligaciones claras, expresas y exigibles que consten en un documento que provenga del deudor o su causante y que constituyan plena prueba en su contra; hacen parte de ellos, los títulos valores, los cuales, al tenor del artículo 619 del Código de Comercio, son necesarios para “legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ello se incorpora”.

El pagaré, como título valor, además de los presupuestos generales que contempla el artículo 621 del Código de Comercio debe reunir los siguientes requisitos para ser reputado como tal: **i)** la promesa incondicional de pagar una determinada suma de dinero; **ii)** el nombre de la persona quien deba hacerse el pago; **iii)** la indicación de ser pagadera a la orden o al portador; y, **iv)** la forma de vencimiento, conforme lo dispone el artículo 709 del mismo estatuto.

¹ C.S.J. STC14164-2017, 11 sep. Rad.2017-00358-01

Nuestra legislación civil y comercial le concede a los títulos valores la presunción de autenticidad que lleva, en general, a considerarlos como una expresión cierta de la voluntad de sus signatarios y prueba fehaciente del derecho allí incorporado, en virtud de lo dispuesto en los artículos 244 del Código General del Proceso y 793 del Código de Comercio, razón por la cual si no existe duda sobre los signatarios del documento, opera forzosamente el principio consagrado en el artículo 625 del Estatuto Mercantil, a cuyo tenor: “...*toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación*”, deber de prestación que está circunscrito al tenor literal del documento, conforme al artículo 626 *ibidem*. Al respecto, la doctrina ha dicho que:

“...lo que caracteriza fundamentalmente al pagaré, y lo diferencia de la letra de cambio, es que contiene una promesa (...). El pagaré implica que quien lo otorga asume el compromiso directo, hace la manifestación expresa, declara su voluntad de pagar, por eso se llama promesa; (...) por el significado en que se expresa la voluntad, de que quien emite el título se compromete, se declara deudor directo o se obliga a pagar. Pero la promesa debe ser incondicional, unilateral, irrevocable, impersonal, en el sentido que quien otorga el pagare, quien lo suscribe no puede supeditar el nacimiento de su obligación, ni su exigibilidad a eventos futuros e inciertos, o porque señalar el momento en que nace la obligación cambiaria no está reservado a la autonomía de la voluntad, pues la ley es quien dice cuando nace y se extingue. Nace en el momento en que se suscribe el título y se entrega; y se extingue por prescripción o caducidad o cuando sucede otro evento extintivo de las obligaciones.”² (se subraya)

2.1. En el caso bajo estudio se observa que los pagarés que se aportaron como base de la ejecución, reúnen todos y cada uno de los citados requisitos. Allí, los acá demandados, al estampar sus firmas, se comprometieron a pagar al banco ejecutante las sumas de dinero objeto de ejecución, como así aparece de su contenido:

² LEAL PEREZ Hildebrando. Código de Comercio Comentado. 13ª Edición. Pág.360

PAGARE ABIERTO Y CARTA DE INSTRUCCIONES

0028300112290838600179971

PAGARE TASA VARIABLE IRR
PAGARE No. 0013-0833-58-9600179971

PAGARE TASA VARIABLE IRR
No. 0013-0833-58-9600179971

CONCRETOS ASFALTICOS DE COLOMBIA S.A. CONCRESCOL S.A. No. 830.071.114-6 con domicilio en Bogotá D.C., representada en este acto por TORRES SERRANO OSCAR ALBERTO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 17.327.790, actuando en nombre propio y en su calidad de Representante Legal, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que se anexa y ROMAN OSPINA JUAN CARLOS, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.155.825, pagaremos solidaria e incoordinadamente a la orden del BANCO BILBAO VIZCAYA ARRIENTARSA COLOMBIA S.A., en cualquiera de sus oficinas o en el lugar que este indique, la suma de DOS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y UN MILLORES DE PESOS (\$2.691.000.000) moneda legal colombiana, que reconozcamos adeudada y que cubriremos en un plazo total de 24 meses, incluido un período de gracia de 6 meses para el pago de capital, el cual se contará a partir del 29 de SEPTIEMBRE del año 2020. Vencido el período de gracia, pagaremos por períodos vencidos la suma expresada en el presente título en 6 cuotas TRIMESTRALES por valor de \$448.500.000 moneda legal colombiana, la primera pagadera el día 28 de JUNIO del año 2021, y las siguientes el mismo día de cada TRIMESTRE sin interrupción hasta cancelar totalmente este título. Las cuotas antes previstas, que comprenderán solamente abono a capital, se incrementarán con el valor de los intereses causados en cada período, liquidados sobre las sumas pendientes de pago a una tasa variable nominal de IRR (Índice Bancario de Referencia) convertida a efectiva anual adicionada en 4,06 puntos efectivos anuales, liquidados y pagadera en su equivalente trimestre vencido (IBR+4,06%), la cual se ajustará con esta misma periodicidad teniendo en cuenta el IRR nominal vigente en la fecha de iniciación de cada período de intereses y así sucesivamente. Sin perjuicio de que la tasa sea variable, parte del día del desembolso la tasa de interés es del 8,86% efectiva anual. El IRR al que se refiere este título es el publicado por el Banco de la República o la entidad que se designe y corresponde a la referencia de corto plazo denominada en pesos colombianos, que refleja el costo del dinero en el mercado monetario. En caso de que por cualquier razón la IRR no se publique, este título y sus correspondientes intereses, se liquidarán con base en la tasa de intervención de política monetaria del Banco de la República vigente a la fecha de iniciación de cada período de liquidación adicionada en 4,06 puntos efectivos anuales. El valor de la cuota correspondiente al monto por capital más los intereses de cada período y será el que corresponda al mecanismo de amortización acordado, el cual declara conocer y aceptar. En caso de mora y a partir de ella, pagará (más) intereses moratorios calculados a la tasa máxima legal permitida. Además, a partir de la fecha de la demanda judicial de cobro, reconoceré (más) y pagaré (más) intereses moratorios sobre los intereses convencionales de mora de este pagaré, al completarse un (1) año de mora, liquidados a la tasa máxima legal permitida. Asimismo (así) expresa e irrevocablemente al Banco para debitar, sin previo aviso, de los cuentas corrientes y de ahorros o de cualquier otro depósito que poseamos conjunta, solidaria o separadamente, en esta Institución o en sus filiales o subsidiarias o vinculadas, el valor (incluido de este pagaré) y sus intereses, así como las cuotas de amortización. Me fono (ocupo) ignora expresamente al sistema de amortización que el Banco tiene para el abono de los pagos del presente pagaré. Todos los gastos e impuestos que causen este título serán de mi responsabilidad, lo mismo que la comisión por concepto de estudio de crédito y demás comisiones, los honorarios de estudio de título, costo de análisis y sus actualizaciones, los gastos de cobranza si hubiere lugar a ella, los honorarios del abogado que para el cobro judicial o extrajudicial tenga establecidos el Banco de manera general y a los cuales me fono (ocupo), agrees en derecho, prima del seguro de vida de deudores y de deudoras, incendio y terremoto sobre los bienes dados en garantía, según correspondan, costas, portes y demás gastos en que deba incurrir el Banco para hacer efectivas las obligaciones incorporadas en el presente instrumento a mi responsabilidad en caso de incumplimiento. El mismo intento de mora pactado en este pagaré se aplicará sobre estas sumas. En entendido expresa e irrevocablemente que, sin necesidad de requerimiento judicial extrajudicial ni formalidad previa alguna, queda automáticamente de plazo vencido este pagaré, haciéndose exigible su saldo insoluta forma de los eventos previstos en la Ley en los siguientes casos: (i) Mora o incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas de capital, intereses, o de cualquier otra obligación que tengamos (contradicta) conjunta, solidaria o separadamente con el Banco, sus filiales o vinculadas; (ii) El embargo de los bienes de cualquiera de los deudores, o la disminución de los mismos, o si son prepagados por cualquier persona en ejercicio de cualquier acción, pérdida o deterioro de garantía o si estas se enajenan o

CONCRETOS ASFALTICOS DE COLOMBIA
83007114

PAGARE
00130833589600179971

HOJA 2 PAGARE No 830.071.114-6-2020

DEUDOR DEUDOR SOLIDARIO AVALISTA
NOMBRE Y APELLIDOS: TORRES SERRANO OSCAR ALBERTO
C.C. 17.327.790
Domicinio:
Firma: *[Firma]*

DEUDOR DEUDOR SOLIDARIO AVALISTA
NOMBRE Y APELLIDOS: ROMAN OSPINA JUAN CARLOS
C.C. 79.155.825
Domicinio:
Firma: *[Firma]*

HOJA 2 PAGARE TASA VARIABLE IRR
PAGARE No. 0013-0833-58-9600179971

graven en todo o en parte sin previo permiso escrito del Banco, se deprecian, demeritan o dejan de ser garantía suficiente; (iii) La muerte de cualquiera de los deudores, o si se llegare a solicitar, iniciar, declarar o admitir a cualquiera de los otorgantes en procesos concursales de reorganización, reestructuración, insolvencia, liquidación, toma de posesión de sus negocios, bienes y haberes, o entran en cualquier trámite de ejecución universal o en causal de disolución; (iv) Si cualquiera de los suscriptores llegare a ser vinculado a cualquier tipo de investigación o condenado por delitos de narcotráfico, terrorismo, secuestro, lavado de activos, financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas u otros delitos relacionados con el lavado de activos y financiación del terrorismo o sea incluido en listas para el control de lavado de activos y financiación del terrorismo administradas por cualquier autoridad nacional o extranjera, tales como la lista de la Oficina de Control de Activos en el Exterior - OFAC, la lista de la Organización de las Naciones Unidas y otras listas públicas relacionadas con el tema del lavado de activos y financiación del terrorismo; (v) Si el(los) deudor(es) hubiere(n) incumplido cualquier compromiso asumido con el Banco, en un documento de compromisos o en un reglamento de crédito, suscrito y/o aceptado por el(los) o habiere; (vi) Si no se informa inmediatamente a BBVA COLOMBIA de cualquier arbitraje, litigio o procedimiento de cualquier índole que de resolverse de manera adversa pueda tener un efecto materialmente adverso sobre los activos, situación financiera, reputación o capacidad para cumplir con las obligaciones derivadas de la presente financiación o que cuestionara su validez o eficacia. Se hace constar que la responsabilidad solidaria y las garantías reales constituidas para respaldar el pago de este título, subsisten toda vez que el Banco hace expresa reserva a la solidaridad prevista en el artículo 1.573 del Código Civil, entre otros eventos similares, en los siguientes casos: a) Prórroga o cualquier modificación a lo aquí estipulado, así estas se pacten con uno solo de los firmantes, por cuanto desde ahora accedemos a ellas expresamente; b) Si se llegare a aprobar acuerdo concordatario respecto de alguno de los otorgantes; c) Si alguno de los otorgantes solicitare o es admitido o convalidado a concordato; o, d) Si se llegare a recabar o a cobrar todo o parte del importe de este título a alguno(s) de los suscriptores. Queda entendido que toda garantía real o personal constituida conjunta o separadamente por el(los) suscriptores de este título a favor del BBVA COLOMBIA o que el Banco llegare a adquirir por endoso o cesión de otras personas, amparará las obligaciones contenidas en este título así como sus prórrogas y demás modificaciones.

Fecha de suscripción: 29 de Septiembre del 2020

DEUDOR DEUDOR SOLIDARIO AVALISTA
RAZON SOCIAL: CONCRETOS ASFALTICOS DE COLOMBIA S.A. CONCRESCOL S.A. NIT: 830.071.114-6
NOMBRE Y APELLIDOS REPRESENTANTE LEGAL: TORRES SERRANO OSCAR ALBERTO C.C. Representante Legal: 17.327.790
Domicinio:
Firma Representante Legal: *[Firma]*

DEUDOR DEUDOR SOLIDARIO AVALISTA
NOMBRE Y APELLIDOS: TORRES SERRANO OSCAR ALBERTO C.C. 17.327.790
Domicinio:
Firma: *[Firma]*

PAGARE ABIERTO Y CARTA DE INSTRUCCIONES

0028300112290838600179971

PAGARE No 830.071.114-6-2020

TORRES SERRANO OSCAR ALBERTO, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 17.327.790, actuando en nombre propio y en su calidad de Representante Legal de la sociedad CONCRETOS ASFALTICOS DE COLOMBIA S.A. CONCRESCOL S.A. No. 830.071.114-6, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio que se anexa, debidamente facultado para el efecto por los estatutos sociales y ROMAN OSPINA JUAN CARLOS, identificado con la Cédula de Ciudadanía No. 79.155.825, pagaremos solidaria e incoordinadamente a la orden del BANCO BILBAO VIZCAYA ARRIENTARSA COLOMBIA S.A., el día 24 del mes de JUNIO del año 2020, en cualquiera de sus oficinas o en el lugar que este indique, las siguientes cantidades de dinero que reconozcamos adeudadas y que cubriremos en un plazo total de 24 meses, incluido un período de gracia de 6 meses para el pago de capital, el cual se contará a partir del 29 de SEPTIEMBRE del año 2020, y las siguientes el mismo día de cada TRIMESTRE sin interrupción hasta cancelar totalmente este título. Las cuotas antes previstas, que comprenderán solamente abono a capital, se incrementarán con el valor de los intereses causados en cada período, liquidados sobre las sumas pendientes de pago a una tasa variable nominal de IRR (Índice Bancario de Referencia) convertida a efectiva anual adicionada en 4,06 puntos efectivos anuales, liquidados y pagadera en su equivalente trimestre vencido (IBR+4,06%), la cual se ajustará con esta misma periodicidad teniendo en cuenta el IRR nominal vigente en la fecha de iniciación de cada período de intereses y así sucesivamente. Sin perjuicio de que la tasa sea variable, parte del día del desembolso la tasa de interés es del 8,86% efectiva anual. El IRR al que se refiere este título es el publicado por el Banco de la República o la entidad que se designe y corresponde a la referencia de corto plazo denominada en pesos colombianos, que refleja el costo del dinero en el mercado monetario. En caso de que por cualquier razón la IRR no se publique, este título y sus correspondientes intereses, se liquidarán con base en la tasa de intervención de política monetaria del Banco de la República vigente a la fecha de iniciación de cada período de liquidación adicionada en 4,06 puntos efectivos anuales. El valor de la cuota correspondiente al monto por capital más los intereses de cada período y será el que corresponda al mecanismo de amortización acordado, el cual declara conocer y aceptar. En caso de mora y a partir de ella, pagará (más) intereses moratorios calculados a la tasa máxima legal permitida. Además, a partir de la fecha de la demanda judicial de cobro, reconoceré (más) y pagaré (más) intereses moratorios sobre los intereses convencionales de mora de este pagaré, al completarse un (1) año de mora, liquidados a la tasa máxima legal permitida. Asimismo (así) expresa e irrevocablemente al Banco para debitar, sin previo aviso, de los cuentas corrientes y de ahorros o de cualquier otro depósito que poseamos conjunta, solidaria o separadamente, en esta Institución o en sus filiales o subsidiarias o vinculadas, el valor (incluido de este pagaré) y sus intereses, así como las cuotas de amortización. Me fono (ocupo) ignora expresamente al sistema de amortización que el Banco tiene para el abono de los pagos del presente pagaré. Todos los gastos e impuestos que causen este título serán de mi responsabilidad, lo mismo que la comisión por concepto de estudio de crédito y demás comisiones, los honorarios de estudio de título, costo de análisis y sus actualizaciones, los gastos de cobranza si hubiere lugar a ella, los honorarios del abogado que para el cobro judicial o extrajudicial tenga establecidos el Banco de manera general y a los cuales me fono (ocupo), agrees en derecho, prima del seguro de vida de deudores y de deudoras, incendio y terremoto sobre los bienes dados en garantía, según correspondan, costas, portes y demás gastos en que deba incurrir el Banco para hacer efectivas las obligaciones incorporadas en el presente instrumento a mi responsabilidad en caso de incumplimiento. El mismo intento de mora pactado en este pagaré se aplicará sobre estas sumas. En entendido expresa e irrevocablemente que, sin necesidad de requerimiento judicial extrajudicial ni formalidad previa alguna, queda automáticamente de plazo vencido este pagaré, haciéndose exigible su saldo insoluta forma de los eventos previstos en la Ley en los siguientes casos: (i) Mora o incumplimiento en el pago de cualquiera de las cuotas de capital, intereses, o de cualquier otra obligación que tengamos (contradicta) conjunta, solidaria o separadamente con el Banco, sus filiales o vinculadas; (ii) El embargo de los bienes de cualquiera de los deudores, o la disminución de los mismos, o si son prepagados por cualquier persona en ejercicio de cualquier acción, pérdida o deterioro de garantía o si estas se enajenan o

La suma de \$ 2.691.000.000 (dos mil seiscientos noventa y un millones de pesos) y sus intereses.

La suma de \$ 2.691.000.000 (dos mil seiscientos noventa y un millones de pesos) y sus intereses.

Fecha de Firma: 28 de Agosto del 2020.

LOS OTORGANTES
DEUDOR DEUDOR SOLIDARIO AVALISTA
RAZON SOCIAL: CONCRETOS ASFALTICOS DE COLOMBIA S.A. CONCRESCOL S.A. NIT: 830.071.114-6
NOMBRE Y APELLIDOS REPRESENTANTE LEGAL: TORRES SERRANO OSCAR ALBERTO C.C. Representante Legal: 17.327.790
Domicinio:
Firma Representante Legal: *[Firma]*

CONCRETOS ASFALTICOS DE COLOMBIA SA
83007114

PAGARE
00130833589600179971

HOJA 3 PAGARE TASA VARIABLE IRR
PAGARE No. 0013-0833-58-9600179971

DEUDOR DEUDOR SOLIDARIO AVALISTA
NOMBRE Y APELLIDOS: ROMAN OSPINA JUAN CARLOS
C.C. 79.155.825
Domicinio:
Firma: *[Firma]*

3. Establecido lo anterior, y ya para resolver los reparos que se efectuaron a la sentencia, es preciso recordar que uno de los efectos de la apertura del proceso de reorganización, conforme al artículo 20 de la Ley 1116 de 2006, es que a partir de allí no podrá admitirse ni continuarse demanda de ejecución o cualquier otro proceso de cobro en contra del deudor, pero en el entendido de que se trata obviamente del que entra en ese proceso y que también haya sido demandado o pueda serlo a través de la acción ejecutiva ante la jurisdicción ordinaria, bien de manera independiente o junto con otros deudores, principales o solidarios.

Por ello la mencionada norma reglamenta que *“los procesos de ejecución o cobro que hayan comenzado antes del inicio del proceso de reorganización, deberán remitirse para ser incorporados al trámite y considerar el crédito y las excepciones de mérito pendientes de decisión, las cuales serán tramitadas como objeciones, para efectos de calificación y graduación y las medidas cautelares quedarán a disposición del juez del concurso, según sea el caso, quien determinará si la medida sigue vigente o si debe levantarse, según convenga a los objetivos del proceso, atendiendo la recomendación del promotor y teniendo en cuenta su urgencia, conveniencia y necesidad operacional, debidamente motivada.(...)”*

Y si bien dentro del Capítulo III, del título I, de la referida Ley que es el aparte dedicado al tema de la reorganización, no comprende el tema de los garantes, avalistas, codeudores y otros deudores solidarios, el Título II, denominado *“disposiciones comunes”*, en su artículo 70 sí prevé que cuando no sólo sea el deudor en proceso de reorganización o liquidación judicial el demandado en el proceso ejecutivo, sino que existan garantes o deudores solidarios, el juez de ejecución deberá, dentro de los tres días siguientes al recibo de la comunicación sobre el inicio del proceso de insolvencia, por auto informar de tal circunstancia al ejecutante, a fin que *“en el término de su ejecutoria, manifieste si prescinde de cobrar su crédito al garante o deudor solidario. Si guarda silencio, continuará la ejecución contra los garante o deudores solidarios.”*, donde además advierte en el párrafo final que *“si al inicio del proceso de insolvencia un acreedor no hubiere iniciado proceso ejecutivo en contra del deudor, ello no le impide hacer efectivo su derecho contra los garantes o codeudores”*.

4. En esas condiciones, el reparo que a la sentencia se le hace para que se declare la prosperidad de las excepciones de mérito que denominó “*origen de la obligación y destinación del crédito*”; “*régimen de responsabilidad Sociedades por Acciones Simplificada*” y, “*ley de insolvencia*”, explicadas las anteriores premisas normativas y revisado el plenario se advierte que sus reparos se encuentran llamados al fracaso.

Lo anterior porque si bien el banco demandante promovió este asunto en contra de los señores Juan Carlos Roman Ospina y Oscar Alberto Torres Serrano, último que si bien suscribió los títulos en su calidad de representante legal del deudor principal, sociedad Concretos Asfálticos de Colombia - Concescol S.A., también lo hizo junto con el señor Juan Carlos como personas naturales y deudores solidarios; luego, las excepciones a que se refiere el recurrente devienen inaplicables al asunto, no solo porque los únicos demandados se obligaron como “*personas naturales*”, sino porque el libelo no se dirigió contra la empresa que se encuentra en proceso de reorganización.

La misma suerte corre el reparo que atañe a la falta de legitimación por pasiva, bajo la idea de que la acción ejecutiva debió promoverse contra Concescol S.A. en atención a que es el deudor y obligado principal, habida cuenta que el hecho de que la obligación se hubiese incluido en el acuerdo de reorganización, ello no impide que el acreedor pueda ejercer su facultad de asegurar el pago de la acreencia en cabeza de los demás deudores, principales o solidarios, puesto que la posibilidad del ejecutante de cobrar a los deudores solidarios en el proceso ejecutivo y hacer valer la acreencia en el proceso de insolvencia, en este caso de Concescol S.A., no corresponde a un doble pago, sino a un doble cobro en aplicación de los derechos derivados de la solidaridad.

Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia C- 006 de 2018, al estudiar la exequibilidad de algunas normas de la ley 1116 de 2006 y de los principios que rigen los procesos de insolvencia, afirmó que: “*La Corte remarcó la importancia de que todos los acreedores y los procesos de cobro contra el deudor se integren al trámite de insolvencia y recordó las*

excepciones a la regla: “pues no se aplica (i) a otros procesos diferentes a los ejecutivos, (ii) a procesos de ejecución relativos a obligaciones alimentarias que se adelanten contra personas naturales que se sometan a procesos de insolvencia, y (iii) a los procesos de ejecución en que sean demandados los deudores solidarios, procesos que podrán continuar contra estos si el demandante en el proceso ejecutivo así lo desea y lo expresa.” (se subraya).

No obstante lo anotado, de conformidad con el mismo artículo 70 de la comentada Ley, si en el proceso de reorganización o en el ejecutivo cualquiera de los deudores satisface total o parcialmente la obligación, de ello deberá informarse al otro proceso, con el propósito que esos valores se tengan en cuenta como pago total o parcial, “...Satisfecha la acreencia total o parcialmente, quien efectúe el pago deberá denunciar dicha circunstancia al promotor o liquidador y al juez del concurso para que sea tenida en cuenta en la calificación y graduación de créditos y derechos de voto.(...)”

5. Finalmente, frente al reparo de la responsabilidad de los socios dentro de las sociedades por acciones simplificadas, ello no cambia lo hasta acá expuesto, si se tiene en cuenta que lo cobrado en este proceso no deriva de esa calidad, sino del hecho de haber servido como garantes y deudores cambiarios de las obligaciones que la sociedad en reorganización otrora adquirió, como sucedió asunto.

6. De conformidad con lo decantado en precedencia, se impone confirmar la sentencia apelada con la consecuente condena en costas a cargo del extremo apelante, propósito para el que la Magistrada Sustanciadora fija la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.L.M.V., atendiendo lo previsto por el Art. 5º, numeral 4º, del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Bogotá el 10 de octubre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **CONDENAR** en costas de esta instancia a la parte recurrente. Se señalan como agencias en derecho la suma equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes S.M.L.M.V., en atención a lo previsto en el numeral 4° del artículo 5 del Acuerdo PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016. El Juzgado de primer grado proceda a su liquidación de conformidad con el artículo 366 del Código General del Proceso.

NOTIFIQUESE

Los Magistrados,

MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

(ausente con justificación)

Firmado Por:

Maria Patricia Cruz Miranda

**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Dirección Ejecutiva De Administración Judicial
División De Sistemas De Ingeniería
Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

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: **54b8531ddd38f0822f491a6cb150d5268ef1e19e6df4b6078a87486af4656b49**

Documento generado en 17/05/2023 11:42:49 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

ASUNTO: PROCESO EJECUTIVO SINGULAR DEL SEÑOR FABIO ZAMORA CARRANZA CONTRA WILSON PALACINO DIAZ Y LUISA FERNANDA MARTÍNEZ TELLEZ.

Rad. 16 2020 00293 01

Se resuelve la solicitud que elevó el apoderado judicial de la parte demandante, dirigida a corregir el número de radicado del expediente, registrado en la plataforma “*Consulta de Procesos Nacional Unificada*” y, además, a que se le tenga como sustentado el recurso con los reparos que hizo ante el Juzgado Dieciséis Civil del Circuito de Bogotá respecto de la sentencia que profirió el 2 de marzo de 2023 en este asunto.

Para fundamentar las anteriores peticiones aseguró que conforme al artículo 322 del Código General del Proceso sustentó en debida forma el recurso de alzada en el juzgado de primera instancia, y lo demuestra la remisión del expediente al Tribunal Superior de Bogotá, donde se admitió la apelación en proveído de 24 de marzo de 2023.

No obstante, revisado el sistema advirtió que el litigio quedó identificado en la plataforma con el número 11001310301620160029301, cuando el correcto es el 11001310301620200029301, aunado a que el Despacho “*no ha dado la oportunidad para que se descorra traslado del recurso de apelación en cabeza de la apoderada de la parte demandada, por tanto, se debe tener en cuenta que la apoderada de la contraparte radicó memorial que figura a fecha del (18) de abril de dos mil veintitrés (2023) descorriendo el traslado del recurso de apelación.*”, por ende, pidió tener en cuenta que “*se reafirma en cuanto a su argumentación presentada sobre los argumentos de fondo del recurso de apelación*”.

CONSIDERACIONES

1. Para resolver las peticiones que hace el apoderado de la parte recurrente, demandante, se debe tener en consideración que desde la expedición del Acuerdo 201 de 1997, de la entonces Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, se hizo obligatorio *“El Código único Nacional de Radicación de Procesos”* cuyo objeto, según su artículo primero, es el de garantizar el adecuado funcionamiento de los sistemas de información de la Rama Judicial.

Consagra ese Acuerdo, artículo cuarto, que el código único nacional de radicación de procesos está conformado por la identificación de las Corporaciones y Juzgados, seguido del código de identificación del proceso y el número consecutivo de radicación, lo establece el despacho judicial, al cual se reparte el asunto, en la primera o única instancia, es único y su numeración es anual.

Y, agrega, que ese código tiene la siguiente estructura: Cuatro (4) Dígitos, para el Año en que nace el proceso; Cuatro (4) Dígitos para el Consecutivo de radicación, se reinicia con 1 en cada cambio de año; Dos (2) Dígitos para el Consecutivo de recursos del proceso, el cual variará conforme a los recursos interpuestos.

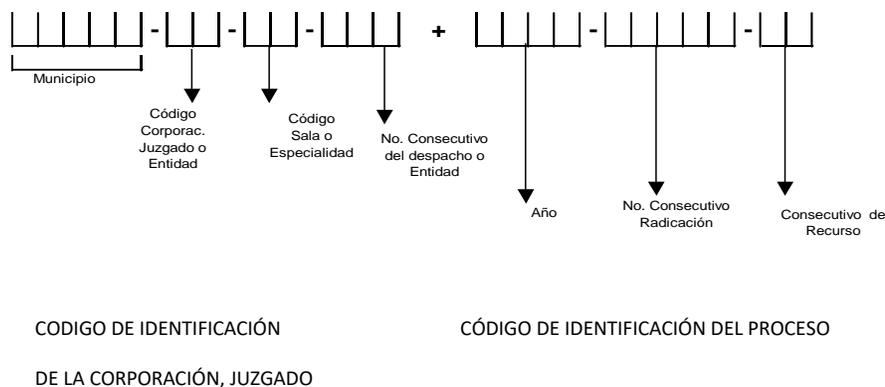
Ese artículo cuarto fue modificado posteriormente por los Acuerdos 557 de 1999 y el 1412 de 2002; éste último estableció en su artículo primero, el siguiente esquema: *“El Código Único Nacional de Radicación de los procesos está conformado por la Identificación de las Corporaciones y Juzgados, seguido del Código de Identificación del Proceso: El número consecutivo de radicación lo establece el despacho Judicial al cual se reparte el asunto, en la primera o única instancia, es único y su numeración es anual.”*

Se establece el Código de Identificación del proceso con la siguiente estructura:

Cuatro (4) Dígitos, para el Año en que nace el proceso.

Cinco (5) Dígitos para el Consecutivo de radicación, que se reinicia con 1 en cada cambio de año.

Dos (2) Dígitos para el consecutivo sobre los recursos interpuesto en el proceso



2. Para el caso, advierte el recurrente que al proceso de su interés le correspondió la radicación (código único de identificación de procesos) el 11001310301620200029301, empero al repartirse la apelación se le asignó en el reparto del Tribunal el número 11001310301620160029301, situación que le impidió tener conocimiento del auto de 24 de marzo de 2023, a través del cual se admitió el recurso y se corrió traslado para sustentarlo, toda vez que con éste último radicado se publicitó la citada providencia. Pide, entonces, que se le tenga por sustentación aquella que hizo en primera instancia.

3. Entonces, si el objeto del “*El Código único Nacional de Radicación de Procesos*” es el de garantizar el adecuado funcionamiento de los sistemas de información de la Rama Judicial, el que, de paso valga reiterar, su uso es obligatorio, fácilmente el Despacho llega a la conclusión que, frente al error que se cometió en el reparto del proceso en la secretaría de la Sala Civil, al asignarle a la radicación un año que no corresponde, así el auto de 24 de marzo de 2023 se hubiese notificado en el estado, subido al microsítio y que, además, existan otras formas de búsqueda, al estar publicado el expediente bajo un número que no le corresponde, lógico es concluir que la información que se hizo bajo el radicado 16 2016 00293 01 no fue la adecuada y que ello le impidió al acá recurrente obtener el conocimiento del auto que admitió el recurso y a su vez corrió traslado para sustentarlo.

En esas condiciones, a este Despacho no le queda otra alternativa que ordenar se corrija el yerro y dejar sin valor ni efecto alguno la citada providencia, toda vez que no es posible tener por sustentado el recurso con los argumentos de la primera instancia, en razón a que se le priva a la parte

demandada de pronunciarse sobre ellos, quien además habrá tenido el mismo obstáculo para conocer del destino del proceso.

Asimismo, se advierte a las partes que el término de que trata el artículo 121 del C.G.P. solo comenzara a correr para la suscrita una vez se radique en forma correcta el expediente. De manera adicional, se le solicita al señor secretario de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, en cuya cabeza está el adecuado funcionamiento de esa dependencia, para que, en lo sucesivo, adopte los correctivos que estime necesarios para que errores como el detectado no se vuelvan a cometer, dadas las graves consecuencias que ello conlleva.

Por lo anterior, se

DISPONE:

PRIMERO. Dejar sin valor ni efecto alguno el auto de 24 de marzo de 2023, a través del cual se admitió el recurso de apelación y se ordenó correr traslado para sustentarlo, conforme a las motivaciones de este proveído.

SEGUNDO. Ordenar que por la secretaría de la Sala Civil del Tribunal, se corrija el yerro cometido en el reparto y una vez acaecido ello, se dejen las correspondientes constancias en el sistema de gestión y se ingrese inmediatamente el proceso al Despacho, para lo correspondiente.

TERCERO. Por secretaría, adóptense los correctivos que sean necesarios para que situaciones como las que acá se presentaron no vuelvan a suceder, dada la gravedad de sus consecuencias.

CUARTO. Negar las demás peticiones, al tenor de las motivaciones de este auto.

Notifíquese,

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Magistrada

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

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: **e954b6d9ed8e7bb82c8e5c3157102a6324a5a9c66f899915a1e3acf8843ae12c**

Documento generado en 17/05/2023 12:48:41 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., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

REF: VERBAL DE TAMPA CARGO S.A.S. contra SKY BUS SOCIEDAD ANÓNIMA CERRADA (Perú). Exp.: No. 2018-00515-01.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 19 de abril y 17 de mayo del 2023.

Decide la Corporación el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fecha octubre 22 de dos mil veintidós (2022), pronunciada en el Juzgado 31 Civil del Circuito de la ciudad.

I. ANTECEDENTES

1.- Tampa Cargo S.A.S., actuando mediante apoderado judicial, convocó a Sky Bus Sociedad Anónima Cerrada (S.A.C.), entidad constituida según las leyes de Perú, para que previos los trámites del proceso verbal se declaren los siguientes hechos y se emitan las siguientes condenas: i) que la demandada incumplió las obligaciones que le corresponden dentro del contrato de vuelos charter celebrado entre ambas el 15 de enero de 2018; ii) que, en consecuencia, dicho contrato terminó desde el 24 de enero del año en mención; iii) que Sky Bus adeuda a Tampa la suma de USD 96.871 por concepto del anticipo que desembolsó esta última en ejecución del negocio; iv) que se condene a la demandada a pagar el mencionado emolumento en pesos colombianos según la tasa de cambio que corresponda, y v) que se condene a la demandada al pago de los intereses de mora causados sobre la suma reclamada, calculados desde el 21 de febrero de 2018. Todo lo anterior, junto con las costas procesales (arch. 04).

2.- Las súplicas se apoyan, en síntesis, en los hechos que a continuación se compendian (arch. 04, págs. 2 a 7):

2.1.- El 15 de enero del 2018, Tampa Cargo S.A.S., como cliente, y Sky Bus S.A.C., como arrendador, celebraron un contrato de

vuelos charter, cuyo objeto, en esencia, consistía en que la segunda le proporcionaría a la primera uno o varias aeronaves, incluyendo tripulación, mantenimiento y seguro, con el propósito de efectuar vuelos para el transporte de carga, entre los destinos que allí se especificaron.

2.2.-. Con ese norte, el 19 de enero de 2018 Tampa Cargo desembolsó la suma de USD 140.000 para efectos de que se efectuaran cinco vuelos en los trayectos Miami-Colombia-Miami.

2.3.-. En ejecución del contrato, el 21 de enero siguiente Sky Bus se dispuso a operar su primer vuelo desde el aeropuerto de Rionegro (Antioquia) hacia el de Miami (EEUU), utilizando para ello la aeronave Douglas DC8-73F de matrícula OB-2059P.

2.4.-. En desarrollo de esta operación, la aeronave violó los procedimientos y reglamentos aplicables, lo que generó una situación de peligro que incluso fue noticia en algunos medios de comunicación.

2.5.-. Como consecuencia, la Secretaría de Seguridad Operacional y de la Aviación Civil de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil de Colombia, mediante resolución del 23 de enero de 2018 (rad.: 10621062-193.1-2018002481), y fundada en la sección 13.1075 de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), decidió suspender provisionalmente la autorización de Sky Bus para efectuar vuelos desde y hacia Colombia.

2.6.-. Esta conducta implicó la violación del literal a) de la cláusula sexta del contrato celebrado entre las partes, sobre operación y mantenimiento que imponía a Sky obtener y mantener plena vigencia de autorizaciones, licencias, permisos de operación relacionado con las aeronaves. De allí que Tampa Cargo resolvió darlo por terminado a partir del 24 de enero de 2018, mediante misiva dirigida a su contraparte.

2.7.-. Mediante comunicación electrónica del 26 de febrero siguiente, Sky Bus remitió la factura 00867-33 del mismo mes y año por un monto de USD 57.575 como valor de la operación de vuelo reseñada anteriormente. En dicho sentido, se adjuntó también la “nota de crédito por el diferencial entre la factura correspondiente al vuelo realizado y el depósito recibido de \$140.000.00 USD”.

2.8.-. Tampa Cargo, por el mismo medio, pidió una serie de aclaraciones sobre el valor generado en la factura, al tiempo que la devolución de la diferencia entre el valor del vuelo operado y el total desembolsado como anticipo. En comunicación del 21 de marzo de 2018, la demandada informó que “lamentablemente no podemos darles el reembolso”.

3.- Notificada en debida forma, la convocada no contestó la demanda y tampoco asistió a ninguna de las sesiones en que se llevó a cabo la audiencia de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso.

4.- Surtidas las etapas de rigor se dictó sentencia que acogió parcialmente las pretensiones de la demanda principal; en su contra, la demandada interpuso la alzada que ahora se revisa.

II. LA SENTENCIA OBJETO DE CENSURA

5.- Tras hacer un recuento de los fundamentos de la demanda principal, sus hechos y pretensiones, precisó que en este evento el artículo que rige la controversia no es el 1546 del Código Civil, como lo reseñó el apoderado de la demandante en aquél escrito, sino el 870 del Código de Comercio, habida cuenta de la calidad de comerciantes de ambos contratantes. Al respecto, destacó que la resolución de que trata aquella primera norma, y la terminación, a la que alude la segunda, son figuras con efectos distintos; la norma civil implica que las partes se ubican en una situación idéntica a la acaecida antes de contratar, de modo que entre ellas operan las restituciones mutuas, amén de que esta es propia de los contratos de ejecución instantánea, mientras que en la comercial, acaecido el incumplimiento, tiene lugar el reconocimiento de la indemnización a favor de la parte que sí honró sus deberes, sin que puedan deshacerse las prestaciones ya cumplidas, y es característica de los negocios de tracto sucesivo, como en ocurre en este caso.

Aclarado lo anterior, verificó la existencia de los elementos necesarios para declarar la terminación del contrato, junto con las consecuencias que de ello se siguen. Así, vio acreditado el negocio jurídico que vinculó a las partes; el incumplimiento de una de ellas, y el cumplimiento correlativo de la otra.

Sobre el primero, además de que fue aportado junto con la demanda, señaló que la falta de contestación de la misma, junto con la inasistencia injustificada a la audiencia del artículo 372 del Código General del Proceso, propiciaron los efectos de confesión presunta que al respecto se desprenden según los lineamientos de los artículos 97 y 205 ib.

Acerca del segundo de los citados factores, el incumplimiento, trajo a cuento las cláusulas sexta, dieciocho y veinte del contrato, relacionadas con el deber de Sky Bus de obtener todos los permisos, autorizaciones y licencias necesarios para poder operar con normalidad, de acuerdo con la legislación de los países involucrados en su ejecución; con la posibilidad de que esa misma parte quede exonerada únicamente si la revocación de los permisos o licencias para operar fuera el resultado de una conducta de Tampa Cargo, y, finalmente, con la posibilidad de terminar el contrato en caso de cualquier procedimiento legal que ponga en riesgo que las partes ejecuten el objeto del negocio según les corresponda.

Hecho ello, nuevamente resaltó que el incumplimiento podría acreditarse con la sola aplicación de la ya mencionada confesión ficta; sin embargo, ahondó en el tema y señaló que los documentos que integran el expediente demuestran que la demandante cumplió su parte del convenio, no así la demandada, quien por su conducta fue suspendida

provisionalmente para operar en territorio Colombiano.

Al respecto, destacó como pruebas de ese hecho el “comunicado de prensa” y dos videos en los que el medio RCN divulgó como noticia lo sucedido el día 21 de enero de 2018, cuando la aeronave contratada por Tampa, de matrícula OB-2059P, presentó una dificultad en el curso de la operación de despegue. En el mismo sentido refirió la mención del antecedente por parte del Diario La República, que aludió a la suspensión provisional como resultado de dicho percance. Para clausurar este aspecto, hizo mención a la información suministrada por la Aeronáutica Civil como prueba oficiosa, y precisó que si bien la entidad sostuvo que las maniobras llevadas a cabo el citado día en el aeropuerto de Rionegro (Antioquia) no fueron objeto de investigación formal, lo cierto es que la suspensión sí tuvo lugar en vigencia del contrato, hecho que hizo imposible cumplir con su objeto.

Como resultado de lo anterior, concedió la pretensión declarativa de incumplimiento, condenó a la demandada a pagar la suma pedida a la tasa representativa de la fecha de esa decisión, punto en el que destacó que el juramento estimatorio realizado en la demanda hace prueba plena de ella mientras no haya otras que indiquen algo distinto, y negó la petición relacionada con los intereses de mora; esto, porque la falta contractual cometida por la demandada, y la obligación de pago correlativa, nació a la vida jurídica por virtud de la sentencia, no antes, de modo que ese tipo de réditos solo puede tener lugar a partir de la ejecutoria de la decisión.

Finalmente, recalcó que el acuerdo que se aportó al expediente, según el cual Sky Bus se comprometió a efectuar una serie de pagos para satisfacer lo que constituye el objeto de reclamo en este proceso, no afecta de manera alguna el proferimiento del fallo, como tampoco la consecución del juicio.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- La demandada hizo consistir su disconformidad en que la suspensión provisional de sus operaciones en territorio colombiano tuvo como causa el comportamiento de Tampa Cargo, y no fue consecuencia de su propio incumplimiento contractual.

Explicó que no fue el incidente en pista el que originó ese efecto; explicó que la Aeronáutica Civil no adelantó investigación alguna con ocasión de aquél suceso. Dicha autoridad tomó esa determinación porque el despacho del vuelo del día 21 de enero de 2018 fue realizado por el piloto de Sky Bus, y no por la empresa Tampa Cargo. Así, precisa que fue esta parte quien debió y pudo haber subsanado la irregularidad.

También indicó que, conforme con la cláusula diez del contrato, era su obligación informar a Sky Bus sobre lo sucedido, para que esta adoptara las medidas correctivas a que hubiera lugar dentro del lapso mencionado en dicho numeral, a saber, el de 30 días desde el recibo de la

respectiva misiva.

Como la demandante no llevó a cabo estas actuaciones, fue ella la que incumplió el contrato.

7.- Así mismo, por auto adiado 16 de marzo del 2023 se ordenó correr el traslado previsto en la Ley 2213 del 2022.

7.1.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de éste Tribunal la apelante sustentó en debida forma su recurso de alzada, frente al cual se pronunció su contraparte.

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.- En este orden, cabe señalar que ciertamente la norma rectora en este evento no es la contenida en el artículo 1546 del Código Civil, es decir, la que alude a acción resolutoria o de cumplimiento con indemnización de perjuicios, pues tal no fue lo que pidió la demandante Tampa Cargo en su escrito genitor; con todo y que en los fundamentos de derecho del mismo se hubiera citado, casi exclusivamente, ese puntual canon.

Como lo anunció el a quo acertadamente, en este caso se trata de la acción de terminación prevista en el artículo 870 del Código de Comercio, que aunque comparte una estructura jurídica con la resolución, no es asimilable a ella, pues atiende escenarios contractuales diferentes. La Corte Suprema de Justicia ha aclarado este tema de la siguiente manera:

“4. Los contratos de tracto sucesivo, precisamente, por tener esa naturaleza, desde la perspectiva jurídica, no son susceptibles de resolverse -disolución con efectos ex tunc- sino de terminarse -disolución con efectos ex nunc-, en el entendido que estas formas de finalización son diferentes y, por ende, no pueden confundirse. Como desde vieja data lo tiene establecido la Corporación: ‘La Corte ha señalado ya con toda precisión los efectos de la resolución y de la terminación de los contratos en la forma que pasa a transcribirse: ‘Por terminación (o cesación) judicial, pierde el contrato su fuerza para lo futuro, mas quedan en pie los efectos hasta entonces (Radicación n.º 11001-31-03-011-2016-00862-01 86) surtidos. Existió desde que fue concertado hasta que tuvo fin, y mientras existió nacieron de él obligaciones y derechos que se respetan. He aquí el sentido de la terminación, aplicable de preferencia a los contratos llamados de tracto sucesivo, ‘ejecutorios’ por oposición a ‘ejecutados’, cuyo cumplimiento se hace en prestaciones periódicas o paulatinas. ‘No así la resolución judicial. Por ésta, el contrato cesa para lo futuro; se extingue retroactivamente desde su nacimiento, y -como anotaba el Magistrado Luis Eduardo Villegas, siguiendo a Rogron, Maourlont, Laurent y Baudry Lacantinerie- ‘se borra’; se desatan todos los derechos y obligaciones que del contrato emanaron; se vuelven las cosas al estado en que se hallaban antes de celebrarse; se tiene

la convención por no celebrada.... La resolución obra doblemente sobre el contrato: para lo futuro, quitándole su fuerza; para lo pasado, deshaciendo sus efectos. La cesación solamente produce el primer resultado. 'No hay duda de que un contrato resuelto queda retroactivamente anulado. Nació válido. Pero el incumplimiento de una parte, alegado y comprobado por la que demuestra su cumplimiento, obliga al Juez a eliminarlo. '(...). Los efectos de la resolución tienen íntima relación con la naturaleza del contrato y miran al pasado y al futuro si está destinado, al perfeccionarse, a producir un hecho jurídico inmediato y definitivamente, como la venta. Pero en los pactos destinados a producir una serie de efectos escalonados, llamados por eso de tracto sucesivo, como el de concesión administrativa de servicios privilegiados que es materia de este pleito, sería imposible restablecer la situación originaria y el efecto retroactivo no se produce por la naturaleza misma de la convención y la imposibilidad de volver las cosas al estado anterior. En el primero de los casos enunciados se trata de una resolución ex tunc, llamada a tener efectos en el pasado; en el segundo se está en presencia de una terminación del contrato, que no obra sino para el porvenir, salvo el caso de indemnización de perjuicios, si hay lugar a ello por la parte de las obligaciones que quedan sin ejecución (CSJ, SC de 29 de septiembre de 1944, proceso ordinario del Municipio de Pamplona contra la Compañía de Radicación n.º 11001-31-03-011-2016-00862-01 87 Alumbrado Público de Pamplona. G.J., t. LVII, págs. 600 a 609; se subraya)''' (SC3951-2022, rad.: 11001-31-03-011-2016-00862-01).

De allí que el sentido de este litigio sea el de otorgarle a la declaración de terminación por incumplimiento la virtud de resarcir los perjuicios causados a quien sí cumplió el contrato, y por la desatención de su contraparte, no pudo disfrutar de los efectos del normal desarrollo del negocio. En el sub iudice, porque así lo pidió el demandante, esa indemnización compensatoria a que refiere el artículo 870 ib. se traduce en el reintegro del anticipo que en los albores del contrato le dio a Sky Bus, descontado por supuesto el valor del único vuelo que logró llevarse a cabo, pues al fin de cuentas, esta obligación se cumplió a cabalidad, sin que sea posible retrotraer sus efectos y ejecución, como recién quedó explicado.

3.- Ahora bien, quien reclama la declaración de incumplimiento, por virtud del principio imperante en materia probatoria (art. 167 CGP), es el llamado a demostrar su ocurrencia; y en esa misma medida, debe acreditar el cabal seguimiento de sus deberes contractuales.

Para lo que interesa a este caso, Tampa Cargo hizo consistir el incumplimiento del que acusa a Sky Bus, en el suceso acaecido el día 21 de enero de 2018, cuando la aeronave de matrícula OB-2059P, por medio de la cual se ejecutaba para la época el convenio, tuvo un percance al momento de despegar del aeropuerto de Rionegro (Antioquia). En su entendimiento del asunto, dicho incidente fue la causa exclusiva de que a la postre la autoridad aeronáutica suspendiera provisionalmente las actividades de la demandada, y por contera, se viera afectada su capacidad de cumplir con las obligaciones pactadas.

*Así lo plasmó en el hecho 6 de su demanda: "El 21 de enero de 2018, en operación del vuelo chárter en el aeropuerto de Rionegro, SKY BUS violó los procedimientos y reglamentos aplicables **generando una situación de riesgo operacional** que fue noticia en los principales medios de comunicación de Colombia", añadiendo en el hecho séptimo que: "**como consecuencia de lo anterior**, la Secretaría de Seguridad Operacional y de la Aviación Civil de la Unidad Administrativa Especial de la Aeronáutica Civil de*

Colombia (en adelante la **“AEROCIVIL”**), con base en la Sección 13.1075 de los Reglamentos Aeronáuticos de Colombia (RAC), suspendió provisionalmente la autorización de operación de SKY BUS para efectuar vuelos desde y hacia Colombia” (subraya fuera de texto).

De allí que, precisamente, hubiera acompañado como prueba las notas televisivas y de prensa que al respecto efectuaron los medios de comunicación La República y RCN, del 24 y 25 de enero de 2018 respectivamente (archs. 01, 02 y 08, págs. 53 a 61).

Y fue con ese mismo norte que el juez a quo resolvió la controversia; en su decisión, el incumplimiento lo relacionó de manera directa con ese evento, y para ello, claro, tuvo como referentes probatorios los mismos a que hizo mención la demandante, junto al comunicado de prensa que en su momento emitió la Aeronáutica Civil, y la información que esta misma autoridad remitió a ese despacho en cumplimiento de la orden correspondiente, integrada al expediente como prueba de oficio.

4.- En contravía de lo concluido por la primera instancia, la apelante asegura que la causa expuesta por la demandante como sustento del incumplimiento contractual no tuvo lugar, ya que la medida preventiva contra Sky Bus se debió a errores en los registros de vuelo, siendo la demandante la encargada de diligenciar los formularios correspondientes. Así mismo, la convocante se abstuvo de otorgar un término para subsanar la irregularidad, conforme se había estipulado contractualmente.

5.- Pues bien, analizados con detalle los documentos provenientes de la Aeronáutica Civil, el Tribunal encuentra una notoria diferencia entre lo que para el demandante fue el motivo de la suspensión, y, por consiguiente, del incumplimiento, y lo que realmente suscitó que la autoridad adoptara esa medida. El Grupo de Divulgación y Prensa, en comunicado del 24 de enero de 2018 (arch. 08 pág. 63), sostuvo que:

“La Aeronáutica Civil de Colombia se permite de informar que tras los hechos ocurridos el pasado 21 de enero en el aeropuerto José María Córdova (sic) de Rionegro con la aeronave de matrícula OB 2059P de la empresa Sky Bus SAC que presentó dificultad en el despegue poniendo en riesgo la operación aérea, suspende de manera preventiva los permisos de esta compañía peruana”.

Pero enseguida, brindó la razón en que se sustentó tal determinación. Sobre el punto, indicó que:

“La decisión obedece a que, después de analizar y evaluar los registros de vuelo, las pruebas de procedimiento, videos y audios aportados en la investigación. se evidenció que el despacho de la aeronave fue realizado directamente por el piloto de Sky Bus SAC y no por la empresa Tampa Cargo, subsidiaria de Sky Bus SAC que era la autorizada para prestar los servicios de despacho en el aeropuerto de Rionegro”.

Fue entonces una irregularidad de orden administrativo, y no operativo, la que ocasionó la tantas veces mencionada suspensión provisional en contra de Sky Bus. Es más, la misma entidad aeronáutica informó al despacho de primera instancia (arch. 18 pág. 3), respecto de la “Carpeta y/o expediente que contiene la investigación

adelantada por los hechos ocurridos el 21 de enero de 2018 en el aeropuerto José María Córdoba, con la aeronave de matrícula OB-2059P”, que:

“En relación con este punto, el 25 de enero de 2021, el Grupo de Investigación y Sanciones a las Infracciones Técnicas, informó que se adelantaban dos investigaciones por infracciones a las normas técnicas a la sociedad Tampa, pero ninguna correspondía a la aeronave con la matrícula solicitada.

*“Así mismo, el 01 de febrero de 2021, el Coordinador del Grupo de Investigación de Accidentes, informó que teniendo en cuenta que el suceso **no había sido catalogado como accidente, incidente grave o incidente, el área no había adelantado investigación alguna**” (subraya fuera de texto).*

La misiva del aludido Coordinador, Coronel (r) Miguel Camacho Martínez, se puede apreciar en la página 33 del archivo 18; allí suministra con más detalle la razón del porqué no se adelantó investigación sobre el antecedente en pista del 21 de enero de 2018.

También milita en el expediente comunicación cruzada entre las partes en la que Sky Bus hace referencia a la causa de la suspensión, así mediante correo electrónico del 21 de marzo del 2018, aportado por la propia demandante, se lee que:

Alex,

Como estas?

Hemos estado revisando el tema de manera detallada y lamentablemente no podemos darles el reembolso.

Luego de una extensa investigación (enviando a nuestro director SMS a Bogota, quien se reunion de forma oficial con la Aerocivil) hemos recibido comunicacion oficial y en record por parte de la directiva de la Aerocivil que indica lo siguiente:

El Sr. Miguel Camacho y el Sr. Carlos Valencia (Director de Seguridad Aerocivil) efectuaron el análisis de la documentación legal presentada para la obtención de la autorización de vuelo, detectando que se había consignado en el formato de solicitud, en los campos:

- Quien dará el servicio de despacho	TAMPA
- Quien dará el servicio de mantenimiento	AVIANCA

Esta informacion fue introducida por la Sra. Irene Pineda frente a la Aerocivil.

El no realizarse las operaciones de acuerdo a lo consignado en la documentación Legal (por la Sra. Irene Pineda) motivo que se diese la suspensión, dado que no se garantizaba la operación y encontraban flagrancia en la información.

Así mismo, el Sr. Miguel Camacho y el Sr. Carlos Valencia indicaron que esto fue comunicado a la señora Irene Pineda, quien presento la documentación y cuyo correo electrónico es Irene.pineda@avianca.com

De la referida comunicación se infiere que la suspensión se le atribuyó por la demandada a una funcionaria de Tampa Cargo, al final de esa misiva, la demandada asegura que no es responsable del reembolso porque el cese de operaciones proviene de un error de Avianca Cargo al ingresar la información frente a la Aerocivil, al igual que cancelar el contrato en un periodo inferior a 30 días de aviso, sin haber cumplido con su deber de descubrir la razón de la decisión de tal autoridad y por último no defender frente a la misma a Sky Bus conforme lo ordenaba el convenio celebrado.

En suma, de las anteriores probanzas, miradas en su conjunto, se colige que el percance que sufrió la aeronave ya identificada, con la cual se ejecutaba el objeto del contrato, al no haber sido materia de indagación posterior, no pudo servir como el motivo para que la Aeronáutica Civil tomara la determinación de suspender la actividad de Sky Bus.

6.- En este orden de cosas, esta Corporación advierte que el material probatorio que integra el expediente no fue adecuadamente analizado por parte del juez a quo, habida cuenta que le atribuyó el incumplimiento a un hecho que no tenía la vocación para ello, pues en el contexto de la controversia, vino a constituir un hecho anecdótico, pero no definitivo ni causal.

Las implicaciones de ese yerro son claras: haberle dado crédito a unas aseveraciones que no tenían verdadero sustento fáctico, y como consecuencia, declarar un incumplimiento que nada tiene que ver con lo realmente acaecido en desarrollo del contrato celebrado entre las partes.

Si el fundamento exclusivo de la demanda radica en que el piloto de la aeronave de matrícula OB-2059P fue descuidado o imprudente al maniobrar el despegue en el día y lugar ya indicados, y que tal conducta provocó la suspensión de las actividades de la demandada, pero las pruebas apuntan de forma inequívoca a que fue otra la causa de ese resultado, es claro que no podía prosperar la solicitud de la demandante.

Y declarar el incumplimiento haciendo a un lado este crucial descubrimiento, bajo el argumento de que, al fin y al cabo, Sky Bus fue suspendida en vigencia del contrato, como lo sostuvo el fallador de primer grado, sería tanto como tergiversar el sentido que el demandante le dio a su reclamación, pasando por alto el hecho que ella misma destacó como esencial y determinante de sus pretensiones.

Además, del expediente no se puede extraer, con total certeza, que el despacho del vuelo a cargo de Sky Bus haya constituido un incumplimiento flagrante del contrato; la suspensión provisional, claramente, es una sanción, pero no se traduce, automáticamente, en desconocimiento de las obligaciones contractuales de la parte a quien se le impuso, puesto que tal ejercicio deductivo requiere la contrastación entre las cláusulas del convenio y lo realmente sucedido, escenario que de ninguna manera fue propuesto en la demanda.

Más aun, apuntar en ese sentido, es decir, basar el incumplimiento solamente en el antecedente de la suspensión, sin reparar en el hecho que para el demandante constituyó la fuente de tal resultado, implicaría desconocer el principio de congruencia que debe guardar toda sentencia con respecto a los hechos aducidos en la demanda (art. 281 CGP). Hay que advertir que el verdadero motivo de la suspensión no tuvo ocurrencia con posterioridad a la radicación del libelo, luego no puede ser tenido en cuenta para modificar el planteamiento inicial de la parte interesada, y con ello, beneficiar al derecho sustancial en disputa.

De igual forma, según el citado precepto, “no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta”.

Al enseñar sobre el sentido de la congruencia, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que es una “[m]áxima explicable por la naturaleza de los asuntos que se discuten en materia civil y comercial, que por regla general son patrimoniales y de libre disposición, por lo que en ellos predomina el principio dispositivo, según el cual las partes tienen la iniciativa de la acción, el impulso del proceso, la fijación de los límites de la decisión, la formulación de los recursos e, incluso, los efectos de la cosa juzgada” (SC4257-2020, rad.: 11002-31-03-041-2010-00514-01).

Así las cosas, no podría este Tribunal, so pena de vulnerar el principio aludido, ratificar el incumplimiento de Sky Bus bajo el entendido de que, aunque el percance operativo no fue la causa de la suspensión provisional, en todo caso hubo suspensión, cualquiera haya sido el motivo. Ello derivaría, no solo en incongruencia, sino también en alteración arbitraria del sentido de la demanda.

7.- Ni siquiera el hecho de que la demandada no hubiera contestado el libelo, ni asistido a la audiencia de que trata el artículo 372 del CGP, es suficiente para tener por acreditado, sin más, el consabido incumplimiento, pues cabe recordar que la confesión ficta, como representación de las presunciones legales, admite prueba en contrario. Y ya se ha visto que en el expediente hay pruebas que no sustentan de forma coherente los hechos afirmados en la demanda; en sentido opuesto, llevan a la conclusión de que el desconocimiento de las obligaciones a cargo de Sky Bus no se explica con los antecedentes allí narrados.

La Corte se ha referido a la confesión ficta y sus consecuencias, de la siguiente manera:

“2.6. La no comparecencia del citado a la audiencia donde habrá de llevarse a cabo el interrogatorio, o a la inicial (o de instrucción y juzgamiento, cuando son concentradas), da lugar, como se señaló precedentemente, a tener por ciertos los hechos susceptibles de este tipo de prueba.

“En rigor, se trata de una presunción de tipo legal o juris tantum, lo que equivale a afirmar

‘(...) que invierte el peso de la prueba haciendo recaer sobre el no compareciente la obligación de rendir la prueba contraria pues de no hacerlo, las consecuencias de la presunción comentada, que es presunción acabada en buena medida definitiva respecto de la verdad de los hechos confesables afirmados por quien pidió interrogar - bien en cuestionario escrito, si lo hubo, o bien en el escrito rector correspondiente (demanda o contestación)-, naturalmente redundarán en contra de aquél’.

“2.7. Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que a las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye¹, siempre y cuando, se insiste, no exista dentro del proceso prueba en contrario y para su incorporación se hayan cumplido las condiciones previstas en el artículo 191 del Código General del Proceso.

¹ Sobre el valor probatorio de la confesión ficta, véase: CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994.

“3. Como con acierto lo ha sostenido la doctrina especializada, y tiene dicho la Corte, la prueba procesal no está formada, de ordinario, por un solo elemento, sino que, por lo común, cada litigante suele utilizar diversos medios de persuasión, de naturaleza heterogénea.

“Esta Corporación ha insistido, con fundamento en la ley, y en reiterada doctrina que a los jueces se les impone la obligación de hacer la evaluación tanto individual como conjunta de los diversos y heterogéneos elementos probatorios obrantes en los autos; no de uno solo;

‘De no ser así -ha dicho la Sala-, a los falladores se les imposibilitaría para formar la premisa menor del silogismo judicial que constituye la sentencia, o sea la determinación de la situación fáctica concreta que debe subsumirse en la hipótesis contemplada por la norma legal’” (STC21575-2017, rad.: 05000-22-13-000-2017-00242-01).

8.- Conlleva todo lo anterior a que no haya más alternativa que revocar el fallo de primera instancia, pues según se ha explicado, el incumplimiento en que la demandante finca sus pretensiones, de acuerdo con las pruebas recaudadas, no ocurrió de la manera en que lo afirma en su demanda, y admitir que aquella desviación contractual se dio por otros motivos, suscitaría una incongruencia contraria a los postulados que rigen el procedimiento.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

1.- REVOCAR la sentencia objeto de censura de fecha 22 de octubre de dos mil veintidós (2022), pronunciada en el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de la ciudad. En su lugar, se **NIEGAN** las pretensiones de la demanda.

2.- CONDENAR en costas de ambas instancias a Tampa Cargo S.A.S. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho la suma correspondiente a dos salarios mínimos mensuales legales vigentes atendiendo las revisiones del Acuerdo PSAA16-10554 de 2016. 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: **e5a5b6814e21317a2865dd086d13fbca320d9991fb60017221f3cb434d7f1e9e**

Documento generado en 17/05/2023 11:31:48 AM

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

Ref: VERBAL REIVINDICATORIO de LAUDICE BERNAL DE RUBIO y otros contra HARRY HALSTON OSORIO BERNAL. Exp. 032-2016-00161-03.

MAGISTRADO PONENTE: JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS.

Discutido y aprobado en Salas de Decisión del 19 de abril y 17 de mayo de 2023.

Decide la Corporación el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia dictada en audiencia pública celebrada el ocho (8) de febrero de dos mil veintitrés (2023), en el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1.- Laudice Bernal de Rubio en nombre propio y en representación de María Inés Bernal Román, así como María Elvira Bernal Román, Priscila Bernal Román, María Estella Bernal Román y Luz Zenaida Bernal Román, mediante apoderado judicial, entablaron acción reivindicatoria contra Harry Halston Osorio Bernal para que se declare que les pertenece el dominio pleno y absoluto del bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria 50N-738531, ubicado en la calle 127 B Bis 53-28, unidad residencial Niza IX-2 apartamento 304 Bloque 2-16 de la ciudad de Bogotá y, en consecuencia, se condene a la demandada a restituir a los demandantes el bien raíz, así como a pagar los frutos naturales y civiles que hubiese producido el predio durante el tiempo en que se ha ejercido la posesión de mala fe sobre éste (pág. 90 -91, archivo 00CuadernoUnificado, 01CuadernoPrincipal, exp. digitalizado).

2.- La situación fáctica que dio origen a la demanda se resume así:

2.1.- María Engracia Román de Bernal constituyó el 8 de julio del 2011 fideicomiso civil a favor de sus hijas -aquí actoras- y su nieto -demandado- para que una vez ocurrido su deceso se les transfiera a los citados

beneficiarios el dominio del inmueble objeto de restitución. La fideicomitente falleció el 29 de diciembre del 2014, por lo que las aquí actoras elevaron escritura pública de restitución de fideicomiso quedando establecida la propiedad del bien raíz, en las porciones allí descritas.

2.2.- Actualmente el demandado no tiene la calidad de dueño, pues rehúsa acudir a aceptar la restitución del fideicomiso mediante escritura pública.

2.3.- Las demandantes se encuentran privadas de la posesión material del predio, puesto que la misma la detenta el señor Osorio Bernal desde el 29 de diciembre del 2014, fecha en la que falleció María Engracia Román.

3.- Harry Halston Osorio Bernal fue notificado personalmente (pág. 115, ibidem), y oportunamente propuso los medios exceptivos denominados: “mala fe del actor, buena fe de la pasiva”; “indebida escogencia de la acción”; “prescripción extintiva y adquisitiva”; “justo título anterior”; “nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 593 del 10 de marzo del 2015 de la Notaría 39 de Bogotá”; “inepta demanda”; “restituciones recíprocas”; “primero en el tiempo, primero en el derecho”; y la genérica (pág. 487 a 491, ibidem).

3.1- De igual forma, elevó demanda de pertenencia en reconvencción, no obstante, por auto del 21 de septiembre del 2020 se aplicó sobre la misma el desistimiento tácito previsto en el artículo 317 del Código General del Proceso, decisión que fue confirmada por este Tribunal en proveído del 16 de enero del 2023.

4.- Luego de agotadas las etapas pertinentes se dictó sentencia que accedió a las pretensiones y condenó en frutos, costas y en agencias en derecho al demandado, decisión que este no compartió formulando el recurso de apelación.

II. EL FALLO APELADO

5.- Tras encontrar reunidos los presupuestos procesales para emitir decisión de mérito, precisó que la acción invocada es la reivindicatoria consagrada en el artículo 946 del Código Civil, con miras a obtener la restitución del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 50N 738531 ubicado en la ciudad de Bogotá.

Enseguida, reseñó los requisitos axiológicos para el éxito de la citada acción, mismos que encontró reunidos en el caso analizado, porque las demandantes son titulares del derecho real de dominio del 89.49% del predio, el que adquirieron por ser beneficiarias de un fideicomiso civil, al paso que el demandado es poseedor del bien solicitado en restitución, cuya identidad no admitió discusión. Por otra parte, afirmó, se debe tener en cuenta que el demandado no asistió a rendir interrogatorio de parte y no justificó su

inasistencia, lo que conllevó a que se aplicará en su contra las presunciones de veracidad de los hechos del libelo.

Con posterioridad, descartó las excepciones de mérito propuestas por el convocado, para tal fin, argumentó que ningún elemento de juicio se arrimó para acreditar la mala fe del extremo actor al incoar la demanda y, por el contrario, las demandantes sustentaron sus peticiones en los actos jurídicos que les confirieron la titularidad del dominio. De otra parte, sostuvo que se eligió la vía indicada por el legislador para recuperar la posesión de los bienes y que no se configuró la prescripción extintiva de la acción de dominio, ni la adquisitiva del bien por la senda ordinaria incoada por el demandado Osorio Bernal, habida cuenta que esta acción no es susceptible de extinguirse por el mero paso del tiempo, como lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Así mismo, advirtió la improcedencia de las excepciones que se denominaron “justo título anterior”, y “primero en el tiempo, primero en el derecho” basadas en la existencia de un contrato de compraventa suscrito con la causante María Engracia Román antes del fideicomiso civil y en virtud del cual se obtuvo la posesión del bien, porque tal enajenación al no haberse inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria respectivo no es oponible a los demandantes. En adición, debe atenderse que la posesión del bien permaneció en cabeza de la presunta vendedora y el 8 de julio del año 2011 esta constituyó el fideicomiso civil en el que también se incluyó como beneficiario al demandado.

De ahí que, si bien el convocado acreditara que canceló algunos servicios públicos con posterioridad al fallecimiento de la anterior propietaria, esa versión no permite concluir su señorío previo al dominio, pues ese hecho, además, se mostró contrario a lo declarado por las demandantes quienes aseguraron que los impuestos generados por el predio, así como las mejoras necesarias instauradas fueron asumidos por Priscila Bernal y fue solo con posterioridad al deceso de la señora María Engracia que el demandado cambió las guardas del apartamento.

Agregó que el señor Osorio Bernal no demostró que la decisión adoptada por la señora María Engracia Román de Bernal al constituir el fideicomiso fuera producto de la fuerza o dolo, o careciera de voluntad libre y espontánea, lo que descarta la defensa de nulidad absoluta elevada. Así mismo, se abstuvo de reconocer las restituciones recíprocas solicitadas, porque estas debieron pedirse en la demanda de reconvención.

Por último, ante la prosperidad de la restitución, se pronunció frente a los frutos civiles los cuales se liquidaron a partir del mes de enero del 2016 y hasta el año 2022, en la cantidad de \$500.000 mensuales para la primera anualidad y con el correspondiente aumento para cada periodo conforme lo permite la ley, arrojando un total de \$ 45.718.172, suma a la que se le descontó un 15.47% que no es propiedad de las actoras, resultando la

suma de \$38.645.739. Añadió que no había lugar al reconocimiento de mejoras, puesto que no fue probada la construcción de las mismas en el inmueble.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

6.- La censura se edifica, en compendio, sobre los siguientes argumentos:

6.1.- Contrario a lo asegurado por el juzgado de primera instancia, sí se justificó la inasistencia a la declaración de parte, pero las excusas no fueron atendidas por el director del despacho.

6.2.- El demandado ha ostentado la posesión del inmueble desde antes que falleciera María Engracia Román, así mismo, se ha encargado de cancelar todo lo relacionado con el mantenimiento del predio y asumió los gastos médicos y personales de su abuela. Por esa razón, se celebraron varios negocios jurídicos, entre ellos, la compraventa del inmueble objeto de la litis, ya que era el deseo de su ascendiente que el señor Osorio Bernal mantuviera la posesión del bien. La enajenación no se registró en ese momento, porque los contratantes no contaban con el dinero para los trámites. De todos modos, el demandado ha sido poseedor del apartamento desde el año 2001, es decir, antes de los negocios jurídicos de venta y del fideicomiso.

6.3.- Se presentó una indebida valoración de los interrogatorios de parte y además el demandado no tuvo la oportunidad de contradecir los mismos, con documentos que pretendía aportar en su declaración de parte.

6.4.- La compraventa del año 2011 no ha sido anulada y por ende surte efectos jurídicos, que no pueden desconocerse. De ese modo, el referido negocio anterior a los títulos de las demandantes trunca el éxito de la acción dominical.

6.5.- En consonancia con lo apuntado, advirtió que la acción reivindicatoria excluye de suyo todos los casos en que la posesión del demandado sea de naturaleza contractual, por lo que mientras el contrato de venta subsista constituye ley para las partes (artículo 1602 del Código Civil) y como tal tiene que ser respetado por las sucesoras procesales de María Engracia Román.

7.- Así mismo, por auto adiado 14 de marzo de la anualidad que avanza se ordenó correr el traslado previsto en el inciso 3° del artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, a la parte apelante con el propósito que sustente su alzada.

7.1.- A través de escrito enviado por correo electrónico a la Secretaría de este Tribunal el inconforme -parte demandada- presentó escrito dando cumplimiento a lo ordenado en el auto que antecede, en tanto que su contraparte no emitió pronunciamiento.

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 desatar la apelación formulada por el extremo actor, debe decirse que este recurso se endereza a que el Superior revise la actuación 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.*

De la acción reivindicatoria

3.- *Debe precisarse que atendiendo las pretensiones y los hechos de la demanda inicial la acción incoada por el extremo actor no es otra que la reivindicatoria señalada en el artículo 946 del Código Civil que es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla, por tanto, es menester para su procedencia según reiterada jurisprudencia, la demostración de los elementos que la configuran, que al tenor de las normas que la regulan, se contraen a los siguientes: **a) Derecho de dominio en el demandante; b) posesión material en el demandado; c) cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; y, d) identidad entre la cosa que pretende el actor y la poseída por el opositor.***

Y, con ella se busca, en desarrollo del más característico atributo de los derechos reales como es el de persecución, obtener que el poseedor de un bien se lo restituya a su propietario que ha sido despojado de su señorío por parte de aquél, a quien el legislador, en principio, reputa y protege como dueño hasta el momento que otra persona demuestre tener sobre él mejor “derecho”, aspecto frente al cual la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha afirmado lo siguiente:

“El carácter de dueño, exigido por el artículo 946 del Código Civil, y la noción de propiedad prescrita por el artículo 950 de la misma obra, son figuras especialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor, y se prueba solo frente a éste. La declaración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la entrega, no da ni reconoce al reivindicador un dominio absoluto o erga omnes. Apenas respectivo o relativo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en

juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto”.¹

4.- Puntualizado lo anterior, la Sala abordará los reparos concretos, mismos que se contraen, esencialmente, a cuestionar la valoración probatoria del juez de primer grado para encontrar acreditados los requisitos axiológicos de la acción, así como a poner en discusión el título de dominio de las demandantes y el origen de la posesión, por la existencia de una compraventa celebrada en el mes de abril del año 2011 entre María Engracia Román y el convocado.

Derecho de dominio en cabeza del extremo actor

5.- De conformidad con lo previsto en los artículos 950 y 952 de la ley sustantiva civil es patente que la legitimación en la causa por activa en la acción reivindicatoria, “(...) **corresponde al que tiene la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de la cosa**”.

En el caso sub-examine, la parte demandante acreditó con suficiencia el derecho de dominio en su cabeza, habida cuenta que aportó copia de las escrituras públicas 2059 del 8 de julio del 2011 y 593 del 10 de marzo del 2015 mediante las cuales, respectivamente: i) María Engracia Román protocolizó el fideicomiso civil sobre el bien de su propiedad identificado con matrícula No. 50N-738531 constituyéndose como beneficiarios a Laudice Bernal de Rubio, María Inés Bernal Román, María Elvira Bernal Román, Priscila Bernal Román, María Estella Bernal Román, Luz Zenaida Bernal Román y Harry Halston Osorio Bernal y ii) se efectuó la transferencia de dominio a las demandantes del bien fideicomitado, al cumplirse la condición del fallecimiento de la fideicomitente (págs. 15 a 45, archivo 00CuadernoUnificado, 01CuadernoPrincipal, exp. digitalizado).

Así mismo, se aportó el respectivo folio de matrícula inmobiliaria que da cuenta de la inscripción de los atrás reseñados actos y del que además, se puede extraer que la fideicomitente, María Engracia Román había adquirido el dominio del bien desde el 5 de diciembre de 1983 por venta celebrada con el Banco Central Hipotecario (pág. 80 a 83, ib).

5.1.- De los anteriores documentos, no es posible colegir otra cosa que el dominio de las demandantes está plenamente demostrado, su lectura permite aseverar que la valoración de los elementos de juicio fue adecuada y es claro que en esa labor el juzgador a-quo estuvo lejos de tergiversar lo que revelan los instrumentos analizados.

5.2.- Ahora bien, la censura alega que la compraventa de la nuda propiedad del mes de abril del año 2011 que celebrara el demandado con María Engracia Román no ha sido anulada y por ende surte efectos jurídicos, que no pueden desconocerse. En su criterio, el referido negocio al ser anterior a los títulos de las demandantes trunca el éxito de la acción dominical.

¹ Casación G.J. Tomo 43, pág. 339.

Sobre tal temática, recuerda la Sala y ello no admitió discusión, que el referido negocio de venta no fue registrado conforme lo ordena el artículo 756 del Código Civil, a cuyo tenor “se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos”.

Como en dicho contrato se estipuló además la constitución de usufructo en favor de la vendedora María Engracia Román, tal derecho real también debió inscribirse, pues el prenotado canon dispone que: “de la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo o de uso, constituidos en bienes raíces, y de los de habitación o hipoteca”.

Empero, al no haberse procedido en la forma ordenada, la referida vicisitud le resta vigor al reproche del demandado, pues ante el registro del fideicomiso y la correspondiente restitución o traslado de la propiedad a las beneficiarias este título prevalece, por haber operado el modo de la tradición del domino, aspecto sobre el cual, la jurisprudencia patria ha fijado que “en tal situación ha de triunfar quien tiene a su favor la inscripción en que consta el traspaso del dominio que el dueño anterior hizo de su propiedad”².

Posesión en cabeza del demandado

6.- Los elementos de juicio, aunque escasos, apuntan indefectiblemente a que el convocado ostenta el señorío del inmueble, en tanto que el contradictor reconoció, en la contestación del libelo, que “cuenta con un justo título para usucapir”, que “ostenta la posesión quieta pacífica y tranquila del inmueble por el término legal para la prescripción adquisitiva ordinaria”, y en consonancia con ello, excepcionó la “prescripción extintiva y adquisitiva”, tras aseverar que ha ejercido señorío desde 1991 (pág. 489, ib).

También presentó demanda de reconvenición (trámite culminado por desistimiento tácito) con la que pretendió se declarara a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, conducta que es suficiente para tener por establecido el requisito de la posesión, recuérdese que cuando el demandado: “confiesa ser poseedor del inmueble en litigio, esa confesión tiene virtualidad suficiente para demostrar a la vez la posesión del demandado y la identidad del inmueble que es materia del pleito”, salvo claro está, siempre y cuando no se introduzca discusión alguna sobre el elemento de la identidad, o el juzgador motu proprio halle elementos de convicción que lo lleven a cuestionar dicho presupuesto. Conclusión que igualmente se predica en el caso de que el demandante afirme “tener a su favor la prescripción adquisitiva de dominio, alegada...como acción en una demanda de pertenencia y reiterada como excepción en la contestación a la contrademanda de reivindicación, que en el mismo proceso se formule”, porque esto “constituye una doble manifestación que implica confesión judicial del hecho de la posesión” (sentencia de 22 de julio de 1993, CCXXV-176).

² Sentencia 263 de 20 de octubre de 2005, reiterando LXIV-717.

De igual forma, los interrogatorios de las demandantes fueron contestes al aseverar que el demandado ingresó al bien como señor y dueño al poco tiempo del fallecimiento de la señora María Engracia, cambió las guardas de la puerta de ingreso al apartamento y procedió a arrendarlo quedándose para sí con los cánones, sin reconocer alguna suma a las herederas de la anterior propietaria.

Como consecuencia de lo expuesto, para la Sala es claro que el presupuesto al que se viene haciendo alusión se verifica en el caso sometido a examen, debiéndose añadir que aunque en la alzada se pretendió imponer como obstáculo para la prosperidad de la acción dominical la existencia del contrato de venta de la nuda propiedad para alegar que la posesión es de naturaleza contractual, esa defensa no hizo parte de la contestación inicial, constituyéndose un punto novedoso que, a todas luces, no puede ser atendido a esta altura del litigio, porque hacerlo, vulneraría el debido proceso de las demandantes.

De todos modos, si bien es cierto entre María Engracia Román y Harry Halston Osorio Bernal se celebró un negocio jurídico con el cual se pretendió transferir la nuda propiedad del inmueble objeto de reivindicación y otorgar el derecho real de usufructo a favor de la enajenante, como se anotó, aquella venta al no haberse registrado dejó en entredicho la consolidación de las prerrogativas del nudo propietario, así como de la usufructuaria, máxime cuando aquella continuó disponiendo del bien como señora y dueña, al celebrar meses después el fideicomiso civil a favor de las aquí demandantes.

En tal sentido, no es claro que la posesión iniciara con ocasión del contrato, ni se allegaron al proceso elementos de juicio para acreditar que fue la voluntad de la causante entregarle el señorío al demandado, por el contrario, lo que reveló la foliatura es que el negocio de compraventa del abril del 2011 fue ocultado por sus celebrantes a todo el entorno familiar.

Por tales razones, se advierte que no era viable objetar la concurrencia del elemento axiológico de la posesión en cabeza del demandado, pues este se encuentra plenamente acreditado.

En adición, los demás requisitos de la acción de dominio, como es la identidad entre el bien pretendido y el ostentado por el demandado no ofrece duda alguna, al paso que sobre ese tópico no se elevó queja alguna.

7.- Superado lo anterior, corresponde analizar si como se aseguró tanto en la contestación de la demanda como en la apelación, se presentó la prescripción extintiva de la acción dominical y si el poseedor ostenta un mejor derecho que las propietarias por ser su señorío anterior al título de las demandantes.

En esa tarea, conviene señalar que en litigios como el que ahora ocupa la atención del Tribunal se ha admitido que la excepción de

prescripción extintiva sea propuesta, sin embargo, para su triunfo esta debe ir aparejada con la consecuente consolidación de la prescripción adquisitiva de dominio del demandado poseedor.

*Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha señalado que: “como quiera que el elemento toral de la reivindicación consistente en el dominio alegado por el reivindicante puede verse afectado por la prescripción adquisitiva de propiedad, cuando el transcurso del tiempo y la presencia de los elementos constitutivos la consolidan, **si se presenta alegación de este fenómeno de la usucapión en debida forma**, ello puede impedir la prosperidad de la pretensión reivindicatoria del actor. En sentencia del pasado 6 de abril de 1999, esta misma Corporación manifestó, reiterando la misma doctrina (sentencias de casación del 10 de octubre de 1994, 20 de noviembre de 1995 y 7 de octubre de 1997, entre otras), que: “Ahora, esa condición de poseedor que tiene el demandado en el proceso que se gesta con ocasión del ejercicio de la acción reivindicatoria, es la que de alguna manera lo habilita, bien para contrademandar (Art. 400 del C. de P. Civil), pretendiendo la declaración de pertenencia por “haber adquirido el bien por prescripción” (Art. 407 num. 1 *ibídem*) u oponer con apoyo en el hecho posesorio aunado al tiempo legal la excepción de “prescripción extintiva del derecho de dominio invocado por el actor como fundamento de su pretensión” (sent. de 7 de octubre de 1997), caso en el cual el fenómeno posesorio se enarbola como un enervativo de la reivindicación, así la excepción haya sido denominada como de prescripción adquisitiva, pues este modo con toda la atribución patrimonial que él importa, supone, como ya se anotó, su proposición como pretensión en la demanda de reconvención”*

“(…) Así las cosas, la usucapión es uno de los modos de adquirir el derecho de dominio, cuando el bien respecto del cual ella se ejerce, ha sido poseído por el tiempo exigido por la ley para el efecto, que en materia de inmuebles es de 10 años si se trata de prescripción adquisitiva ordinaria, a la cual ha de unirse justo título y buena fe del usucapiante, o de 20 años únicamente cuando ocurre la prescripción adquisitiva extraordinaria (Arts. 2527, 2528, 2529, 2531 y 2532 del Código Civil, este último con la modificación introducida a su texto original por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936).

“Por consiguiente, dada la naturaleza y la íntima relación que ata en forma ineludible a la reivindicación con la usucapión, es claro que mientras el poseedor, por el hecho de serlo, avanza día tras día, con el paso del tiempo, hacia la adquisición del derecho de dominio por usucapión, en forma simultánea, cada día que transcurre, el propietario sufre un correlativo menoscabo en su derecho. Ello comporta entonces que, por ministerio de la ley y por su propia naturaleza, la sentencia que se ocupa de la usucapión sea puramente declarativa y no constitutiva, pues como lo ha sostenido esta Corporación, de vieja data, “no es la sentencia, sino la posesión exenta de violencia, clandestinidad o interrupción durante treinta años (hoy reducidos a 20, conforme al artículo 1o. de la Ley 50 de 1936), la fuente de la prescripción” (Sent. Cas. Civ., 22 de febrero de 1929, G.J. t. XXXVI, pág. 274).

“De allí que el demandado en reivindicación, quien estima haber ganado por prescripción el bien reivindicado, pueda alegar en su defensa la excepción extintiva de dominio del reivindicante, o bien formular la acción de pertenencia o declarativa de dominio mediante el trámite correspondiente.

“En ese orden de ideas, se tiene que, si conforme a lo dispuesto por el artículo 2512 del Código Civil, la prescripción extintiva de las acciones o derechos ajenos tiene ocurrencia cuando aquellas o éstos no se han ejercido "durante cierto lapso de tiempo", y si, conforme a lo dispuesto por el artículo 2532 del Código Civil, con la modificación a él introducida por el artículo 1o. de la Ley 50 de 1936, la prescripción adquisitiva extraordinaria opera por haberse poseído un bien por el término de 20 años, en forma simultánea corren tanto el término para que se produzcan la usucapión, de un lado y, del otro, la extinción del derecho de dominio sobre el mismo bien, en el entendido de que en forma consecucional, al propio tiempo, se extingue también la acción reivindicatoria de que era titular el antiguo propietario de aquel”³.

8.- *En este asunto, contrario a lo que asegura la censura, no podía imponerse la posesión por sobre la acción de dominio, pues, aunque ciertamente el señor Osorio Bernal cuenta con un justo título, esto es la compraventa de la nuda propiedad protocolizada en escritura pública 1006 del 8 de abril del 2011 de la Notaría 69 de Bogotá, para que se configure la prescripción adquisitiva ordinaria solicitada, además del instrumento de transferencia del dominio, es imperativo de acreditar una «posesión regular no interrumpida, durante el tiempo que las leyes requieren» (art. 2528 C.C.), es decir posesión precedida de justo título y de buena fe (art. 764 C.C.) y ejercicio de ésta por cinco (5) años para los bienes raíces, o de tres (3) para los bienes muebles (art. 2529 C.C.)*

No obstante lo anterior, en el caso bajo análisis, ni por asomo logró acreditarse una tenencia con ánimo de señor y dueño por un lapso mínimo de 5 años, aunque el demandado asegure que es poseedor desde el año 1991 o desde el 2001 -afirmaciones contradictorias del libelo y la alzada- esto es, antes de constituirse el justo título, lo cierto es que las probanzas en el litigio, en su mayoría documentales salvo los interrogatorios de parte de las demandantes, a lo sumo revelan el pago de algunos servicios públicos y de impuestos, así como la calidad de residente del señor Osorio Bernal en la propiedad horizontal donde se encuentra el bien para las anualidades del 2002, 2008, 2009, 2014, pero de esos elementos de juicio no es viable asumir el señorío, porque los actos acreditados también pueden realizarse por los simples tenedores (Págs. 139 a 483, ib).

Aunado a ello, aun cuando se aceptara que el apelante desplegó actos de señor y dueño sobre el inmueble desde el año 2001, en realidad, la prescripción adquisitiva o bien la extintiva de la acción dominical no podía salir al éxito, toda vez que en el mes de abril de 2011, cuando celebró la compraventa de la nuda propiedad, reconoció, y de manera expresa, dominio ajeno en María Engracia Román de Bernal (vendedora),

³ CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia del once de noviembre de 1999. Expediente No. 5281.

vicisitud que interrumpió la posesión que asegura haber ejercido con anterioridad a la fecha de celebración de ese negocio (artículos 2414 y 2522 del Código Civil).

De todos modos y en consonancia con lo que se dijo en precedencia, tampoco existe claridad sobre la posesión con posterioridad al negocio jurídico del que se deriva el justo título, porque María Engracia Román continuó en el predio hasta la fecha en que acaeció su fallecimiento -29 de diciembre del 2014- y en esa calidad de propietaria, en julio del 2011, constituyó el fideicomiso civil que otorgó el dominio a las demandantes, vicisitud que permite colegir, sin prueba alguna que lo desvirtúe, que aquella se reconocía como dueña y no como usufructuaria del bien.

En el escenario así descrito, únicamente podría tenerse por cierto que la posesión inició con posterioridad al fallecimiento de María Engracia Román, sobre tal hecho, los interrogatorios de las demandantes fueron unánimes al asegurar que aproximadamente a mediados del 2015, Harry Halston Osorio cambió las guardas del apartamento y entregó el bien en arriendo. Siendo ello así, para la fecha en la que se presentó la demanda -11 de julio del 2016- o incluso la data en que se presentó la excepción de prescripción extintiva -10 de noviembre del 2016- únicamente habría transcurrido un tiempo menor a dos años, insuficiente para consolidar la figura invocada.

Memórese que en este tipo de asuntos ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que la prueba de la posesión debe ser categórica “(...) y no dejar la más mínima duda, pues si ella se asoma no puede triunfar la respectiva pretensión. De allí la importancia capital que ella reviste en este tipo de causas judiciales, más aún cuando militan razones o circunstancias que tornen equívoca o ambigua la posesión, la que debe ser inmaculada, diáfana y exclusiva, rectamente entendida, de lo que se desprende que no debe arrojar la más mínima hesitación. En caso contrario, no podrá erigirse en percutor de derechos. Esta Corte, sobre el particular bien ha señalado que ‘del detenido análisis del art. 2531 del C.C. se llega a la categórica conclusión de que para adquirir por prescripción extraordinaria es (...) suficiente la posesión exclusiva y no interrumpida por el lapso exigido sin efectivo reconocimiento de derecho ajeno y sin violencia o clandestinidad’ (LXVII, 466), posesión que debe ser demostrada sin hesitación de ninguna especie, y por ello desde este punto de vista la exclusividad que a toda posesión caracteriza sube de punto (...); así, debe comportar, sin ningún género de duda, signos evidentes de tal trascendencia que no quede resquicio alguno por donde pueda colarse la ambigüedad o la equivocidad” (cas. civ. 2 de mayo de 1990 sin publicar, reiterada en cas. civ. 29 de octubre de 2001, Exp. 5800)».

9.-Por último, si bien en el fallo de primera instancia se hizo alusión a las sanciones procesales por la inasistencia al interrogatorio de parte, lo cierto es que, aunque se pasara por alto las presunciones de veracidad aplicadas, ni siquiera en ese evento podría desestimarse la acción dominical, ya que los medios de convicción que atrás se analizaron fueron contundentes para concluir la prosperidad del libelo.

Debe atenderse, en ese sentido, que no solo con el interrogatorio de parte del demandado era viable desvirtuar la demanda reivindicatoria, para demostrar el sustento de sus excepciones, esa parte pudo hacer comparecer a los testigos que citó en la contestación y, así mismo, para controvertir las declaraciones de parte, era viable formular un interrogatorio exhaustivo a las demandantes. Empero, ninguna de esas actuaciones se realizó, habida cuenta que se prescindió de los testimonios por la inasistencia de los declarantes y en los interrogatorios, la apoderada del señor Osorio Bernal se abstuvo de elevar cuestionamientos en algunos casos y, en otros, se limitó a preguntas intrascendentes.

10.- Así las cosas, es claro que la sentencia de primera instancia deberá confirmarse y de conformidad con el inciso segundo del artículo 283 del Código General del Proceso, se actualizará la condena hasta la fecha de esta sentencia, aspecto en el que debe resaltarse que la parte perjudicada con la imposición de los frutos no reprochó la forma en la que estos fueron tasados, por lo que la cuantificación seguirá en los mismos términos. En tal sentido, a los \$38.645.739.85 deberá añadirse lo cánones de arrendamiento incrementados con base en la variación del IPC del año anterior, como lo prevé el art. 20 de la Ley 820 de 2003, para los meses de enero a mayo del 2023, con el descuento del 15.47%.*

<i>Periodo</i>		<i>IPC AÑO ANTERIOR</i>	<i>Valor canon mensual</i>	<i>No. de meses o días</i>	<i>Valor total – 15.47%</i>
2022		N/A	\$632.608	-	-
01/01/2023 a 17/05/2023	a	13,12%	\$715.606	4 meses y 17 días	\$3.267.934,07
Total frutos civiles actualizados					\$41.913.673,9

11.- Por último, conforme lo dispone el numeral 1° del artículo 365 del Código General del Proceso se condenará en costas a la parte apelante.

V. DECISION

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.- MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia del ocho (8) de febrero de dos mil veintitrés (2023), proferida en el Juzgado 33 Civil del Circuito de Bogotá. En el sentido de que el valor total de la condena en frutos una vez actualizada, asciende a la suma total de **\$41.913.673,9** conforme lo expuesto en precedencia. En lo demás, se confirma la sentencia objeto de censura.

2.- CONDENAR en costas de esta instancia a la parte demandada. Tásense.

2.1.- De conformidad con lo previsto en el numeral 3° del artículo 366 del Código General del Proceso, en concordancia con el artículo 5° del AcuerdoPSAA16-10554 de 2016, en la liquidación de costas causadas en segunda instancia, inclúyase como Agencias en Derecho el monto correspondiente a dos salarios mínimos legales mensuales. 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)

MARÍA 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: **d087e13334064783f8af10414727c7c41566fd3100f8bca9b1b3a15f699df180**

Documento generado en 17/05/2023 11:32:09 AM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

RAD. 110013103035201800139 02

Bogotá D.C. diecisiete (17) de mayo del año dos mil veintitrés (2023).

Magistrada Ponente. STELLA MARÍA AYAZO PERNETH

Proceso	Ejecutivo Hipotecario
Demandante	Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A.
Demandado	Ángel Mauricio Chaparro Díaz
Radicado	110013103035201800139 02
Instancia	Segunda
Asunto	Sentencia

Discutido y aprobado en Salas del 3 y 17 de mayo de 2023, Acta 005.

I.- ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el extremo demandado, contra la sentencia proferida el 10 de mayo de 2021, repartida en esta instancia el 20 de mayo de 2022¹, por el

¹ Fecha de Reparto Segunda Instancia: 20 de mayo de 2022.

juzgado Treinta y Cinco Civil Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia.

II.- ANTECEDENTES

1) *PETITUM*:

El Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A. reclamó del demandado Ángel Mauricio Chaparro Díaz, el pago de las siguientes sumas de dinero:

- Pagaré N° 204119036444:
 - Por concepto de capital vencido:

N° Cuotas	Fecha de exigibilidad y vencimiento	Valor capital en pesos
1	16-11-2017	\$614.837,43
2	16-12-2017	\$614.837,43
3	16-01-2018	\$614.837,43
4	16-02-2018	\$614.837,43
5	16-03-2018	\$614.837,43

- \$117.494.382,86 a título de capital acelerado.
 - \$5.612.323,62 por intereses de plazo.
- Pagaré N° 4905001502-4546000013478832:

- \$23.045.995,39 por concepto de capital.
 - \$1.342.408,78 a título de intereses de plazo.
- Por los intereses moratorios y las costas procesales.²

2) CAUSA:

Las pretensiones se soportaron en los siguientes fundamentos de hecho:

1. El señor Ángel Mauricio Chaparro Díaz, suscribió en favor del Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A., el pagaré N° 204119036444, por el monto de \$150.000.000, pagaderos en 180 cuotas mensuales sucesivas, a partir del 16 de julio de 2012.
2. El ejecutado ha incumplido con los pagos a su cargo desde el 16 de julio de 2017, de la siguiente manera:

N° Cuotas	Fecha de exigibilidad y vencimiento	Valor capital en pesos
1	16-11-2017	\$614.837,43
2	16-12-2017	\$614.837,43
3	16-01-2018	\$614.837,43
4	16-02-2018	\$614.837,43
5	16-03-2018	\$614.837,43

² Fls. 70 a 75 Archivo: 001EscritoDemanda.pdf

3. En el título valor en mención se pactó que la mora en cualquiera de las cuotas de capital o de intereses daría lugar a dar por extinguido el plazo y a exigir el pago en su totalidad.
4. El día 2 de marzo de 2017 suscribieron el pagaré N° 4905001502-4546000013478832, junto con la carta de instrucciones correspondientes, por valor de \$24.522.171,80.
5. El demandado se encuentra en mora de cancelar el monto total de este título valor.

3) ACTUACIÓN PROCESAL:

Mediante proveído del 26 de abril de 2018³ el Juzgado 35 Civil del Circuito de esta ciudad libró mandamiento de pago a favor del banco acreedor y en contra del deudor a quien se le ordenó pagar el capital y los intereses exigidos en los términos de ley.

Una vez notificado el ejecutado, en su defensa imploró las siguientes excepciones:

- *“CARENCIA DE TÍTULO EJECUTIVO,”* tras alegar que el capital vencido no tiene soporte contable alguno y que *“el demandante no puede demandar unas cuotas, como de “capital vencido” las*

³ Fls. 3 y 4 Archivo: 003ContinuaciónDemanda.pdf

cuales solamente se encuentran en la mente y en la intención del peticionario.”

- *“INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES PRETENDIDAS,”* en tanto las obligaciones perseguidas únicamente tienen como prueba *“la existencia física de dos pagarés, los cuales, por sí solos, jamás ameritan el cuándo nacieron las obligaciones menos el quantum de las mismas.”*
- *“INCUMPLIMIENTO DE LA CARTA DE INSTRUCCIONES,”* porque *“en el expediente no existe prueba de la existencia del “extracto del crédito” ni registro de los abonos efectuados a la obligación.”*¹⁴

Una vez evacuadas las pruebas y los alegatos de conclusión el juez le puso fin a la instancia.

III.- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 10 de mayo de 2021, el juez de conocimiento declaró infundadas las excepciones de mérito propuestas por el ejecutado, ordenó seguir adelante la ejecución y lo condenó en costas.

Para llegar a la anterior determinación, puso de presente que el convocado no logró acreditar que los títulos valores aportados como

⁴ Fls. 57 a 62 Archivo: 003ContinuaciónDemanda.pdf

báculo de la ejecución estuvieran viciados por inexigibilidad, caducidad o que hubiere pagado las obligaciones a su cargo.

Agregó que los extremos procesales no cumplieron lo acordado en la conciliación suscrita en el curso del proceso ejecutivo, en el que, por demás, el demandado reconoció la deuda y se comprometió a ciertas obligaciones, por lo que, si se hubiera allanado a ello, el proceso habría terminado.

Por último, precisó que no le asiste razón al señor Chaparro Díaz al considerar que la denominación “cartera castigada” conlleva la extinción de la deuda.

IV.- LA APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada, el extremo demandado la recurrió, por las siguientes razones:

- Según lo dispuesto en el artículo 691 del Código de Comercio, respecto de la obligación contenida en el pagaré No. 4905001502-4546000013478832 operó la caducidad, pues su fecha de creación es el 26 de septiembre de 1997 y el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A. pretende hacerlo exigible después de 20 años, por lo que el juez de conocimiento debió rechazar la demanda en los términos del artículo 90 del Código General del Proceso.

- Los pagarés allegados al proceso son inexigibles y el juzgador de instancia erró al librar el mandamiento de pago, pues *“su guarismo fue el que el demandante se inventó”* y al ordenar seguir adelante con una ejecución que *“carece de causa, no tiene fundamento jurídico.”*

V.- CONSIDERACIONES

1) PRESUPUESTOS PROCESALES:

Se encuentran reunidos los presupuestos procesales para considerar válidamente trabada la relación jurídico procesal y no se vislumbra vicio de nulidad que afecte el trámite, supuestos estos que permiten decidir de mérito.

Adicionalmente, la competencia de la Sala se limita al examen de los puntos específicos objeto del recurso expuesto por el demandado, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código General del Proceso, según el cual *“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.”*

2) CASO CONCRETO:

Como antecedente, debemos señalar que a través de la presente acción se persigue el pago de las cuotas vencidas y el capital acelerado

del pagaré N° 204119036444 así como la totalidad del crédito N° 4905001502-4546000013478832, los que por reunir los requisitos establecidos en el artículo 422 del Código General del Proceso y por contener obligaciones claras, expresas y exigibles por encontrarse su plazo vencido, se libró el mandamiento de pago a favor del acreedor y en contra del deudor.

El demandado, en su defensa alegó la carencia de título ejecutivo, inexistencia e inexigibilidad de las obligaciones allí contenidas e incumplimiento de la carta de instrucciones. Tramitado el proceso, el juez de conocimiento le puso fin mediante sentencia a través del cual declaró infundadas las excepciones propuestas, por cuanto con las pruebas no se logró acreditarlas, ordenando seguir adelante la ejecución y condenando en costas al ejecutado.

Inconforme con la decisión el demandado interpuso recurso de alzada, tras alegar que: (i) operó la caducidad de la obligación contenida en el pagaré No. 4905001502-4546000013478832, pues su fecha de creación es el 26 de septiembre de 1997 y *“el Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A. pretende hacerlo exigible después de 20 años”* y (ii) los títulos valores son inexigibles y carecen de fundamento jurídico.

En el caso que ocupa ahora la atención de la Sala, advierte esta Corporación que el demandado no soportó la carga probatoria que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, para demostrar con las pruebas que obran dentro del plenario, los hechos en que funda sus excepciones y reparos.

En efecto, examinados los pagarés cuyo cobro se persigue junto con los documentos allegados con la demanda, encuentra la Sala que los mismos cumplen con los requisitos impuestos legalmente, para ser considerados títulos valores y, de ahí que resulten suficientes para hacer efectivo el derecho que en ellos se incorporó.

Así, reprocha el recurrente que los valores contenidos en el mandamiento de pago y por los que se ordenó seguir adelante con la ejecución no encuentran respaldo en soportes contables ni explicación por parte del Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A. y que el juzgador de conocimiento se equivocó al atender a tales pedimentos, sin embargo, no se pierda de vista que se trata de títulos valores autónomos que no requieren acompañarse de documento adicional.

Se tiene que de conformidad con el precepto 625 del Código de Comercio *“Toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título-valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación. Cuando el título se halle en poder de persona distinta del suscriptor, se presumirá tal entrega”,* motivo por el cual, el artículo 626 de la misma obra enseña que *“El suscriptor de un título quedará obligado conforme al tenor literal del mismo, a menos que firme con salvedades compatibles con su esencia.”*

No debe olvidarse que conforme el contenido de las normas en cita, en razón de la autonomía de cada firma surge para el acreedor el

derecho de exigir el pago del importe del instrumento a todos aquellos que lo suscriban, bien como otorgantes, avalistas o endosatarios.

En el *sub judice*, resulta pertinente señalar que el fundamento del recurso de alzada deviene desacertado afirmar que las sumas pretendidas en la demanda corresponden a “guarismos que el demandante se inventó,” pues se extraen del contenido mismo de los títulos valores y la exigibilidad es consecuencia de la firma puesta en ellos por el señor Chaparro Díaz.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Corporación, le está vedado al demandado desconocer la exigibilidad y la causa de las deudas que reconoció en el curso del presente proceso ejecutivo. Pues, si bien el juicio se soportó en los pagarés antes mencionados, en la audiencia inicial llevada a cabo el 25 de octubre de 2019 las partes llegaron al siguiente acuerdo:

aprobación de la reclasificación del capital de ese crédito para ser pagado por la parte demandada con un abono por valor de \$ 31.684.000.00 pagaderos al día 11 de noviembre del año en curso, dichos valor será conformado con los siguientes pagos:

1. Mediante el monto de los títulos judiciales consignados por cuenta del proceso por valor de \$ 24.690.000.00 en su totalidad los cuales deben ser ordenada su entrega a favor del banco y a través del suscrito apoderado, mediante los oficios respectivos junto con un valor de \$ 6.990.000, que debe ser cancelado directamente por él deudor ante el banco acreedor a más tardar el día 11 de noviembre del año en curso. La normalización de este crédito consistente en ese abono más la reclasificación del capital la cuota quedaría en valor aproximado de \$ 1.950.000.00 la cual deberá pagar él deudor en la misma oportunidad fijada en el crédito a partir del mes de noviembre de 2019, con estos valores precisado el monto a consignar directamente por el deudor la parte pasiva el día 11 de noviembre que corrijo no corresponde a la suma de \$ 6.990.000.00 sino, a la suma de \$6.994.000.00 M/cte, se precisa esta forma de pago para la normalización del crédito hipotecario terminado en el 6444.

En cuanto al crédito rotativo terminado con el número 1502 y 8832 materia de recaudo se conviene que se autoriza un valor total de \$ 22.680.000.00 pagadero en 3 cuotas consecutivas por valor cada una de \$7.560.000.00 M/cte que debería cancelar el deudor para los días 30 de octubre, 30 de noviembre y 30 de diciembre del año en curso, sin embargo dada la imposibilidad de atender estos valores en las fechas indicadas el deudor se compromete a más tardar hasta el día 11 de noviembre del año en curso a elevar petición ante el banco de Scotiabank para que le permita modificar estas fechas de pago, para los días y meses de su conveniencia a saber, los días 15 de diciembre del año en curso, y las dos mensualidades siguientes enero 15 del año 2020 y febrero 15 de la misma anualidad, con el fin cubrir ese pago del crédito denominado o clasificado castigado para el banco, en estos términos se solicita al señor juez, dar la aprobación a este acuerdo cuyo cumplimiento estaría condicionado a la verificación de la efectiva diligencia por parte del deudor en cuanto a los pagos respectivos y a la solicitud de la modificación de los plazos ya convenidos, adicional al cumplimiento de los demás requisitos ya expuestos en la audiencia como son: la aportación de documentos de su cédula de ciudadanía ampliada al 150% y la acreditación de los certificados de ingresos o

crédito rotativo y los extractos bancarios según lo ya explicado.

En esos términos solicitamos que se de cumplimiento, se de aprobación a este convenio por parte del señor Juez que precibe esta audiencia, no sin antes advertir que los documentos que debe presentar o acreditar el deudor para ello debe dirigirse a las instalaciones del banco de la Cra 9 No. 24-59 Piso 1 de Bogotá, a más tardar repito el día 11 de noviembre del año en curso.

Reitero al señor Juez que sea aprobado este acuerdo la SUSPENSION del proceso, por ser un acuerdo que consulta a las partes y ha sido producto de un esfuerzo mancomunado en el que usted justamente ha permitido llegar a este buen término.

Nota 3: Se le concede el uso de la palabra al apoderado de la parte demandada, para lo cual manifiesta que esta de acuerdo con los términos generales y conciliación que acaba de enunciar la parte demandante. (Hace su manifestación).

Nota 4: Se le concede el uso de la palabra al demandado, para lo cual manifiesta que aprueba las condiciones. (Hace sus manifestaciones haciendo claridad).

Nota 5: El señor juez le hace claridade al demandado, según lo del acuerdo al que llegaron, como un resumen de lo manifestado por la parte demandante.

Nota 6: El despacho considera que estan ajustados a derecho y le imparte su aprobación en las condiciones que aquí se le propusieron al despacho y que ha sido objeto de grabación.

No obstante, las partes acordaron la suspensión del proceso y la forma de satisfacer las obligaciones, sin embargo, estaba condicionado “a la verificación de la efectiva diligencia por parte del deudor en cuanto a los pagos respectivos y a la solicitud de modificación de los plazos ya convenidos,” circunstancias a las que no se ciñeron las partes.

Obsérvese que, el Banco Colpatría Multibanca Colpatría S.A. no aceptó la propuesta presentada por el señor Chaparro Díaz⁵, y

⁵ Fls. 16 a 19 Archivo: 007.ContinuaciónDemanda.pdf

mediante memorial radicado el 17 de febrero de 2020⁶ solicitó la continuación del proceso ejecutivo *“en razón al manifiesto incumplimiento del acuerdo conciliatorio por parte del demandado, quien, contrario a lo convenido, de manera unilateral e inconsulta se abstuvo de presentar propuesta de pago en torno al crédito derivado del pagaré No. 4905001502-4546000013478832.”*

En esa medida, ante el incumplimiento del mentado acuerdo lo procedente era seguir adelante con la ejecución teniendo en cuenta los abonos efectuados en el curso del proceso sin desconocer la existencia y exigibilidad de los títulos allegados como báculo de la ejecución.

Sin que sea de recibo el alegato del recurrente en el sentido de que le correspondía al juzgador de instancia revocar el mandamiento de pago a fin de tener en cuenta los abonos realizados en el curso del proceso, porque tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia:

“cuando se realiza la liquidación del crédito deben tenerse en cuenta lo dispuesto en el mandamiento de pago y el auto o sentencia que ordenan seguir adelante la ejecución; pero además se deben descontar los abonos realizados por los obligados, en las fechas en que los mismos se hacen, e imputarlos primero a intereses y luego a capital. Lo anterior, por cuanto sí no se reconocen los pagos que se van realizando en el transcurso del proceso para el momento en que se efectúan, no sólo se desconoce

⁶ Fl. 28 Archivo: 007ContinuaciónDemanda.pdf

la realidad procesal, sino que además se permite que se generen réditos sobre sumas que ya se cancelaron.”⁷

En lo que hace a la acusación de caducidad de la obligación contenida en el pagaré N° 4905001502-4546000013478832, atinente a que *“fue creado el 26 de septiembre del año 1997 y pretendió el Banco hacerlo exigible 20 años después”* advierte esta Corporación que no le asiste razón al recurrente, pues, si se miran bien las cosas, pese a que la fecha de creación del título es 26 de septiembre de 1997, su exigibilidad acaeció el 3 de agosto de 2017 y se ejercitó la acción cambiaria el 5 de abril de 2018, según consta en el acta de reparto vista a folio 76 del cuaderno principal.

No se pierda de vista que de conformidad con el artículo 709 del Código de Comercio los pagarés deben contener *“la forma de vencimiento”* y en el presente asunto se convino que tal suceso acaeciera el 3 de agosto de 2017, en atención a la carta de instrucciones suscrita por el ejecutado, por lo que ningún reproche merece su cobro el 5 de abril de 2018. Siendo, así las cosas, mal podría decirse que había transcurrido el término de caducidad, como equivocadamente parece entender el apelante.

Se duele el ejecutado del cobro acelerado de las obligaciones, pasando por alto que así lo convino con su acreedor tanto en la carta de instrucciones como en la Escritura Pública N° 1100 de 26 de mayo de 2012, en la que se consignó *“(…) El Hipotecante autoriza a El Acreedor, para acelerar o exigir anticipadamente cualquier obligación a*

⁷ STC11724-2015

Ref. Proceso Ejecutivo de Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A. contra Ángel Mauricio Chaparro Díaz.

su cargo, sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno, además de los previstos en los respectivos títulos de deuda (...).”

Puestas, así las cosas, resulta forzoso confirmar la sentencia apelada, por las razones aquí expuestas.

3. COSTAS:

Se condenará en costas al extremo demandado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

VI.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de mayo de 2020, por las razones expuestas en precedencia.

SEGUNDO. Costas a cargo del extremo demandado. Como agencias en derecho por la segunda instancia la Magistrada

Ref. Proceso Ejecutivo de Banco Colpatria Multibanca Colpatria S.A. contra Ángel Mauricio Chaparro Díaz.

sustanciadora fija la suma de \$1.000.000. Ante el *a quo* efectúese la correspondiente liquidación.

TERCERO. Remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

(firma electrónica)

STELLA MARÍA AYAZO PERNETH

Magistrada

(firma electrónica)

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Magistrado

(firma electrónica)

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

Firmado Por:

Stella Maria Ayazo Perneth
Magistrada
Sala 04 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.,

Ivan Dario Zuluaga Cardona
Magistrado
Sala 010 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **c1528493b927f263a164b8d5175122b9a862162891a47df267aacf78f761395b**

Documento generado en 17/05/2023 04:33:21 PM

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

PROCESO	Declarativo de Pertenencia
DEMANDANTE	Jorge Augusto Gómez Ricardo
DEMANDADO	Juan Carlos García Aguilar e indeterminados
RADICADO	110013103 038 2022 00231 01
INSTANCIA	Segunda
DECISIÓN	Revoca auto

Se decide el recurso de apelación formulado por la abogada ELIANA JACKELINE TRASLAVIÑA DÍAZ contra la decisión proferida el 26 de octubre de 2022¹ por el Juzgado 38 Civil de este Circuito, mediante la cual negó su intervención en el presente asunto. Al efecto, se expone:

1. El 2 de agosto de 2022 la señora juez de primer grado admitió la demanda de pertenencia que presentó Jorge Augusto Gómez Ricardo sobre el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1351946; allí dispuso, entre otras cosas, “*citar al acreedor hipotecario Banco Granahorrar hoy BBVA Colombia que figura como tal en el certificado de tradición del inmueble objeto de demanda*”².

Compareció al proceso Eliana Jackeline Traslaviña Díaz e interpuso los recursos de reposición y apelación contra esa

¹ Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 24AutoNiegaIntervencion.

² Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 11AutoAdmitePertenencia.

providencia, alegando que (i) el demandante adelanta un pleito idéntico en el juzgado 48 Civil del Circuito; (ii) en el despacho homólogo 3° de ejecución de sentencias se adelanta un proceso ejecutivo hipotecario, en donde ella fue reconocida como cesionaria del acreedor Banco Granahorrar hoy BBVA Colombia S.A.; y (iii) en dicho asunto el inmueble se encuentra embargado, secuestrado y avaluado, por lo que se fijó fecha de remate para el 5 de septiembre de 2022.

En auto de 26 de septiembre de esa anualidad, previo a decidir el recurso, la juzgadora requirió a la señora Traslaviña para que aportara *“los actos de cesión que acrediten su condición, con los respectivos anexos -poderes y certificados de existencia y representación donde se faculte a los firmantes de los documentos-, so pena de no ser tenida en cuenta el escrito presentado”*³. En memorial de 4 de octubre siguiente, la interesada aportó unos documentos con los que manifestó estar dando cumplimiento a lo solicitado⁴.

El día 26 de octubre de 2022, el despacho consideró que la memorialista no acreditó que (i) *“las obligaciones cedidas corresponden a los derechos derivados de la hipoteca que se registra a favor de BBVA Colombia S.A.”*, como tampoco (ii) *“la existencia y representación del Fondo de Capital Privado Konfigura Activos Alternativos quien fue la cedente de los derechos de los que se pretende valer”*. En consecuencia, determinó que su condición de cesionaria no se había probado, por lo que no tendría en cuenta los escritos presentados⁵.

2. Inconforme con esa decisión, la doctora Traslaviña Díaz le enfrentó los recursos de reposición y apelación, principal y subsidiario en su orden, arguyendo que contrario a lo afirmado por el juzgado, los documentos aportados sí daban cuenta de su calidad de cesionaria de las obligaciones 001305769670045652, 001305769670738579 y

³ Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 19AutoRequiere.

⁴ Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 21DocumentosCesion.

⁵ Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 24AutoNiegaIntervencion.

001305769670860837, las que adquirió en virtud de la compraventa que le hizo al Fondo de Capital Privado Konfigura Activos Alternativos, habiendo sido reconocida por el Juzgado 37 Civil del Circuito de la Ciudad en el proceso ejecutivo en el que se están cobrando dichas deudas⁶.

El demandante se opuso a los reparos formulados por la recurrente, señalando que las obligaciones sobre las que se hizo la cesión son distintas a aquellas sobre las cuales versa el cobro judicial en el juzgado 37, por lo que no puede tenerse en cuenta el reconocimiento que allí se hizo para probar su calidad de cesionaria en el presente proceso⁷.

La funcionaria de primer grado confirmó su decisión reiterando los argumentos expuestos inicialmente; además adujo que el reconocimiento de su calidad de cesionaria, hecho por otro juzgador, no resulta suficiente para tenerla por acreditada en este caso, porque se trata de *“procesos autónomos e independientes”*⁸.

Y concedió la alzada subsidiaria, cuya decisión es el motivo de este proveído.

3. La mencionada abogada pretende intervenir en este asunto, alegando ser la titular de derechos de cesión inherentes al gravamen hipotecario que pesa sobre el inmueble objeto de la pertenencia.

Desde esa perspectiva, entonces, la temática a elucidar se circunscribe a establecer si Eliana Jackeline Traslaviña Díaz detenta el suficiente derecho para que sea reconocida en este asunto. Véase:

⁶ Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 25Recurso.

⁷ Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 36DescorreTraslado.

⁸ Cuaderno primera instancia, carp. 01CuadernoPrincipal, pdf. 45AutoNoRepone.

El numeral 5° del artículo 375 del Código General del Proceso no solo habilita la participación de los acreedores hipotecarios en el proceso de pertenencia, sino que ordena su citación. De ahí que no haya discusión sobre la vinculación de aquellos en este tipo de litigios.

A su turno el numeral 6° de ese precepto enseña que “*en el auto admisorio se ordenará ... el emplazamiento de las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien...*”, citación que se realizará en la forma advertida en el numeral 7° siguiente.

Entonces, en asuntos de esta naturaleza pueden intervenir todas aquellas personas que, en términos generales, se crean con derechos sobre el bien involucrado en la usucapión, por lo que no es dable exigir, de entrada, requisitos sustanciales para dar participación en el proceso declarativo de pertenencia a quien persigue controvertir los derechos que alega la parte demandante respecto del bien de que se trata.

Así, las disposiciones jurídicas en cuestión se dirigen a permitirle a determinada persona que invoque derechos sobre el bien y darle oportunidad para blandirlos en el interior del proceso, enfrentándolos a los que aduce la parte demandante, siendo el propio entorno del trámite procesal donde se tendrá posibilidad de controvertir todas aquellas pruebas aducidas por los intervinientes procesales, para finalmente dirimir los derechos de cada uno en la sentencia que se emita.

4. En ese orden de ideas se revocará la decisión adoptada por la señora funcionaria de primer grado, para que proceda a emitir el debido pronunciamiento en punto a la intervención de la recurrente.

Y no se impondrán costas en este segundo grado, dada la prosperidad del recurso.

5. En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, **REVOCA** el auto apelado.

La secretaria de la Corporación, remitirá la comunicación a que se refiere el artículo 326 inc. 2 del Código General del Proceso; y devolverá las diligencias digitales al juzgado de origen.

Notifíquese.

JAIME CHAVARRO MAHECHA

Magistrado

Firmado Por:

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: **2e817c42ff2c4a6a7d01660c42eb84c648cc608627f914f5e98e6cf38ae299d6**

Documento generado en 17/05/2023 03:01:38 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., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés
(2023).*

*Ref: REIVINDICATORIO de INVERSIONES VAR-CAL
S.A.S. contra NELSON DARÍO BLANCO GÓMEZ. Exp. 039-2019-00546-01.*

*Atendiendo al contenido del artículo 12 de Ley 2213 de
2022, se dispone:*

1.- Revisado el expediente se advierte que es necesario cambiar el efecto en que se concedió la alzada -canon 325 del Código General del Proceso-, comoquiera que de conformidad con el artículo 323 ib., “[s]e otorgará en el efecto suspensivo la apelación de las sentencias que versen sobre el estado civil de las personas, las que hayan sido recurridas por ambas partes, las que nieguen la totalidad de las pretensiones y las que sean simplemente declarativas. Las apelaciones de las demás sentencias se concederán en el efecto devolutivo, pero no podrá hacerse entrega de dineros u otros bienes, hasta tanto sea resuelta la apelación (...)”; no obstante, el fallo fustigado no se enmarca en ninguna de las hipótesis establecidas para conceder la alzada en el suspensivo. Por la Secretaría de esta corporación infórmesele al a quo lo aquí dispuesto.

Así las cosas:

2.- ADMITIR en el efecto DEVOLUTIVO el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2023 en el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá.

3.- Conforme lo establecido en el inciso 3° de la citada norma, a cuyo tenor: “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, vencido aquél, la contraparte deberá recorrer, si así lo considera, el traslado; términos que comenzaran a contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación.

4.-Por Secretaría comuníquese a los apoderados de los intervinientes las determinaciones que se adopten en el marco de la norma

reseñada vía correo electrónico¹, empero en caso de no llegar a obrar la misma en el expediente, pese a ser una obligación de los togados, remítanse las comunicaciones correspondientes a la dirección física que hayan informado en el expediente o en el Registro Nacional de Abogados.

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

5.- Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

6.- Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

¹ Esta comunicación no reemplaza la notificación por estado electrónico y se hace para dar mayor garantía a las partes.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil veintitrés
(2023).*

*Ref: EJECUTIVO para la EFECTIVIDAD DE LA
GARANTÍA REAL de CORPORACIÓN SOCIAL DE CUNDINAMARCA contra
ADOLFO MIGUEL POLO SOLANO. Exp. 039-2020-00450-01.*

*Atendiendo al contenido del artículo 12 de Ley 2213 de
2022, se dispone:*

*1.- **ADMITIR** en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de
apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 4
de mayo de 2023 en el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá.*

*2.- Conforme lo establecido en el inciso 3° de la citada
norma, a cuyo tenor: “Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega
la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar
dentro de los cinco (5) días siguientes”, vencido aquél, la contraparte deberá
descorrer, si así lo considera, el traslado; términos que comenzaran a
contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación.*

*3.-Por Secretaría **comuníquese a los apoderados de los
intervenientes** las determinaciones que se adopten en el marco de la norma
reseñada vía correo electrónico¹, empero en caso de no llegar a obrar la misma
en el expediente, pese a ser una obligación de los togados, remítanse las
comunicaciones correspondientes a la dirección física que hayan informado en
el expediente o en el Registro Nacional de Abogados.*

*A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus
escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del
Secretario Judicial de esta Corporación
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la*

¹ Esta comunicación no reemplaza la notificación por estado electrónico y se hace para dar mayor garantía a las partes.

escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado
mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

4.- Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

5.- Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO