

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

Bogotá D. C., primero de septiembre de dos mil veinte

11001 3103 001 2017 00431 01

El suscrito Magistrado SE ABSTIENE DE CONCEDER el recurso de casación que formuló la demandante contra la sentencia que este Tribunal profirió el 5 de agosto de 2020, en el proceso verbal (de simulación) promovido por Yamile Peña Moreno frente a Diana Carolina Fonseca Díaz (y otro), por medio del cual revocó el fallo que en forma favorable a la parte actora profirió el juez *a quo*, y en su lugar denegó todas las pretensiones incoadas por quien ahora recurrente en casación.

Lo anterior, en tanto que, según el artículo 338 del C. G. del P., la cuantía del interés para acudir en casación ha de superar los 1000 SMMLV para la fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia, vale decir, **\$877'803.000**¹, exigencia cuya presencia aquí no se percibe.

Vale la pena resaltar que la recurrente en casación no aportó dictamen pericial que, en armonía con el artículo 339 del C.G.P., diera cuenta cabal del requisito que hoy se echa de menos, y que esa deficiencia tampoco se suple con los elementos recaudados en esta actuación.

En efecto, en las escrituras públicas de compraventa que en su momento allegó la parte actora (fls. 2 a 9), figura que el precio del 50% del inmueble en disputa, que es propiamente sobre lo que recae la demanda de simulación interpuesta, asciende a \$600'000.000, monto notoriamente inferior a la cota mínima que fija la norma en cita.

Resta añadir que ese 50% de los derechos de domino sobre el mismo predio, constituye la base de la cuantificación del perjuicio irrogado a la casacionista, máxime si se repara en que fue sobre esa mitad que el juez de primera instancia impuso los efectos jurídicos y económicos de rigor, en la sentencia que revocó el Tribunal para desestimar todas las pretensiones.

Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

¹ De conformidad con el Decreto 2360 de 26 de diciembre de 2019, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2020, corresponde a \$877.803.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D. C., primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020).

REF: VERBAL de JORGE LARA URBANEJA contra FRIGORIFICO SAN MARTÍN DE PORRES LTDA. y otros. Exp. 2017-00385-02.

1.- Tras haber correspondido por reparto el proceso de la referencia para surtirse el recurso de apelación que formularon Carmen Iriarte Uribe, Diego Suárez Uribe, Pablo Iriarte Uribe, Inversiones Alcam S.A.S. y Enrique Cuéllar Cubides contra el auto del 4 de agosto de 2020 (doc. 2020-01-391828. Exp digital), pronunciado en la Superintendencia de Sociedades corresponde efectuar el examen preliminar, indagando entre otros puntos si se cumplieron los requisitos para la concesión de la alzada, toda vez que de ello pende su admisión en esta instancia, conforme lo dispone el inciso 4° del artículo 325 del C.G. del P.

*2.- Interpuesta la apelación, debe el Juzgador de instancia establecer si se reúnen los siguientes requisitos, con el fin de determinar si conforme a derecho hay lugar a otorgar el recurso, a saber: **1. Que la providencia sea susceptible de apelación; 2. Que el apelante sea parte; 3. Que la providencia apelada (sentencia o auto) cause perjuicio al apelante; y 4. Que se interponga en tiempo.***

3.- En el sub-lite, se echa de menos el primer supuesto, esto es, la providencia atacada no es susceptible del recurso de alzada, como pasa a verse.

4.- Mediante el auto censurado, el juzgador a-quo dispuso “no darle trámite a los escritos presentados” por Carmen Iriarte Uribe, Diego Suárez Uribe, Pablo Iriarte Uribe, Inversiones Alcam S.A.S. y Enrique Cuéllar Cubides, con los que pretendían descorrer el traslado de un recurso de apelación propuesto por el Patrimonio Autónomo San Martín de Porres, al considerar que no son parte del proceso, ni han sido vinculados en calidad de litisconsortes necesarios, al paso que “tampoco solicitaron su intervención en este proceso de conformidad con las normas procesales vigentes para tal efecto”.

Contra dicha determinación, los citados memorialistas formularon recurso de reposición y en subsidio de apelación, tras considerar que el referido pronunciamiento denegó su intervención en el litigio en calidad de litisconsortes necesarios, por lo que se aplicaba el numeral 2° del artículo 321 del Código General del Proceso (doc. 2020-01-413209. Exp digital).

No obstante lo anterior, en el criterio del suscrito Magistrado el auto del 4 de agosto pasado, en estricto sentido no fue aquel con el que se resolvió desfavorablemente sobre la intervención procesal de los mencionados litigantes, pues en ninguno de sus apartes se expusieron fundamentos fácticos y jurídicos en ese sentido, al punto que en la providencia se expresó que

la solicitud de vinculación como litisconsortes no se había elevado, razón por la cual no podían admitirse los escritos presentados.

Eso mismo se reiteró en el auto de 21 de agosto de 2020 mediante el cual se resolvió la reposición, oportunidad en la que el a-quo aclaró que para cuando se presentó el escrito de traslado “del recurso de apelación presentado en contra del Auto 2020-01-347536 del 17 de julio de 2020” – actuación que fue rechazada y dio lugar a esta apelación- **no habían sido vinculados como litisconsortes ni habían solicitado su intervención en dicha calidad** (doc. 2020-01-448743. Exp digital).

5.- En esos términos, es claro que el proveído cuya alzada se concedió tuvo por objeto, exclusivamente, abstenerse de tener en cuenta unos escritos presentados por sujetos que no eran parte -pues ninguna petición en ese sentido se formuló conforme los artículos 60 y siguientes del C.G.P-, pero en ningún momento se resolvió, ni se ha resuelto, sobre la viabilidad de la intervención - no solo en el específico acto procesal de traslado del apelación del auto del 17 de julio de 2017- sino en la totalidad del litigio, único supuesto que abriría paso al estudio del recurso vertical, como lo dispone el artículo 321 del Código General del Proceso.

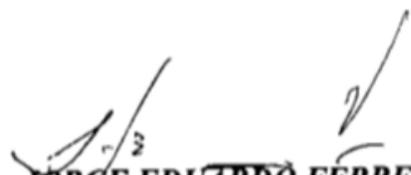
6.- Puestas las cosas de la anterior manera, se evidencia que la decisión que viene de referirse, no es susceptible del recurso de alzada.

Por lo expuesto, se **RESUELVE**:

1.- **DECLARAR INADMISIBLE** el recurso de apelación interpuesto por Carmen Iriarte Uribe, Diego Suárez Uribe, Pablo Iriarte Uribe, Inversiones Alcam S.A.S. y Enrique Cuéllar Cubides en contra del auto del 4 de agosto de 2020, pronunciado en la Superintendencia de Sociedades.

2.- Devuélvanse las presentes diligencias al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia



*Tribunal Superior
Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil*

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

Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Discutido y aprobado en Sala de Decisión Virtual de 14 de agosto de 2020.

Ref.: Exp. 11001-31-03-001-2017-00385-02

Se decide el recurso de apelación interpuesto por Proyecktarte S.A.S. (demandada principal y demandante en reconvención) frente a la sentencia proferida el 17 de julio de 2019, por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, dentro del juicio verbal adelantado en su contra por Lenguaje Urbano S.A., y su respectiva demanda de mutua petición.

I. LA DEMANDA PRINCIPAL

1.1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La actora pidió declarar que la convocada incumplió el contrato de incumplió el contrato de mano de obra ajustado entre ellas [Folio 70, c. 1]; y, en consecuencia, condenarla, por una parte, a reintegrar \$293'884.438.50 -anticipo-, junto con el interés moratorio generado desde su entrega hasta el día de su cancelación; y, por la otra, pagar la cláusula penal pactada en cuantía de \$163.269.132.80.

Sustentó tales súplicas en los siguientes hechos:

1. El 18 de noviembre de 2015, las partes celebraron un contrato civil de mano de obra para la cimentación y estructura del edificio Laya 119 en la ciudad de Bogotá.
2. En aquél, Proyektarte S.A.S. se obligó a ejecutar la cimentación y estructura de la edificación, conforme a los requerimientos del proyecto y las respectivas normas de construcción.
3. La contratista suscribió las pólizas N° 310-45-994000001784 y N° 310-74-994-0000001706 con Aseguradora Solidaria, para garantizar el buen manejo del anticipo, el cumplimiento y la estabilidad de la obra, responsabilidad extracontractual y el pago de salarios y prestaciones sociales a su cargo.
4. El valor total de la obra contratada fue de \$1.632'691.328.
5. En la cláusula 5.1, los estipulantes convinieron el pago de un anticipo, equivalente al 20% del precio total de la obra, o sea \$326'538.265.60, cantidad ésta a cubrir así: a) En especie el 10% (\$32'653.826,56), suma que se tendrían por abonada a la separación del apartamento 205 del mismo proyecto, y para ello fue suscrito un contrato de vinculación de área en el Fideicomiso Unicentro 119, constituido con Acción Fiduciaria; b) El 45% (\$146'942.219,52) a la firma del contrato; c) El 45% restante (\$146'942.219,52) con un cheque o transferencia, dentro de los 15 hábiles siguientes a la suscripción del negocio.
6. El plazo de entrega de la obra pactado fue 128 días calendario, obligándose el contratista a pagar al contratante una multa en caso de incumplimiento.
7. En el numeral 9.3 del Anexo 5 del susodicho contrato estipularon una cláusula penal, correspondiente al 10% del valor del contrato, sanción que la parte incumplida debía pagar a la cumplida. [Folio 9, c. 1]
8. La actora pagó a su contendora el monto del anticipo, una vez "legalizado" el contrato y presentadas las pólizas respectivas.

9. En acta del 18 de diciembre de 2015 fue modificada la forma y fecha de pago del último saldo del anticipo (\$146'942.220), acordando cancelarlo con concreto, hierro y efectivo a entregar el 12 de enero de 2016.

10. Desde un inicio la contratista evidenció su incumplimiento, tal como lo prueban los requerimientos enunciados, efectuados por la contratante en múltiples ocasiones, sin obtener respuesta a los mismos.

11. El 19 de abril y el 4 de mayo de 2016, Lenguaje Urbano requirió a Proyektarte S.A.S. para liquidar el contrato, sin que a la fecha de presentación de la demanda haya accedido.

12. El 29 de abril de 2016, la actora pidió a Gestión Civil Ingenieros S.A.S. realizar un informe sobre las deficiencias de calidad de la obra, entidad que rindió su concepto el 4 de marzo de 2016.

13. La demandante dio aviso del siniestro a la Aseguradora Solidaria Colombia S.A., pero ésta inicialmente le atribuye la insatisfacción de sus compromisos contractuales y, con posterioridad, aduce que en razón a la mutua imputación de incumplimiento de los estipulantes designa a la firma Ajustadores Públicos Ltda., para esclarecer esa situación.

14. El 5 de septiembre de 2016, Lenguaje Urbano terminó unilateralmente el contrato de fideicomiso por incumplimiento en los pagos de los aportes que le correspondía hacer como beneficiario de área.

1.2. La réplica y los medios exceptivos.

La convocada negó el incumplimiento imputado y se opuso a las pretensiones, esgrimiendo, en su defensa, la excepción “contrato no cumplido”, atribuyendo a su contendora la insatisfacción de las obligaciones a su cargo [folio 124, C. 1].

II. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

2.1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

La convocada en el litigio primigenio presentó, a su turno, demanda de reconvencción contra la actora principal, para que en el mismo proceso se declare que fue ésta quien incumplió las obligaciones del contrato; y, por contera, condenarla al pago de \$54'972.878, cantidad aún adeudada por las obras ejecutadas en el proyecto materia del contrato, como también de la cláusula penal (\$163'269.132.80), con su respectiva indexación a la fecha de su cancelación.

Fundó esa reclamación, en la situación fáctica siguiente:

1. Lenguaje Urbano incumplió el contrato desde su inicio, porque no pagó el anticipo en la forma y tiempo estipulados.
2. La contratante, además, incumplió al no entregar el estudio de suelos, planos estructurales, arquitectónicos, hidrosanitarios y eléctricos, ajustados al cumplimiento de las normas de construcción (incompletos, sin firma diseñador estructural, discrepancias estudio de suelo y sistema constructivo, detalles pendientes y errores); como tampoco aportó la programación de la obra, ni tuvo en la misma el personal a su cargo (maestro de obra y personal de replanteo) ni retiró el material proveniente de las excavaciones, escombros o residuos de las demoliciones.
3. Los incumplimientos de la contratante generaron el retraso de las obras que estaban a cargo de la contratada.

2.2. Contestación y excepciones.

Lenguaje Urbano insistió en que quien incumplió el susodicho contrato fue su contendora y, en su defensa, alegó “contrato no cumplido”, inexistencia del incumplimiento imputado, “mala fe de Proyecktarte S.A.S.”, “inexistencia de la deuda”

invocada por la contrademandante y de perjuicios para cobrar la penalidad, y la “falta de causalidad” [Folio 121, c. 2]

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Resolvió acoger las pretensiones solicitadas de la demanda principal y, a su vez, negó las súplicas de la reconvenición; subsecuentemente, condenó a Proyecktarte S.A.S. a reintegrar a la contratante la cantidad de \$172'233.525, diferencia entre la obra ejecutada y el valor cancelado como anticipo, junto con el interés moratorio, causado desde el 16 de abril de 2016 hasta la solución del capital. Asimismo, asumir el monto de la cláusula penal y las costas del proceso.

Para arribar a esa decisión, consideró:

En primer lugar, tuvo por indiscutida la existencia del contrato e, igualmente, la celebración del encargo fiduciario para la ejecución del pago en especie del 10% del anticipo, mediante un porcentaje de área del edificio, correspondiente a un apartamento.

Reparó en el contrato de fideicomiso y en la ejecución de las obligaciones allí pactadas, concluyendo su incumplimiento por la beneficiaria de área -Proyecktarte- y que, en consecuencia, había lugar a aplicarle la cláusula penal allí estipulada, es decir, la entrega al fideicomitente de los saldos que el beneficiario de área hubiere destinado para la separación del apartamento 205 del Proyecto Laya 119.

Arguyó, también, que aun cuando estaba demostrado que la demandante no consignó ninguna cantidad al fideicomiso por aquel concepto, ello no era óbice para considerar incumplida a su contraparte, porque tal omisión fue un asunto meramente contable, pues tales dineros *“tarde o temprano iban a parar a manos de Lenguaje Urbano”*.

De igual modo, dio por demostrado la insatisfacción por la “contratista” de sus compromisos contractuales, con el interrogatorio absuelto por su representante legal,

pues admitió retrasos significativos y su imposibilidad de entregar la obra, por lo que tomó la decisión de retirarse de la misma el 16 de abril de 2016.

Infirió, entonces, que Proyektarte no ejecutó la totalidad de la obra por el valor del anticipo pagado por Lenguaje Urbano, retirándose de ella sin haber concluido el objeto del contrato, lo cual corroboró el hecho de que la “contratante” terminó ejecutando la obra y reafirman las actas obrantes en el proceso y la aludida confesión de la representante legal de la convocada principal.

Por otra parte, abordó los pagos realizados por Lenguaje Urbano a Proyektarte, excluyendo unos rubros, de los cuales estimó no había prueba de su pago como anticipo.

Por último, consideró que las súplicas y fundamentos fácticos de la demanda de reconvenición no encontraban asidero en el acervo probatorio recaudado, por lo que debían negarse.

Por lo demás, ningún valor probatorio le concedió a los dictámenes periciales presentados por las partes, por cuanto estimó que carecían de objetividad, solidez y claridad, y solo reflejaban los puntos de vista subjetivos de los contendientes; de tal suerte que pareció que las expertas actuaron en causa propia y no con imparcialidad.

IV. LA APELACIÓN DE LA SENTENCIA

Sólo apeló Proyektarte S.A.S., quien formuló sus reparos concretos oralmente y por escrito, los cuales, en síntesis, se contraen a los aspectos siguientes:

4.1. Frente a la primera condena, consistente en devolver el valor del anticipo no ejecutado (\$172'233.525), reprochó su falta de sustento probatorio, pues si bien ambas partes coinciden en que el valor de la obra ejecutada por la contratista fue de \$651'420.005, también lo es que el acervo probativo no evidencia el monto reconocido

en el fallo como anticipo pagado por la contratante (\$810'680.238), correspondiendo a una mera afirmación de la demandante principal. En efecto:

a) El *a quo* incluyó en ese rubro \$79'249.072, por concepto del pago en especie con el apartamento 205 del Proyecto Laya 119, pero está acreditado que la contratante no consignó esa suma de la manera establecida en el parágrafo 3 del numeral 5 del contrato de obra, según emerge de la declaración rendida por la experta que rindió el dictamen aportado por Lenguaje Urbano S.A., como también del interrogatorio de su representante Legal y de la certificación expedida por Acción Fiduciaria.

Luego -agregó-, no hay razón para condenar a Proyektarte a devolver dineros que nunca entraron a su patrimonio, en efectivo ni en especie.

b) La retención de garantía (\$35.105.772.00) no fue autorizada por Proyektarte S.A.S. para ser abonada al precitado apartamento; y, en todo caso, ese valor fue reintegrado por Acción Fiduciaria a Lenguaje Urbano, como lo confesó el representante legal de la contratante; y jamás entró al patrimonio de la contratista.

c) La contratante no giró a Acción Fiduciaria \$32.653.826.00, como abono de área del apartamento en cuestión, conforme lo evidencia la certificación visible a folio 137.

d) Dio por demostrado que su contendor le pagó \$174'.628.974, incluyendo valores ajenos al anticipo, así: **a)** La cantidad de \$22'238.000 la contabilizó dos veces, como anticipo y pago en hormigón o concreto para la obra; **b)** \$1'117.949 que correspondían a un pago a la concretera Tremix, el cual excede en 3 m³ la cantidad de material efectivamente recibida; **c)** \$13'240.731, por concepto de un material que no fue recibido ni ejecutado por Proyektarte; **d)** \$1'345.600 por el costo de un concreto para pilotaje, el cual, como quedó acreditado no estuvo a cargo de Proyektarte S.A.S.

En últimas, alegó que la contratante le pagó por la obra ejecutada \$647'950.604.00, por lo que resulta incomprensible haber sido condenado a reintegrarle \$172'233.525, excedente que no está probado en el plenario.

4.2. El fallador se equivocó al condenarla a pagar un interés moratorio, por cuanto no hay prueba de cuándo surgió la obligación de reintegrar al contratante ese dinero.

4.3. No está demostrado el incumplimiento imputado a la contratista y, por ende, tampoco había lugar a condenarla a cubrir la cláusula penal pactada.

Para sustentar ese reproche expuso que en la cláusula 5ª del contrato quedó estipulada la forma de pago del anticipo: **a)** \$32'653.826,56 en especie, mediante un porcentaje de área correspondiente al apartamento 205 del Proyecto Laya; **b)** \$146'942.219,52 el día de perfeccionamiento del contrato; y **c)** \$146'942.219,52 dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de la firma del contrato.

Y ninguno de esos rubros se pagó en la fecha y forma acordadas. Luego, fue la contratante quien incumplió su obligación de pagar el anticipo.

No obstante, el juez de primera instancia decidió de manera generalizada que fue la demandada quien incumplió su obligación al haber incurrido en “unos retrasos de obra”, sin especificar los mismos.

Además, Lenguaje Urbano firmó las actas en las que constaban los retrasos sin hacer objeciones, tal circunstancia fue aceptada por la contratante, por lo que no puede ahora reclamar un incumplimiento con el que estuvo de acuerdo.

4.4 Acusó de incongruente el fallo, porque en la demanda principal se pidió la devolución del monto pagado como anticipo, mientras que aquel ordenó el reintegro de una cantidad cancelada en exceso respecto del valor de la obra ejecutada por la convocada.

V. CONSIDERACIONES

1. Están cumplidos los presupuestos procesales y no se advierte irregularidad alguna que vicie la actuación, por lo que procede dirimir el mérito de la controversia, dentro del ámbito de competencia de esta instancia, la cual está delimitada por los reparos

formulados por el apelante, lo que, por contera, deja al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere suscitado inconformidad y que no esté íntimamente relacionada con las eventuales modificaciones frente a lo resuelto en primera instancia (artículo 328 del C.G.P.).

2. De entrada, conviene aclarar que la controversia jurídica aquí planteada versa, exclusivamente, sobre las obligaciones derivadas del contrato de confección de obra suscrito por las partes, pues ese fue el objeto del litigio que delinearon las partes en sus respectivas demandas y contestaciones; de ahí que esta sede carece de competencia para adoptar decisiones frente al contrato de vinculación al fideicomiso Recursos Proyecto Unicentro 119, pues cualquier alusión al mismo que exceda la de un simple hecho probatorio orientado al esclarecimiento del presente proceso constituye una extralimitación de la potestad judicial por *extra petita*.

3. Ninguna discusión suscitó entre las partes la naturaleza del contrato ajustado entre ellas, esto es, un “contrato para la confección de una obra material”, instituido en el Código Civil en el artículo 2053 y s.s., y definido por la doctrina así: *“el contrato de obra a precio alzado o por ajuste cerrado es el contrato por el que una persona llamada ‘empresario’ se obliga a ejecutar, bajo su dirección y con materiales propios, una obra que le encarga otra persona llamada ‘dueño de la obra’, la cual se obliga a pagarle un precio global”*.¹

3.1 La terminación de esa especie de convención, entre otras, puede acaecer, y dar lugar a exigir las consecuencias de su incumplimiento, por resolución o por resciliación, alternativas con presupuestos sustanciales disímiles.

3.1.1 Por sabido se tiene que el artículo 1546 del Código Civil consagra una facultad implícita en los contratos bilaterales, según la cual todo contrato puede resolverse en caso de que uno de los contratantes no cumpla lo pactado. Mas, esa potestad sólo se concede a la parte que ha ajustado su conducta a los términos de la respectiva convención, pues, como lo ha advertido la jurisprudencia de la Corte Suprema, “el

¹ Ramón SÁNCHEZ MEDAL. *De los contratos civiles*. México: Porrúa, 1978. p. 291.

titular de dicha acción indefectiblemente lo es el contratante cumplido o que se ha allanado a cumplir con las obligaciones que le corresponden".²

Así se deduce del contenido literal, claro e inequívoco de la disposición, según la cual la condición resolutoria contractual opera en caso de que lo pactado no se cumpla "por uno de los contratantes"; de lo cual se infiere que la parte que reclama la resolución o el cumplimiento del contrato, con la consecuente indemnización de perjuicios, tiene que haber cumplido con su parte del convenio, pues no puede escudarse en esta figura para pretender liberarse de las obligaciones que contrajo.

De lo anterior se sigue que no hay lugar a la resolución del contrato por la figura que se viene analizando, cuando la parte que la alega también ha incurrido en falta y se encuentra, por tanto, en situación de incumplimiento jurídicamente relevante.

La solución que en un principio dio la jurisprudencia para cuando se demostraba en el proceso que ambas partes incumplieron sus obligaciones, consistió en declarar improcedentes cada una de las acciones por no poderse considerar morosa a ninguna de las partes. Esta tesis fue sostenida por la Corte Suprema hasta el año de 1971,³ condicionando la prosperidad de la acción resolutoria prescrita en el artículo 1546 del Código Civil a la demostración de que el demandado incumplió sus obligaciones y el demandante cumplió las suyas o se allanó a cumplirlas. De ahí que la resolución sólo era predicable en los eventos de incumplimiento unilateral. Esta interpretación tradicional, textual y rígida de los artículos 1546 y 1609 del Código Civil conducía a la declaración de la excepción de contrato no cumplido y la negación de las pretensiones, con lo que no se ofrecía una tutela jurídica efectiva a los intereses de los contratantes, pues dejaba su relación jurídico-sustancial son una solución de fondo.

3.1.2. Esa postura cambió a partir de un fallo de casación proferido el 23 de septiembre de 1974,⁴ en el que introdujo la figura del "mutuo disenso tácito" luego de comprobar que ambas partes incumplieron sus obligaciones contractuales. En aquella

² CSJ SC del 7 de noviembre de 2003. Ref.: Exp. 5319.

³ proceso ordinario promovido por Antonio María Gutiérrez Aguilar contra Jorge Restrepo Idarraga y Hernando Isaza Sierra. Gaceta Judicial, CXXXVIII (2340-2341), 373-383.

⁴ Sentencia dentro del proceso de Antonio María Gutiérrez Aguilar contra Jorge Restrepo Idarraga y Hernando Isaza Sierra. Gaceta Judicial, CXXXVIII (2340-2341), 373-383.

oportunidad argumentó: *“la voluntad de las partes no solo es susceptible de manifestarse a través de la declaración expresa, sino que también puede serlo mediante actos que implícitamente la dan a conocer”*, agregando que *“...las relaciones jurídicas no pueden estructurarse sobre una base de indiferencia o esterilidad de los actos humanos, sino mirando por el contrario, la intención y los fines perseguidos por quien los ejecuta”*, por lo cual *“es preciso darle a la recíproca inejecución de las obligaciones contractuales la significación exacta de la desistencia (sic) tácita, a la manera como podría producirse mediante el mutuo disenso expreso”*.

De esa forma, la Corte admitió la configuración del mutuo desistimiento tácito ante el recíproco y simultáneo incumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes en un contrato bilateral vigente, dando por supuesto que el simple incumplimiento recíproco se entendía como voluntad de no continuar con el vínculo contractual.

Se dio, entonces, una solución similar a la que aparejaba la figura de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546, pero a partir de presupuestos jurídicos y fácticos distintos, pues el mutuo disenso, distracto contractual o resiliación, encuentra su sustento en la autonomía de la voluntad consagrada en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil.

En fallos posteriores, la Corte reiteró su postura, la cual mantiene vigente hasta hoy; pero, a partir de una decisión del 20 de septiembre de 1978,⁵ no volvió a suponer que el mutuo disenso se infería automáticamente a partir del mero incumplimiento recíproco, sino enfatizando en que la conducta de los contratantes debía reflejar esa voluntad inequívoca dirigida a disolver o extinguir el negocio jurídico, conforme también lo asentó en la sentencia de 7 de diciembre de 1982⁶, entre otras.

Mientras que, con relación a la excepción de contrato no cumplido prevista en el artículo 1609, el alto tribunal consideró: *“Si ambos contratantes han incumplido, ninguno de los dos está en mora. En parte alguna del artículo dice que en los contratos*

⁵ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ., 20 de septiembre de 1978, juicio de Francisco Barragán contra Dimas Alberto Gómez. Gaceta Judicial de 1978, CLVIII (2399), 215-218.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Cas. Civ. 7 de diciembre de 1982, juicio de Luis Guillermo Aconcha contra Antonio Escobar. ID344700. Gaceta Judicial, CLXV 2406, 341-350.

bilaterales los contratantes pierden la acción resolutoria o ejecutiva dejando de cumplir”.

En consecuencia, si ambos contratantes han incumplido, no les son aplicables los efectos de la mora, pero es posible que sí puedan demandar alternativamente el cumplimiento de la obligación principal o la resolución del contrato. La *exceptio non adimpleti contractus*, en suma, opera de manera parcial, permitiendo la extinción del vínculo contractual.

De igual modo aclaró que, en el evento en que el cumplimiento de una de las partes deba darse primero en el tiempo, de suerte que sea un requisito para que la otra parte esté en capacidad de cumplir, tal incumplimiento puede ser constitutivo de mutuo disenso tácito cuando, a pesar de haber sido recíproco, logra inferirse con certeza la voluntad de las partes dirigida inequívocamente a no continuar con la ejecución del contrato.

En sentencia del 16 de julio de 1985, la Corte siguió la línea argumental que exige la prueba de una voluntad inequívoca de disolver el vínculo contractual como presupuesto para que se configure el mutuo disenso tácito. De igual forma, aclaró que el mutuo disenso tácito requiere de declaración judicial en vista a que sea el juez quien verifique la configuración de sus elementos definitorios:

“Si el mutuo disenso quedare excluido de cualquier intervención judicial, haría difícil que las prestaciones se restituyeran recíprocamente, con el mantenimiento de un negocio en que las partes han dado muestra de todo lo contrario; de no conservarlo, de deshacerlo. Así, pues, se ha de encontrar el camino para que el contrato se disuelva por los medios judiciales”.

La Corte, en suma, a partir de las previsiones contenidas en los artículos 1602 y 1625 del Código Civil, se ha mantenido firme en su postura respecto de la posibilidad de

extinguir un contrato bilateral por mutuo disenso tácito, al quedar demostrado tanto el incumplimiento recíproco como la voluntad inequívoca de disolver el vínculo.⁷

4. Planteados de ese modo los contornos jurídicos del debate, hay que concluir que no es posible acceder a las pretensiones formuladas por las partes en sus respectivas demandas principal y de reconvencción, por no haberse demostrado los supuestos de hecho de los institutos jurídicos o acciones sustanciales sobre las que pudo versar el proceso.

4.1 Llama la atención la extraña manera en que se formularon las pretensiones de ambos libelos, pues en ninguno de ellos se solicitó la declaración de terminación del contrato ni, mucho menos, la fuente jurídica de la que podían emanar las consecuencias pretendidas.

En efecto, en ambas demandas se solicitó la declaración de incumplimiento de la contraparte, cumplimiento propio, devolución de saldos a favor con intereses moratorios y pago de la cláusula penal, sin indicar la fuente de la obligación. La actora principal invocó el artículo 2008, alusivo a la terminación del contrato de arrendamiento, completamente inatínente a la materia; mientras que la demandante en reconvencción aludió a “las normas del Código Civil y de Comercio aplicables a la materia”.

La falta de enunciación de la norma sustancial aplicable al caso no eximía al juzgador de suplir esa deficiencia y calificar la demanda para adecuar la controversia y el debate probatorio a la demostración de los supuestos de hecho previstos por el instituto jurídico que rige el caso, pues ese deber-obligación se lo impone el numeral 5° del artículo 42 del Código General del Proceso, tal como lo ha explicado la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema.⁸

⁷ Sentencias del 2 de febrero de 1994, 19 de octubre de 2000, 26 de julio de 2005, 5 de junio de 2007, 12 de febrero de 2007, 14 de diciembre de 2010, 3 de junio de 2014 y 14 de noviembre de 2014.

⁸ SC780-2020 del 10 de marzo de 2020. Rad.: 18001-31-03-001-2010-00053-01.

En ese orden, si se entendiera que la acción sustancial incoada sobre la que se sustentaron las pretensiones fue la de resolución del contrato de confección de obra, habría que concluir sin ambages que sendas acciones están destinadas al fracaso, pues el primer presupuesto sustancial para acceder a esa declaración consiste en que el contrato a resolver se encuentre vigente.

Desde luego que la terminación del contrato por incumplimiento de lo pactado y las consecuencias patrimoniales de tal declaración presupone, necesariamente, que la convención que se va a dar por concluida exista y esté vigente, pues ningún sentido tiene terminar lo que ya se ha extinguido. Mas, de la simple revisión del acervo probatorio surge diáfano que la voluntad inequívoca de ambas partes fue dar por concluido el vínculo contractual.

Ciertamente, tanto las declaraciones de las partes en audiencia, como los testimonios y la documental adosada, evidencian que la voluntad de la actora, por los motivos que fueren, fue concluir su relación civil con la demandada, a tal punto que la obra que le encomendó terminó siendo realizada por otra empresaria, como lo constató el testigo José Jair Loaiza, quien aseguro que cuando Lenguaje Urbano no iba a dar los resultados esperados, decidió cambiar al contratista.

La empresaria, por su parte, dejó consignada su intención por escrito, en el “*acta de terminación y liquidación unilateral del contrato civil de obra*”, de fecha 15 de abril de 2016, visible a folio 105 del cuaderno 2, frente a la cual la parte actora no formuló ninguna objeción.

Es más, en sus alegaciones finales, las partes admitieron, mediante apoderado, que la fecha de terminación de la relación contractual fue el 15 de abril de 2016, tanto así que ese fue el extremo temporal final para calcular los rubros que había que restituir, según la demandante, por pagos realizados a obras no ejecutadas; y, según la demandada, por valor de obra construida de más respecto del anticipo que recibió. Así lo reconoció el juzgador *a quo*, sin que ese punto fuera materia del recurso de apelación.

Si, como lo admitieron ambas partes, la relación contractual concluyó el 15 de abril de 2016, porque esa fue la voluntad inequívoca de los contratantes, no es de ninguna manera admisible interpretar la demanda principal y la de reconvencción en el sentido de suponer que la acción sustancial en que se fundaron las pretensiones fue la de terminación del contrato por incumplimiento de una de las partes, en virtud de la condición resolutoria prevista en el artículo 1546 del Código Civil.

Independientemente de que el incumplimiento se haya producido por una de las partes o por ambas, lo cierto es que no fue la condición resolutoria tácita el fundamento jurídico de la extinción del contrato, sino la voluntad de los contratantes de no continuar su relación civil, es decir, que terminaron el contrato por mutuo disenso tácito.

4.2 Ahora bien, no sólo quedó demostrada la recíproca intención de no continuar la relación contractual, como se explicó con precedencia, sino que, además, se probó en el proceso que ambas partes incumplieron sus obligaciones; por lo que al no estar ninguna de ellas en mora frente a la otra, no es posible establecer una condena a cargo de una de ellas por concepto de indemnización de perjuicios o de pago de la cláusula penal.

4.2.1 La obligación principal del dueño de la obra es pagar el precio en la forma y monto estipulados en el contrato.

En la cláusula quinta del contrato se estipuló:

“Forma de pago. A título de anticipo se cancelará el 20% del total del contrato, valor que asciende a la suma de TRESCIENTOS VEINTISEIS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO PESOS CON SESENTA CENTAVOS (\$326'358.265,60), pagaderos de la siguiente manera: a. El 10% en especie, a título de separación abonados al apartamento N° 205 por valor de TREINTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS CON CINCUENTA Y SEIS CENTAVOS (\$32'653.826,56); b) El saldo del anticipo se partirá en dos: un 50%, CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 52 CENTAVOS (\$146'942.219,52) se cancelará una vez perfeccionado el contrato, y el otro 50% CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y

DOS MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS CON 52 CENTAVOS (\$146'942.219,52) se cancelará en cheque o se transferirá a los quince días hábiles contados a partir de la fecha de la firma del presente contrato. Este anticipo se amortizará en cada uno de los cortes de obra que se le realicen a EL CONTRATISTA, y será del 20%". [Folio 9, cuaderno 1]

Quedó suficientemente demostrado que el dueño de la obra nunca pagó el 10% del anticipo en la forma estipulada en el contrato, pues jamás consignó en el encargo fiduciario la cantidad convenida; tal como lo prueban la certificación de Acción Fiduciaria, el dictamen pericial aducido por la actora, y la declaración del representante legal de la demandante. Este hecho, por sí mismo, implica el incumplimiento de la obligación asumida por la demandante y le impide acceder a la prosperidad de sus pretensiones, puesto que da lugar a la declaración de la excepción de contrato no cumplido.

Lo extraño es que, siendo el incumplimiento evidente, Lenguaje Urbano S.A. lo haya incluido en su contabilidad no como un débito a favor de su contraparte, sino como un crédito como parte de pago del anticipo. Y, más extraño aun, es que el juez de primera instancia le hubiera dado la razón, aseverando que, si bien es cierto que esa cantidad nunca se pagó, ello no prueba el incumplimiento de la actora porque se trató "*de un asunto contable*".

Desde luego que se trató de un asunto contable, que de suyo refleja una contabilidad errada y constitutiva de mala fe, pues la sana lógica y las reglas de la contabilidad indican que una obligación que no se paga es una deuda, no un crédito.

A pesar de que el perito contable no supo explicar la razón y el fundamento de su conclusión, y de que el juez reconoció la falta de objetividad y rigor de ese medio de prueba, la tuvo en cuenta no sólo para inferir de la nada que la demandante sí cumplió su obligación, sino, lo que es peor, para ordenarle a la demandada la restitución de una suma de dinero que jamás ingresó a su patrimonio, prohijando de esa manera el pago de lo no debido y el enriquecimiento injustificado de la parte actora.

Mas, ese desafuero no terminó ahí, pues el juez también pasó por alto que la controversia a definir versaba sobre las declaraciones inherentes al contrato de obra, se adentró en el análisis, interpretación y efectos jurídicos del contrato de fideicomiso, concluyendo que la demandada incumplió el encargo fiduciario y que, por tanto, era merecedora de la cláusula penal en virtud de la cual debía perder las sumas que, de manera virtual o imaginaria, fueron abonadas al apartamento 205 del Proyecto Laya 119. De esa manera, le atribuyó al beneficiario de área un incumplimiento al que no dio origen, pues quedó demostrado que quien tenía la obligación de pagar las cuotas correspondientes al encargo fiduciario, y no lo hizo, fue el fideicomitente (Lenguaje Urbano) y no el beneficiario del área (Proyektarte).

El fallo de primera instancia, en suma, se alejó de la realidad probatoria, al tener como parte del anticipo pagado al empresario por el dueño de la obra una suma de dinero, de cuya efectiva cancelación ninguna certidumbre ofrece el acervo probatorio.

Pero la parte demandante no sólo incumplió con su parte de pago en especie, sino que nunca demostró, siendo su carga probatoria, que pagó el resto del anticipo en la forma y tiempo estipulados por las partes. Memórese, para tal efecto, que la defensa de la demandada se sustentó en una negación indefinida, al señalar que la dueña de la obra no le pagó a tiempo las sumas acordadas. Luego, al no requerir prueba esa negación, en virtud de lo previsto en el inciso final del artículo 167 del Código General del Proceso, era la actora quien tenía la carga de probar que sí cumplió a cabalidad su obligación, es decir dentro de los plazos convenidos y en la forma acordada.

Tal prueba nunca se aportó al proceso, sobre todo si se tiene en cuenta que ni siquiera hubo claridad sobre cuáles fueron los plazos convenidos para realizar los pagos, pues los términos inicialmente pactados en el contrato fueron frecuentemente modificados de manera poco clara.

Así, en acta del 18 de diciembre de 2015 [folio 37, c. 1], se acordó hacer pagos de la siguiente manera: “\$37’584.000 para concreto”, pero no se aclaró de qué manera y en qué plazos se haría ese pago en especie; “\$25’000.000 para hierro”, adoleciendo ese

rubro de igual grado de indeterminación; “\$20’000.000 para mano de obra”, desconociéndose la fecha y forma de pago de este último rubro.

Seguidamente se estipuló en ese mismo documento: “Un segundo pago para el hierro de \$25’000.000 que será cancelado el 24 de diciembre”, y “el saldo por valor de \$39’358.220 para el día 12 de enero de 2016”, sin que se aportara prueba de ellos.

No hay manera de saber si estas modificaciones se hicieron al primer o al segundo anticipo pactado, pues ni en ese documento ni en ningún otro medio de prueba se aclaró esa situación.

En comunicación del 19 de noviembre de 2015, la representante legal de Proyecktarte S.A.S. autorizó un descuento por \$9’000.000 al primer anticipo, sin quedar claro por cual concepto se hacía ni cuándo debía ser aplicado. [Folio 46]

En acta del 15 de enero de 2016 Lenguaje Urbano afirmó haber pagado a Proyecktarte la suma de \$284’570.000, pero, a juzgar por lo convenido en la cláusula quinta del contrato de obra, para esa fecha la contratante debía haber pagado el valor del 90% del anticipo, es decir la suma de \$293’884.439439,07; lo que, de suyo, evidencia el incumplimiento de la demandante para ese momento.

En acta del 21 de enero de 2016 [folio 55] las partes acordaron unas modificaciones a la ejecución del contrato, al descuento en porcentaje del apartamento y retención de la garantía, sin que exista claridad sobre qué fue lo que convinieron, a qué parte del precio debía aplicarse la modificación (si a anticipo o al saldo del valor de la obra); ni en qué fechas y de qué manera debían hacerse esos pagos. La indeterminación y desorganización de las partes en sus cuentas fue, de ese modo, una constante en toda la ejecución del contrato, como lo evidenció su contabilidad; por lo que no resulta extraño que el negocio que celebraron hubiera fracasado.

La demandante, en suma, no demostró que honró su obligación de pagar el anticipo en la forma y términos estipulados en el contrato; ni probó cuáles fueron los plazos en los que, finalmente, debió realizar los pagos en virtud de las modificaciones acordadas por

las partes. Y, por el contrario, quedó debidamente comprobado que nunca pagó el porcentaje en especie con destino a la separación del apartamento 205 del Proyecto Laya 119.

De ese modo, al no estar demostrado en el proceso que se trató de un contratante cumplido, no es posible predicar de su adversario que estuvo en mora; ni, mucho menos, imputarle responsabilidad por incumplimiento con la correspondiente indemnización de perjuicios y pago de la penalidad contractual.

4.2.2. El incumplimiento de la empresaria, por su parte, quedó suficientemente evidenciado en el proceso. De ello dieron cuenta los testimonios de Sergio Espejo Niño y de José Loaiza, quienes relataron en audiencia que presenciaron las irregularidades en la ejecución de la obra.

Así, el ingeniero Sergio Espejo, quien fue supervisor técnico de la obra y era el encargado de verificar que la construcción se adelantase de conformidad con los planos y demás requerimientos técnicos, relató que en el costado suroccidental de la cimentación se tuvo que hacer una excavación mayor a la proyectada porque había material no competente, el cual hubo que retirar para poner en su lugar un concreto diferente. También señaló que las columnas del costado sur no tenían el hierro adecuado para la obra. Indicó que la losa del primero piso (de aproximadamente 700 m²) quedó con huecos y hubo que retirarla. De igual modo, refirió que hubo necesidad de demoler y reconstruir unas viguetas; y que no se vertió el concreto de manera correcta en las columnas de los pisos 1º y 2º, por lo que debieron ser demolidas. A todo lo anterior, se sumaron los retrasos en la obra como por mes y medio.

Por su parte, el arquitecto José Jair Loaiza, director y supervisor de obra del Edificio Laya 119, aseguró que hubo retrasos en el suministro de los materiales, mala ejecución, problemas de calidad y poco personal. Señaló que en diciembre Proyektarte no había entregado el porcentaje de la obra acordado; no tenía maestro de obra; hubo problemas en placas y columnas; no se usó el acero de refuerzo que se había establecido en los planos estructurales; debieron demolerse las columnas, lo que

generó retrasos en la programación de la obra; y se presentaron problemas de cimentación.

De igual modo, en el informe presentado por Sergio Espejo Niño, en calidad de representante legal de la firma Gestión Civil, encargada de realizar la supervisión técnica de la obra, constan los incumplimientos y deficiencias en que incurrió la empresaria. [Folio 145 y siguientes, cuaderno 1]

Finalmente, la misma representante legal confesó en su interrogatorio que incumplió sus obligaciones contractuales; sin admitir, claro está, su responsabilidad, pues atribuyó su incumplimiento al correlativo y anterior incumplimiento de su contraparte.

4.3. Es cierto que el incumplimiento recíproco no implica necesariamente la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, pues ello sólo ocurre cuando las partes asumen obligaciones simultáneas, concomitantes o coetáneas (dando y dando); pero no cuando se trata de obligaciones sucesivas, es decir cuando uno de los contratantes debe pagar primero su prestación para que su contraparte pueda cumplir con la suya.

Así ha sido reconocido por la jurisprudencia de la Corte Suprema, que en fallo reciente reiteró que *“... en el evento de que las obligaciones asumidas por ambos extremos no sean de ejecución simultánea, sino sucesiva, se ha precisado que, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, quien primero incumple automáticamente exime a su contrario de ejecutar la siguiente prestación, porque esta última carece de exigibilidad en tanto la anterior no fue honrada”*.⁹

La empresaria, en suma, tenía la posibilidad de ganar su demanda, a pesar de estar probado su incumplimiento, si hubiera demostrado que su obligación no era simultánea o concomitante, sino sucesiva; es decir, que la ejecución del contrato a su cargo dependía del cumplimiento previo de las obligaciones del dueño de la obra. Pero no cumplió con su carga demostrativa, pues no hay en todo el acervo probatorio el más mínimo indicio que permita colegir que se trató de una obligación de esas

⁹ SC1209-2018 del 20 de abril de 2018. Exp.: 11001-31-03-025-2004-00602-01.

características; por el contrario, según se advierte en el clausulado del contrato, la sociedad contratante se obligó a cancelar una parte del anticipo al perfeccionarse aquel y a, su vez, la contratista le correspondía iniciar la obra encomendada, pues el término pactado empezaba a correr “a partir de la firma” del mismo.

Probado, entonces, que ambas partes incumplieron sus obligaciones, tratándose de prestaciones recíprocas y simultáneas, hay que concluir de manera necesaria que ninguna de ellas estuvo en mora frente a la otra, por lo que no hay manera de ordenar el pago de perjuicios, en caso de que las pretensiones de devolución de saldos formuladas en ambas demandas se llegaren a interpretar como una especie de indemnización de perjuicios, dada la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido propuesta por ambas partes.

Mas, si llegara a interpretarse la pretensión de devolución de saldos, no como indemnización de perjuicios, sino como restitución en virtud de las prestaciones recíprocas que surgen (aún de oficio) a partir de la declaración judicial de terminación o extinción del contrato, en todo caso no hay manera de saber cuánto fue la cantidad de dinero que realmente la dueña de la obra pagó a la empresaria.

La actora solicitó reintegrar a su poderdante “*los dineros entregados a título de anticipo, esto es la suma de \$293'884.438,50*” [folio 69]. Pero jamás explicó la razón jurídica de su pretensión, pues se probó que ese adelanto fue invertido por la empresaria en la construcción de la obra que finalmente le entregó. De manera que al haber admitido en sus alegatos de conclusión que la demandada ejecutó la obra por valor de \$651'420.005, no se advierte por ninguna parte cuál fue el perjuicio económico que sufrió ni se justifica la devolución del aludido anticipo.

De manera intempestiva, es decir por fuera del término legalmente permitido para reformar la demanda, la actora fue cambiando de parecer. En ese orden, a lo largo del proceso y sin que el juez director del proceso la interpelara a tal respecto, mutó su solicitud, ya no encaminada a obtener la devolución del anticipo de \$293'884.438,50, sino a que se le devolviera la suma que pagó en exceso con relación al valor de la obra que recibió.

Para justificar la abrupta variación de su pedimento, adujo como hecho nuevo no mencionado en la demanda ni en la fijación del litigio, que el total que le pagó a la empresaria fue de \$810'680.238, por lo que la diferencia respecto al valor de la obra que recibió (\$651'420.005) denotaba –en su sentir– el incumplimiento de las obligaciones de la demandada. En la misma falacia incurrió el juez de la primera instancia al dictar su sentencia.

Tal razonamiento es errado porque el incumplimiento de la obligación del dueño de la obra quedó probado al no haber pagado el anticipo en la forma y plazos acordados. Y tal situación no cambia por el hecho de que hubiera pagado a la empresaria una cantidad de dinero superior a la que inicialmente se estipuló como adelanto, pues el incumplimiento que le atribuyó la demandada –y que se probó en el proceso– radicó en un pago extemporáneo, pero no incompleto. Si la dueña de la obra pagó más de ese valor, ello no purga su incumplimiento, y sólo indica la desorganización de los contratantes al no tener claridad sobre las prestaciones a su cargo.

Ambas partes deshonraron sus obligaciones recíprocas y concomitantes, y se escudaban bajo el pretexto del incumplimiento de la parte contraria para no atender sus obligaciones; se reunieron varias veces para modificar los plazos de entrega y los términos y formas de pago para, nuevamente, incumplir. Esa fue la constante de la relación contractual tal como quedó en evidencia, hasta que, finalmente, al volverse la situación insostenible para ambos, dieron por terminada la relación contractual: la dueña de la obra no pagando más y contratando a otro empresario; y Proyecktarte S.A.S. expresando por escrito la terminación “unilateral” del contrato. Eso fue lo que realmente sucedió.

Que entre incumplimiento e incumplimiento de parte y parte se llegara a pagar más del valor estipulado como anticipo, y que la empresaria lograra ejecutar la obra valorada por ambos contratantes en la suma de \$651'420.005, en nada cambia la situación antes descrita y, por el contrario, sólo evidencia el desorden y falta de profesionalismo de los negociantes, pues un constructor responsable no llega a tal estado de negligencia; sobre todo cuando en el proceso quedó demostrado que no era la primera

vez que entre la empresaria y Lenguaje Urbano se presentaban situaciones de incumplimiento, pues ya en ocasiones pretéritas se había presentado un escenario similar. [Ver testimonio de José Jai Loaiza]

De manera que, aun en el caso hipotético de que hubiera existido una diferencia entre el precio pagado y el valor de la obra ejecutada –lo cual no se probó–, ello no cambia para nada el hecho probado del incumplimiento recíproco; y tan sólo evidenciaría que la parte que tuviera un saldo a favor sufrió un detrimento en su patrimonio que debe ser restituido, no como indemnización de un perjuicio derivado del incumplimiento de la contraparte, pues –se insiste– al no haber parte cumplida, no hay manera de imputarle mora al deudor ni daños ocasionados por su tardanza; sino en virtud de las restituciones mutuas que se hubieren ocasionado con la extinción del contrato.

Pero más allá de que las partes no concretaron a título de qué debía devolverseles el saldo a favor que resultare probado –falencia que podía enmendarse de oficio–, lo cierto es que no hay manera de establecer cuánto fue la cantidad que verdaderamente la dueña de la obra pagó a la empresaria. Ni los documentos adosados al proceso ni los dictámenes rendidos por las peritas contables lograron determinar esa cifra.

La representante legal de Proyecktarte S.A.S., en su declaración de parte, nunca tuvo claro cuánto se le pagó; y el dictamen contable que allegó a la actuación, lejos de establecer con objetividad, claridad y precisión el monto del dinero que en realidad entró al patrimonio de la empresaria por concepto de pago del precio de la obra, se dedicó a reiterar el desconocimiento que la parte demandada hizo de los conceptos señalados por la actora.

No obstante, la carga de la prueba del pago del precio recayó, exclusivamente, sobre la parte que alegó el cumplimiento de esa obligación, es decir Lenguaje Urbano; quien se caracterizó por variar el monto de esa cantidad durante todo el proceso y, aun, después de emitida la sentencia, cuando se pronunció frente a la solicitud de corrección de errores aritméticos formulada por la demandada.

Tampoco el dictamen pericial presentado por la actora arrojó luces sobre el total del dinero pagado; pues la contadora que lo rindió no supo explicar de dónde sacó las sumas que consideró como partes del pago del precio.

En ese orden, carece de sentido -como se explicó con anterioridad- incluir como parte del precio pagado cualquier cifra por concepto de pago en especie para ser abonado al encargo fiduciario, pues nada se abonó para la separación del apartamento 205 de proyecto. De ahí que la suma de \$79'249.072 que se incluyó por esa referencia no tiene ningún sustento.

Tampoco se supo nunca cuál fue la suma autorizada por concepto de retregarantía, ni cuánto se devolvió por ese concepto.

Mucho menos hubo precisión sobre cuál fue la cantidad que se pagó en especie por concepto de concreto, pues se atribuyó a Proyektarte un material que ésta no pudo haber recibido, como el que se destinó para la construcción de los pilotes del edificio, a pesar de haberse demostrado que la empresaria no construyó los pilotes ni fue contratada para ello; al igual que facturas generadas después de que las partes dieran por terminado el contrato. Según las cuentas de la demandada, esa suma cobrada de más asciende a \$13'240.731.

Hay, asimismo, una suma de \$22'238.000, que aparece cobrada doblemente, pues se incluyó como pago de anticipo en especie con concreto y, además, como pago por fuera del anticipo.

La suma de \$1'117.949 que la Concretera Tremix descontó de la factura correspondiente [folio 383] por haber entregado una cantidad menor de concreto de la que fuera inicialmente cobrada.

La actora, en fin, no supo explicar cuánto fue la suma que efectivamente pagó a la empresaria; por lo que mal podría pretender que se le reconociera un saldo a su favor.

Razón tuvo el juez de primer grado cuando desconoció el valor material de los dictámenes periciales por estar plagados de inconsistencias, consideraciones subjetivas, inexactitudes y ausencia de fundamentos. Lo contradictorio de su decisión consistió en concluir, a pesar la completa indeterminación del precio pagado, que la parte actora cumplió su obligación y, además, que le quedó un saldo a su favor.

Ante la falta de elementos de conocimiento que permitan establecer con certeza a cuánto ascendió la suma de dinero que Lenguaje Urbano pagó a Proyektarte por la fracción de la obra que ejecutó, no puede el funcionario judicial suplir la negligencia demostrativa de las partes; ni mucho menos determinar qué rubros deben tenerse en cuenta y cuáles deben ser descontados, pues esa era la misión de los peritos contables; o, peor aún, inventarse una suma de la nada para satisfacer los caprichos de las partes, pues no otra cosa fue la solicitud de unas pretensiones que no probaron las afirmaciones en que quisieron apoyarse.

Por sustracción de materia, nada hay que decir con relación a la solicitud de pago de intereses moratorios.

5. Por último, en lo que respecta a la cláusula penal, no hay manera de concederla a favor de ninguna de las partes; no sólo porque –como ya se demostró con suficiencia– ambas partes incumplieron, de suerte que no es posible atribuirle mora a una sola de ellas; sino, además, por una razón aún más radical, consistente en que la terminación del contrato por mutuo disenso tácito aparejó la extinción de la cláusula penal.

En efecto, siendo la cláusula penal una prestación de carácter accesorio destinada a reforzar el cumplimiento de la obligación principal, como sin dudas se infiere del tenor literal del artículo 1593 del Código Civil, la consecuencia que se produce cuando deja de existir la obligación primigenia, es la extinción indefectible de la penalidad convencional.

Ello es así –explica PEIRANO FACIO– *“por cuanto si la cláusula penal es una obligación accesoria, no puede existir aisladamente sin una obligación que revista respecto de ella la calidad de principal, y a la cual ella acceda”*. Aun cuando

materialmente pudiera continuar existiendo –explica el mencionado autor– *“no tendría ninguna razón para continuar produciendo sus efectos, ya que si la cláusula penal es un medio compulsivo para hacer ejecutar al deudor la obligación principal, pierde su razón lógica de ser por el solo hecho de que la obligación principal no exista: si esto sucede desaparece su utilidad y finalidad”*.¹⁰

La alusión exclusiva a la nulidad, no es más que un error de redacción del artículo 1593, pues la doctrina concuerda en que la extinción de la cláusula penal por aniquilación de la obligación principal no se limita a la nulidad, sino a cualquier otra forma de terminación del contrato, como lo es el pago, la compensación, la remisión, la novación, la confusión, la imposibilidad de pago, la anulación, la prescripción, la condición resolutoria, o la resiliación por mutuo disenso tácito, pues no hay ninguna razón para afirmar que sólo la nulidad declarada genera la extinción de las obligaciones.¹¹

“La cláusula penal –explica VALENCIA ZEA– constituye una obligación accesoria a la obligación principal cuyo cumplimiento pretende asegurarse en forma eficaz (ENNECERUS – LEHMANN). En consecuencia, todo lo que influye sobre la obligación principal asegurada influye sobre la obligación penal; pero no todo lo que influye sobre la obligación penal alcanza a influir sobre la obligación principal”. Así, por ejemplo, *“si no alcanzó a nacer la obligación principal es totalmente ineficaz la cláusula penal”*; *“si se extingue la obligación principal, se extingue la obligación penal”*; *“en general, la cesión del crédito principal implica cesión de la cláusula penal”*.¹²

La única excepción a la anterior regla, es la que consagra el segundo inciso del artículo 1593, a cuyo tenor: *“Con todo, cuando uno promete por otra persona, imponiéndole una pena para el caso de no cumplirse por ésta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona”*.

¹⁰ Jorge PEIRANO FACIO. *La cláusula penal*. Bogotá: Temis, 1982. p. 310.

¹¹ *Ibid*, pp. 311 y siguientes.

¹² Arturo VALENCIA ZEA. *Derecho civil, tomo III. De las obligaciones*, 4ª ed. Bogotá: Temis, 1974. pp. 421-423.

A partir de las anteriores consideraciones, no se aviene a discusión el hecho de que, una vez se extinguió la obligación por mutuo disenso tácito, al haberla dado por terminada la dueña de la obra cuando contrató a otro empresario; y al haberla abandonado la demandada, al punto de dejar consignado en acta su deseo de extinguir la relación negocial, tal como lo admitieron ambas partes al afirmar que el contrato concluyó el 16 de abril de 2016, la única conclusión que se impone es declarar que, junto con la obligación principal, se extinguió la obligación accesoria contenida en la cláusula penal. Su falta de vigencia, en suma, impide cualquier pronunciamiento al respecto.

6. Siendo así, la única declaración que se hará será la concerniente al reconocimiento judicial de la extinción del contrato por mutuo disenso tácito; que, si bien no fue solicitada por ninguna de las partes, es la única consecuencia jurídica que se deduce de los supuestos de hecho que quedaron demostrados; debiéndose declarar de oficio, no sólo por ser una materia íntimamente ligada con lo que fue objeto del litigio –por lo que no podría tildarse esa decisión de incongruente– sino, principalmente, porque la figura que se analizó generalmente ha sido declarada de oficio por la Corte Suprema para ofrecer una tutela judicial efectiva y no dejar la controversia en la más completa indeterminación.

Ante la prosperidad parcial del recurso de apelación, no hay lugar a imponer condena en costas en esta instancia.

En tal virtud, se revocará la decisión apelada para, en su remplazo, reconocer de oficio la terminación del contrato de obra celebrado entre las partes por mutuo disenso tácito, negar las pretensiones de la demanda principal y de reconvención, y declarar la excepción de contrato no cumplido formulada en sendas contestaciones.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá en el proceso de la referencia.

SEGUNDO. En su lugar, **NEGAR** las pretensiones de la demanda principal, así como las de la demanda de reconvención.

TERCERO. DECLARAR la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido, formuladas en sendas contestaciones.

CUARTO. RECONOCER la terminación del contrato de obra celebrado entre Lenguaje Urbano S.A. y Proyektarte S.A.S., por mutuo disenso tácito de las partes.

Sin costas en ninguna de las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada


CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada

-Con aclaración de voto-


ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación 11001-31-03-001-2017-00385-02. Verbal –demanda de reconvención promovido por PROYEKTARTE S.A.S. contra LENGUAJE URBANO S.A.

Con el debido respeto que siempre he profesado a las señoras Magistradas integrantes de la Sala de Decisión, me permito consignar a continuación las razones por las cuales aclaro mi voto, respecto a la indebida aplicación del trámite del recurso de apelación regulado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, en el presente asunto.

Es indudable que la pandemia que nos afecta hizo imperativa la declaratoria de emergencia sanitaria; y, por ende, la expedición de la normativa declarativa de su desarrollo, como la que nos ocupa. Pese a ello, es claro que la situación del estado de excepción no permite el desconocimiento de la constitución, ni de la ley. En consecuencia, se incorpora en la Legislación Colombiana ya existente.

Revisado el Decreto Legislativo 806 de 2020, aunque indica que se adoptará “... en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición...”, no creó un régimen especial de transición. Lo que conlleva que para su aplicación deba ajustarse al Código General del

Proceso.

Entonces, descendiendo al asunto *sub-examine*, encontramos que tal precepto modificó por un término de dos años el trámite del recurso de apelación en asuntos civiles regulado en el Estatuto en cita. Por ende, se trata de una norma procesal, que entró en vigor desde el 4 de junio hogaño¹³, por lo que predomina respecto de la disposición que disciplina el decurso de ese medio de impugnación, toda vez que el artículo 624 del Código General del Proceso indica:

“...Modifíquese el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, el cual quedará así:

“Artículo 40. Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir...”.

En ese sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido constante en sostener sobre la irretroactividad de los actos legislativos, como el que contempla la memorada regla que:

“...uno de los fundamentos esenciales del ordenamiento jurídico es el de considerar que las leyes y actos administrativos rigen hacia el futuro. En este sentido se encuentra el artículo 52 del Código de Régimen Político y Municipal que establece que «la Ley no obliga sino en virtud de su promulgación, ... Asimismo, se observan los artículos 17 y 19 de la Ley 153 de 1887, los cuales disponen como regla general el principio de irretroactividad con el fin de mantener la seguridad jurídica y la protección del orden social. Como bien lo ha precisado esta Corporación «el efecto retroactivo y la regla que lo prohíbe, se contraponen del efecto general e inmediato de la ley, según el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se

¹³Según el artículo 16 de la Decreto Ley 806 de 2020.

aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro...¹⁴.

Sin embargo, no debe pasarse por alto que la disposición en comento, esto es, el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, regula que la nueva ley procesal no tiene aplicación inmediata, ya que en tratándose de “...**los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones...**” –resalta la Sala-

En estas condiciones, la inaplicación de dicha preceptiva se revela nítida en lo relativo a los recursos planteados en vigencia de la ley procesal anterior, pues, precisamente, al amparo de aquella norma, si el medio de impugnación se inició bajo el imperio de una determinada norma, debe continuar su decurso al tenor del procedimiento establecido por esta disposición hasta tanto culmine su trámite. Vale decir, no cambian las reglas procesales de actuaciones que ya estaban en curso. Desconocer estos principios desemboca en que las partes pueden verse afectadas al modificarles las reglas que observaron cuando formularon sus reparos. Sin temor a equivocación, es una vulneración al debido proceso estipulado en el artículo 29 de la Carta Magna.

Desde esa perspectiva, las prescripciones contenidas en el Decreto 806 de 2020 sobre el trámite de la alzada no son de recibo para los recursos de esa naturaleza que tuvieron su génesis antes que entrara en vigencia la mencionada disposición, pues a voces del Alto Tribunal

¹⁴ Consejo de Estado. Sentencia de 14 julio de 2011, expediente 85/2009-00032-02.

Civil, *“...cuando una norma posterior modifica los requerimientos relativos al nacimiento o finalización de una situación jurídicamente relevante, en línea de principio, no puede alterar las situaciones que están consolidadas en el pasado, ni violentar los derechos adquiridos, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y someter a la sociedad a una situación permanente de incertidumbre...”*¹⁵.

Con tal criterio, también se acompasa lo consagrado en el inciso final del artículo 624 del Código General del Proceso, ya reseñado, es decir, los casos excepcionales en que se aplica una ley procesal derogada a determinados actos procesales en curso, los cuales son imposibles de seccionar porque no se han consumado cuando entra en vigor la nueva norma.

Memórese que respecto de ese tópico, desde antaño, la honorable Corte Suprema de Justicia ha enseñado:

*“...según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, algunas situaciones, así: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener operancia y no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal...”*¹⁶.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de febrero de 2018, expediente 11001311001820080033101.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Autos del 17 de mayo de 1991 y del 9 de mayo de 2002, expediente 2002-0066-01.

En pronunciamiento más reciente, la Alta Corporación insistió en que:

“...los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación»¹⁷. Para los eventos antes mencionados, que representan actuaciones judiciales caracterizadas por su unidad, autonomía e independencia, no hay posibilidad de fraccionar el acto procesal con el fin de dar cabida a la nueva ley, porque éste constituye un todo inescindible que se rige, desde que se formula hasta que se decide, por la ley anterior, sin que pueda sacrificarse su integralidad para admitir que una es la normatividad que ampara su inicio y otra diferente la que debe atenderse para su resolución...”¹⁸.

Las directrices precedentes, conllevan a concluir que si la alzada que nos ocupa se planteó cuando no había entrado en vigencia el Decreto 806 de 2020, lo propio era tramitarla bajo los lineamientos del Estatuto Adjetivo Civil y no al amparo de la previsión contemplada en aquel acto legislativo, en virtud del fenómeno de ultractividad, “...[d]e donde emerge entonces que si el acto procesal comenzó a desarrollarse en el tiempo previo a la entrada en vigencia de la ley modificatoria, la norma aplicable seguía siendo la anterior...”¹⁹.

Puestas así las cosas, en el *sub-lite* no era dable impartir a la opugnación el curso señalado en el aludido decreto legislativo, sino convocar a la audiencia prevista en el artículo 373 del Código General del Proceso, dado que al haberse iniciado el memorado recurso bajo el imperio de este ordenamiento, es el llamado a seguir rigiéndolo, con sustento en el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

De acuerdo con lo discurrido, estimo que las anteriores

¹⁷ Debe advertirse que el sentido de esa misma regla se hace expreso en los artículos 699 del Código de Procedimiento Civil, 17 del Decreto 2272 de 1989 y 140 del Decreto 2303 de 1989.

¹⁸ Auto de 20 de septiembre de 2010, expediente 11001-02-03-000-2010-01226-00.

¹⁹ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de mayo de 2008, expediente 11001020300020070077600.

consideraciones debieron ser tenidas en cuenta para tramitar la apelación de la referencia.

En los términos esbozados en precedencia, dejo aclarado mi voto.

Fecha *ut supra*,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

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

Bogotá D. C., primero de septiembre de dos mil veinte

Ref. Proceso verbal (de declaración de terminación de un contrato de promesa de compraventa), de **Néstor Guillermo Cruz Cruz** frente a **Fernando Miguel Díaz Díaz**.

11001 3103 032 2019 00407 01

Se CONFIRMA el auto apelado, de fecha 4 de febrero de 2020 (cuya alzada le correspondió por reparto al suscrito Magistrado el 20 de agosto del 2020), por medio del cual, el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá se abstuvo de decretar “el secuestro de las unidades rentísticas del inmueble” sobre el que recaen las pretensiones incoadas por el ahora apelante.

Lo anterior obedece a que el artículo 590 del C.G.P. (num 1º, lit. a), indica, en forma expresa, que en procesos declarativos como el de la referencia, la medida de secuestro de los “bienes objeto del proceso”, es procedente siempre y cuando se profiera “sentencia de primera instancia” favorable al demandante, hipótesis que todavía no ha tenido ocurrencia en el asunto de la referencia.

Conviene añadir que tampoco la reseñada cautela procede a la luz del literal c del numeral 1º del artículo 590, *ib.*, pues tal precepto (aplicable a asuntos que por sus particularidades resulten en verdad excepcionales, lo que acá no acaece) permite que el juez de conocimiento decrete “**cualquier otra medida** (vale decir, innominada, esto es distinta de la inscripción de la demanda, del embargo y del secuestro, cuya regulación quedó establecida en los literales a y b de la misma disposición) que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio...”.

Sin costas en esta instancia, por no aparecer justificadas. Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado



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

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación. **11001-3199-002-2019-00452-02**
Asunto. Verbal Declarativo
Recurso. Apelación Auto
Demandante. Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios
S.A.
Demandado. Edmundo Rodríguez Sobrino

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la demandante frente al auto proferido el 31 de enero de 2020, por la Superintendencia de Sociedades, dentro del proceso citado en la referencia.

ANTECEDENTES

1. El 4 de diciembre de 2019, la demandante solicitó como cautela ordenar al demandado *“abstenerse de realizar cualquier acto dispositivo respecto de (i) los bienes materiales o inmateriales sobre los que tenga un derecho real, o cualquier otro derecho o interés... (ii) todos los derechos de crédito de los que es titular, incluidos aquellos derivados de cualquier contrato laboral, comercial o civil que haga parte...”*.

2. El auto confutado negó el decreto de esa preventiva, porque consideró que la solicitud había sido formulada en forma genérica, pues no individualizaba el objeto sobre el cual recaería, circunstancia que, por demás, impedía el análisis de los demás presupuestos, esto es, los de necesidad, efectividad y proporcionalidad contemplados en el literal c, numeral 1º del artículo 590 del Código General del Proceso, incumpliendo, así, el interesado con la carga de especificar los bienes materiales, inmateriales y/o derechos que serían afectados.

De igual modo, relievó que la cautela solicitada “*se asemeja funcionalmente a la medida nominada de embargo*”, la cual de cara a lo normado en el artículo 593 del C.G.P. y, dada la naturaleza declarativa de la acción, procedía tan solo en caso de sentencia favorable, más no desde el inicio del trámite.

3. Contra esa determinación, el extremo inconforme formuló reposición con apelación subsidiaria, argumentando, en lo medular, que al desconocer qué bienes o derechos de crédito están a nombre de su contraparte acudió a las preventivas innominadas, con el objeto de proteger la efectividad de una eventual sentencia a favor; propósito frustrado ante la decisión recurrida, la cual le impuso una carga imposible de cumplir, máxime cuando el numeral c) del artículo 590 del C.G.P., no obliga al interesado “*describir con exactitud el objeto de la medida*”.

Puntualizó que la orden versaría sobre un conjunto de bienes y/o derechos, cuyo monto equivaldría a los perjuicios deprecados, permitiendo así, el análisis de los requisitos de necesidad, efectividad y proporcionalidad.

Acotó, que la Corte Suprema de Justicia “ha avalado el decreto de un embargo como medida innominada”; sin embargo, la solicitada, ostenta varias diferencias respecto a aquella, en tanto que no requiere de inscripción, tampoco de secuestro y no tiene como efecto sacar los bienes del comercio.

4. En proveído de 6 de marzo de 2020, el funcionario de primera instancia mantuvo la decisión censurada y concedió el recurso de alzada.

CONSIDERACIONES

1. Conviene memorar que las medidas cautelares tienen por objeto “*precaver y prevenir las posibles contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas, los bienes o los medios de prueba mientras se inicia un proceso o se adelanta el mismo.*”¹

¹ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, Código General del Proceso - Parte General. Dupre Editores 2017. Pág. 1075.

2. Ahora bien, tratándose de procesos declarativos, como lo es el *sub júdice*, el legislador impuso mayores restricciones a la posibilidad de practicar las mismas, con miras a afectar el patrimonio de una de las partes, dada la incertidumbre de la existencia del derecho y su titularidad, pues, ello, tan solo queda determinado al momento de decidir el mérito de la aspiración del demandante, es decir, con la emisión del fallo.

Por esa razón, el artículo 590 del Código General del Proceso, consagró el régimen de las medidas cautelares para este tipo de trámites, autorizando el decreto de las siguientes:

a) La inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro y el secuestro de los demás cuando lo pretendido verse sobre dominio u otro derecho real principal, directamente o como consecuencia de una pretensión distinta o en subsidio de otra, o sobre una universalidad.

b) La inscripción del libelo sobre bienes sujetos a registro que sean de propiedad del demandado, cuando lo perseguido es la indemnización de perjuicios en asuntos de responsabilidad contractual o extracontractual; y

c) Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para proteger el derecho objeto del litigio.

En punto de estas últimas, la Corte Constitucional en sentencia C- 835 de 2013, expresó *“Las medidas innominadas son aquellas que no están previstas en la ley, dada la variedad de circunstancias que se pueden presentar y hacen difícil que sean contempladas todas por el legislador, que pueden ser dictadas por el juez acorde con su prudente arbitrio, para ‘prevenir que pudiera quedar ilusoria la ejecución del fallo o cuando hubiera fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra’ (...).”*

Cuando el legislador instituyó la medida atípica, genérica o innominada, confirió al juez un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre la misma, en cuanto lo

facultó para escrutar su proporcionalidad, necesidad y utilidad; empero, ello no comporta que “pueda de oficio inventar o decretar la medida que en su parecer sea apropiada, sin que haya petición de parte”, sino que una vez le haya sido solicitada, y advierta que afecta en mayor grado los derechos del demandado, puede de oficio sustituirla por otra más razonable, o reducir su intensidad ordenando una más benigna².

3. La cautela pretendida comporta la prohibición de ejecutar actos dispositivos sobre una universalidad de bienes y de derechos, en tanto la parte actora omitió especificar los mismos, lo cual no sólo impide determinar los presupuestos exigidos para el decreto de la cautela innominada (proporcionalidad, necesidad, razonabilidad y efectividad), sino también la materialización de la misma, amén que no es factible establecer su alcance (C.G.P., artículo 590, literal c).

Por supuesto, ante una medida inespecífica, como la aquí pretendida, no es factible determinar los aludidos requisitos, especialmente la razonabilidad y la proporcionalidad, por cuanto no hay manera de escrutar la concurrencia de un equilibrio entre la cautela ambicionada, los derechos con respecto al patrimonio del demandado sobre el cual recaen y las pretensiones que busca satisfacer, con el fin de prevenir cualquier tipo de abuso con el eventual decreto de aquella, a la par que con ella se proteja el derecho objeto de litigio.

Mucho menos aflora su efectividad, pues, en los términos en que fue reclamada, se circunscribía a emitir una orden de abstención de ejecutar actos de disposición sobre bienes, sin saber cuáles, lo que, obviamente, impediría adoptar un mecanismo legal para asegurar su cumplimiento, al punto que en esas condiciones, por vía de ejemplo, ni siquiera a través de comunicaciones es factible impedir la concreción de actos de disposición por el demandado de sus bienes y derechos, dada la imposibilidad de identificarlos.

Esos aspectos son necesarios establecerlos para evaluar la procedencia de la medida preventiva, toda vez que su naturaleza innominada reside en que es distinta a

² VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso*. En: Memorias del XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Bogotá: Universidad Libre, 1ª edición, septiembre de 2012, pág. 175.

las demás previstas por el legislador, pero no por ello, puede el interesado acudir a la misma, con el fin de cautelar bienes indeterminados de su contradictor, pues lo innominado es la cautela más no el patrimonio o derecho respecto del cual ha de recaer.

4. Por esas breves razones, el auto impugnado será confirmado, sin que haya lugar a fijar condena en costas, como quiera que el contradictorio no ha sido conformado.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

Primero.- CONFIRMAR el auto de 31 de enero de 2020, proferido por la Superintendencia de Sociedades, dentro del proceso verbal que adelanta Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. contra Edmundo Rodríguez Sobrino.

Segundo.- Sin condena en costas.

Tercero.- Oportunamente, **devuélvase** la actuación a la oficina de origen, previas las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Magistrada

(3 autos)

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	OBIPROSA COLOMBIA S.A.
DEMANDADA	:	ATMOSFERA DISEÑAMOS ESPACIOS S.A.S.
RADICACIÓN	:	11001 31 99 001 2018 24196 03
FECHA	:	1 de septiembre de 2020

I. OBJETO

El Tribunal resuelve sobre la solicitud de que se tenga en cuenta en el trámite de la segunda instancia el documento allegado por la sociedad demandada, referido a la resolución a través de la cual la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió una solicitud de revocatoria directa. Mediante el referido acto administrativo, dicha entidad revocó la resolución N° 69561 de 4 de diciembre de 2019 en sus artículos 1°, 2°, 3° y 4°, declaró infundada la oposición presentada por OBIPROSA COLOMBIA S.A. y concedió el registro de la marca mixta ATMOS DESIGN.

Para fundar dicha solicitud, la sociedad demandada alegó que se trata de una prueba documental que da cuenta que se le concedió el registro de la marca ATMOS DESIGN y que, por ende, resulta relevante para la decisión, pues permite poner cierre a cualquier controversia sobre la existencia de infracciones a la propiedad industrial o actos de competencia desleal.

Si bien en el escrito presentado por la accionada no se solicita expresamente que se decrete el referido documento como prueba, lo cierto es que la única vía que permite que aquel se “*tenga en cuenta*”, como se peticiona en el memorial, es bajo su incorporación al expediente como medio probatorio.

Esta solicitud está llamada al fracaso debido a que precluyó la etapa para reclamar la práctica de pruebas en el trámite de apelación de la sentencia anticipada y tampoco se observa que se trate de un documento cuya incorporación deba ordenarse oficiosamente en esta instancia.

En efecto, de conformidad con el artículo 327 del C.G.P., en el trámite de la segunda instancia se podrá pedir la práctica de pruebas “*dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación*”. Esta oportunidad feneció sin que se elevara solicitud probatoria alguna, lo que impide estudiar esta petición bajo dicha preceptiva, a pesar de tratarse de hechos sobrevinientes.

Vencido dicho período únicamente queda abierta la posibilidad de que el juez decrete oficiosamente las pruebas que se pretendan hacer valer, para lo cual aquellas deben ser “*necesarias para esclarecer los hechos objeto de la controversia*” (art. 169 del C.G.P). Este último presupuesto no se cumple en el presente caso, pues la discusión que se ventila en sede de apelación versa exclusivamente sobre la sentencia anticipada parcial proferida por el *a quo* al encontrar parcialmente probada la excepción de cosa juzgada (num. 3°, art. 278).

El juez fundó su decisión de declarar la prosperidad parcial de la defensa mencionada en la existencia de un acuerdo conciliatorio, en virtud del cual las partes resolvieron con efectos de cosa juzgada los conflictos señalados en el documento contentivo del arreglo que alcanzaron.

Desde esa perspectiva, no se advierte que la documental que se solicita se tenga en cuenta resulte necesaria para esclarecer los hechos de la controversia que ahora se ventilan, pues lo cierto es que aquella no arroja luces sobre el alcance o efectos del acuerdo conciliatorio, para establecer cuáles son los conflictos sobre los que recae el efecto de cosa juzgada que se predica de la solución alcanzada en mediante dicho mecanismo alternativo de solución de conflictos.

Como lo señaló la peticionaria en su memorial, se trata de un documento que eventualmente podría servir para establecer la existencia de conductas infractoras de la propiedad industrial o actos de competencia desleal, debate que escapa al debate que se ventila en el trámite de la

segunda instancia, circunstancia que refuerza la conclusión de que no se dan los requisitos para que se decrete oficiosamente como prueba.

Sin más consideraciones, se **negará** la solicitud de tener en cuenta el documento presentado por la sociedad demandada.

Notifíquese,

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL 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:

**d1016ce8ad9cf88540b9730bc88dfd6c9a06464429dbdbfd93d1766624f
23f0b**

Documento generado en 01/09/2020 04:27:38 p.m.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Dual de Decisión

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Ref. 008201800275 01

Se rechaza, por improcedente, el recurso de súplica interpuesto por la parte demandante contra la providencia de 12 de agosto de 2020, por medio de la cual el Magistrado Sustanciador declaró que la caución hipotecaria presentada por Dealing In Fresh S.C.S. era suficiente y, en consecuencia, decretó la suspensión del cumplimiento de la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2019, habida cuenta que esa decisión no es de aquellas previstas en el artículo 331 del CGP, puesto que –por su naturaleza- no es apelable.

Téngase en cuenta que los artículos 321, 603 y 604 del Código General del Proceso no posibilitan apelar el auto que califica la caución. Y cómo los reparos de la demandante se circunscriben a ese específico tema, lo procedente es rechazar el recurso interpuesto.

Con todo, por secretaría imprímasele el trámite de una reposición, para atender lo dispuesto en el parágrafo del artículo 318 del CGP.

NOTIFÍQUESE,


MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado

Exp.: 008201800275 01

Adriana Ayala Pulgarín
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 006 CIVIL 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:
31bebc9c2ad009d685960f29ca01a40a277c77fbc39627d44172b62ff36476ed

Documento generado en 01/09/2020 04:15:19 p.m.

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

Bogotá D.C. primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Exp. 11001 31 99 001 2018 24196 03

Teniendo en cuenta que el pasado 4 de junio de 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 de 2020, *“por el cual de adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, este Despacho se dispone a dar aplicación a lo previsto en esta normativa respecto del recurso de apelación.

Lo anterior, considerando que se trata de una norma de aplicación inmediata y para conjurar los efectos adversos de la emergencia causada por la pandemia del Covid-19 y permitir la pronta reactivación de la administración de justicia, lo que impone que se tomen las medidas necesarias para su cumplimiento.

Así las cosas, se adecuará el trámite del recurso de apelación en el proceso de la referencia a la nueva normativa, por lo que, una vez ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término contemplado en el 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

En consecuencia, **se resuelve:**

PRIMERO: Adecuar el trámite del recurso de apelación interpuesto en el presente asunto a las reglas previstas en el Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

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

Notifíquese,

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Firmado Por:

**LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL 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:

**bcc32acb216c71debf065c9e07f13196d09313802744ded87fd7ddb
3736efc2a**

Documento generado en 01/09/2020 04:29:12 p.m.



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

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación.	11001-3199-002-2019 00452 01
Asunto.	Verbal-Responsabilidad del Administrador.
Recurso.	Apelación Auto
Demandante.	Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. – Inassa.
Demandado.	Edmundo Rodríguez Sobrino

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la sociedad demandante frente al auto proferido el 30 de enero de 2020, por la Superintendencia de Sociedades, dentro del proceso citado en la referencia.

ANTECEDENTES

1. La accionante al subsanar la demanda, solicitó, en el numeral tercero¹, la nulidad de la decisión adoptada por la Junta Directiva de la sociedad, el día 2 de diciembre de 2015, específicamente, en la que dispuso “... incorporar a la nómina de INASSA al Gerente de Gestión Corporativa, Diego García Arias, partir (sic) del año 2016 y confiéranse a los gerentes de INASSA, Germán Sarabia Huyke y Diego García Arias, un beneficio laboral equivalente a doce (12) meses de (sic) salario adicionales, al momento de su desvinculación laboral con la compañía”, súplica que, según el escrito de subsanación, se contrae a la impugnación de dicha determinación, por cuanto el demandado estaba incurso en un conflicto de intereses cuando la adoptó.

2. La Superintendencia de Sociedades rechazó la demanda, por cuanto estimó que operó la caducidad respecto a la impugnación de la decisión adoptada el 2 de diciembre

¹ Denominado “Pretensiones relativas de los Golden parachutes que Edmundo Rodríguez aprobó en favor de Diego García y Germán Sarabia”,

de 1995, por la Junta Directiva, mediante la cual aprobó el otorgamiento de un beneficio extralegal en favor de German Sarabia Huyke y Diego García Arias.

3. La demandante recurrió esa determinación, en reposición con apelación subsidiaria, alegando, en estrictez, que el término de “*prescripción*” aplicable es el previsto en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, más no el previsto en el artículo 382 del C.G.P.

CONSIDERACIONES

1. De entrada, resulta imperioso precisar que en la apelación el *ad quem* no tiene competencia plena o panorámica; por el contrario, está delimitada por los reproches del recurrente, lo que, por consiguiente, deja al margen del escrutinio cualesquier cuestión que no hubiere suscitado inconformidad en aquel.

De ahí que, en el caso sub-júdice, sólo se abordará el estudio del puntual aspecto combatido en la alzada, esto es, si operó o no el fenómeno extintivo invocado por el *a quo* (caducidad) y cuál es el término aplicable, toda vez que el impugnante ninguna censura planteó frente a la naturaleza de la pretensión contentiva de la ambicionada nulidad de la determinación adoptada por Junta Directiva el 2 de diciembre de 1995.

2. De acuerdo con el artículo 90 del C.G.P., el juez podrá rechazar la demanda en los puntuales eventos allí contenidos, entre ellos “...cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla” (inc. 2º, art. 90 *ibídem*).

2.1 De conformidad con el artículo 382 del C.G.P., “la demanda de impugnación de actos o decisiones de asambleas, juntas directivas, juntas de socios o cualquier otro órgano directivo de las personas jurídicas de derecho privado, sólo podrá proponerse, so pena de **caducidad**, dentro de los dos (2) meses siguientes a la fecha del acto respectivo y deberá dirigirse contra la entidad”, salvo que aquellos estén sujetos a registro, evento en que el término se contará desde la fecha de inscripción del acto.

Esa preceptiva guarda armonía con lo preceptuado en el artículo 191 del Estatuto Comercial, a cuyo tenor “los administradores, los revisores fiscales y los socios ausente

o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los Estatutos. La impugnación sólo podrá ser intentada dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sean adoptadas las decisiones, a menos que se trate de acuerdos o actos de la asamblea que deban ser inscritos en el registro mercantil, caso en el cual los dos meses se contarán a partir de la fecha de la inscripción” (subrayas fuera de texto).

La jurisprudencia ha explicado que la caducidad “*comprende la expiración (o decadencia) de un derecho o una potestad, cuando no se realiza el acto idóneo previsto por la ley para su ejercicio, en el término perentoriamente previsto en ella. (...) Por consiguiente, desde esta perspectiva es inherente y esencial a la caducidad la existencia de un término fatal fijado por la ley (...), dentro del cual debe ejercerse idóneamente el poder o el derecho, so pena de extinguirse. (...) O, para decirlo en otros términos, acontece que la ley, sin detenerse a consolidar explícitamente una particular categoría, consagra plazos perentorios dentro de los cuales debe realizarse a cabalidad el acto en ella previsto con miras a que una determinada relación jurídica no se extinga o sufra restricciones, fenómeno que, gracias a la labor de diferenciación emprendida por la doctrina y la doctrina, se denomina caducidad. (...) A su vez, a la caducidad, entendida como decadencia de la posibilidad de aducir una determinada pretensión por no haberse presentado oportunamente la demanda respectiva, alude frontalmente el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil [hoy C.G.P., artículo 90 inc.2º] , en cuanto autoriza al juez para rechazar de plano, el libelo demandatorio cuando ha transcurrido el término previsto en la ley para tal efecto; otro tanto acontece con el artículo 90 ejusdem [hoy C.G.P., artículo 94 inc.1º]. (...) El legislador, pues, en aras de la seguridad jurídica, pretende con los términos de caducidad finiquitar el estado de zozobra de una determinada situación o relación de Derecho, generado por las expectativas de un posible pleito, imponiéndole al interesado la carga de ejercitar un acto específico, tal como la presentación de la demanda, en un plazo apremiante y decisivo, con lo cual limita con precisión, la oportunidad que se tiene para hacer actuar un derecho, de manera que no afecte más allá de lo razonablemente tolerable los intereses de otros.” (Sentencia de 23 de septiembre de 2002. Exp. No. 6054)².*

Ese fenómeno difiere del de la prescripción liberatoria concebida como un modo de extinguir los derechos personales a consecuencia del transcurso de un lapso

² C.S.J., Cas. Civil, 4 de agosto de 2010, exp. 11001 0203 000 2007 01946 -00

predeterminado en la ley, sin que el titular los haya reclamado. “Su consolidación se supedita a que la acción sea prescriptible, que es la regla general; a que transcurra el tiempo legalmente establecido teniendo en consideración la interrupción y suspensión de que puede ser objeto; y a que el titular del derecho de acción se abstenga en ese tiempo de ejercer el derecho en la forma legalmente prevenida”³.

2.2 De acuerdo con la demanda y su subsanación, el actor pretende que se declare la nulidad de la decisión adoptada por la Junta Directiva de Interamericana de Aguas y Servicios S.A., el día 2 de diciembre de 2015, mediante la cual dispuso “(...) incorporar a la nómina de INASSA al Gerente de Gestión Corporativa, Diego García Arias, partir (sic) del año 2016 y confiéranse a los gerentes de INASSA, Germán Sarabia Huyke y Diego García Arias, un beneficio laboral equivalente a doce (12) meses de (sic) salario adicionales, al momento de su desvinculación laboral con la compañía”. Es decir, aquel en su demanda impugna esa determinación de un órgano directivo de la prenombrada sociedad, entre otras súplicas allí acumuladas.

Es claro, entonces, que aquí se trata de la demanda de impugnación de un acto o decisión de junta directiva, para cuya formulación el legislador estableció un término (2 meses), instituido como de “**caducidad**, conforme lo contempla expresamente la norma atrás trasuntada, sin que en estrictez pueda confundirse con el fenómeno de la prescripción liberatoria, en virtud de la cual se extinguen derechos, mientras que la primera figura en mención se relaciona con la oportunidad de acudir a la jurisdicción competente para instaurar la correspondiente demanda contentiva de la acción ejercitada.

Por consiguiente, resulta inaplicable el plazo señalado en el artículo 235 de la Ley 222 de 1995, pues, en modo alguno, el mismo puede catalogarse como de caducidad, habida cuenta que el propio legislador lo instituyó como un “término de prescripción”, según emerge de su propia redacción, a cuyo tenor “las acciones penales, civiles y administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones o de la violación a lo

³ C.S.J., Cas. Civ. de 28 de mayo de 2015 -SC6575 de 2015-.

previsto en el Libro Segundo del Código de Comercio y en esta ley, **prescribirán** en cinco años, salvo que en ésta se haya señalado expresamente otra cosa”⁴.

El tema en cuestión ha sido dilucidado suficientemente por esta Corporación y la propia Superintendencia de Sociedades, entidad que en reiteradas ocasiones, apoyada en el precitado artículo 191, ha explicado que los administradores, revisores fiscales y los socios ausentes o disidentes podrán impugnar las decisiones de la asamblea o de la junta de socios cuando no se ajusten a las prescripciones legales o a los estatutos, dentro de los dos meses siguientes a la fecha de la reunión en la cual sea adoptada la determinación, a menos que ésta esté sujeta a registro, caso en que el citado plazo se contabiliza a partir de la fecha de inscripción respectiva.

3. Por esas razones, la providencia opugnada será confirmada, sin que haya lugar a condena en costas al recurrente, por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, se

RESUELVE

Primero.- **CONFIRMAR** el auto de 30 de enero de 2020, proferido por la Superintendencia de Sociedades, dentro del proceso verbal que adelanta la Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A. contra Edmundo Rodríguez Sobrino.

Segundo.- Sin condena en costas.

Tercero.- Oportunamente, **devuélvase** la actuación a la oficina de origen, previas las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

⁴ C.Civil, artículo 27 “Cuando el tenor de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”.

**Sentencia 6054 de 23 de septiembre de 2002 MP. JORE ANTONIO
CASTILLO RUGELES**

. Al respecto, tórnase oportuno comenzar por destacar que la construcción doctrinaria y jurisprudencial del concepto de caducidad, tal como hoy es concebido, es cuestión relativamente reciente; inclusive, no se incurre en exageración si se dice que la misma obedece a una inquietud propia de los tiempos que corren, sin que, por supuesto, con esto se quiera significar que los plazos de esa especie fueran totalmente extraños al ordenamiento jurídico, desde luego que éste, de tiempo atrás, los consagró, sólo que las más de las veces no les dio frontalmente esa denominación, amén que nunca se preocupó por distanciarlos, estructuralmente, de los de prescripción, con los que usualmente fueron confundidos.

La verdad es que en el pasado la voz caducidad denotaba simplemente la extinción de una determinada relación jurídica o la pérdida de un derecho por la falta de realización de un específico acto o hecho, o por su ejecución. Así, por ejemplo, en el Derecho Romano se denominaron “caducarias” las leyes *Julia de maritandis ordinibus* y *Papia Poppaea*, en virtud de las cuales

los célibes y los casados que no tuviesen familia, perdían (los primeros) o se les reducían en una mitad (a los segundos), las liberalidades que les fuesen dejadas en un testamento, si en los cien días siguientes al fallecimiento del testador, no habían contraído matrimonio o, en su caso, no habían procreado. Destácase, por consiguiente, que el concepto de caducidad se encontraba allí íntimamente ligado a la noción de extinción o pérdida de un derecho o potestad, sin que, por regla general, el mero transcurso del tiempo, tuviese, *per se*, mayor injerencia. Y no cabe duda que con dicho sentido pasó al Código Civil Colombiano, tal como se refleja en sus artículos 1202, 1232, 1271, 1333, 2442, etc., normas en las que se percibe que la voz “caducidad”, además de no estar referida al ejercicio de la acción judicial, tiene un sentido claramente orientado a definir la pérdida de un derecho o una potestad por la falta de realización de un acto, de un hecho o, por el contrario, por su cumplimiento, independientemente de que exista o no un plazo dentro del cual deba acaecer el suceso.

Es decir, que desde la perspectiva del aludido ordenamiento, la voz caducidad no hace relación de manera ineludible, a un término dentro del cual deba realizarse un acto, de modo que el tiempo carece, en esa concepción, de relevancia jurídica o, por lo menos, ella es apenas marginal o accidental.

Ese entendimiento del mentado fenómeno es de tan hondo arraigo que, inclusive, conforme al Diccionario de la Lengua Española, la primera acepción de caducidad consiste, precisamente, en la “acción y efecto de caducar, perder su fuerza una ley o un derecho...”.

3. Sin embargo, en la actualidad, el vocablo en comento se encuentra sustancialmente determinado por el tiempo o el plazo. Puede decirse, entonces, que la caducidad comprende la expiración (o decadencia) de un derecho o una potestad, cuando no se realiza el acto idóneo previsto por la ley para su ejercicio, en el término perentoriamente previsto en ella. A este significado obedecen, en un sentido general, las nociones de plazo prefijado (*delais-préfix*) del derecho francés, plazo de caducidad (*verwirkung*) del derecho alemán y la decadencia del derecho italiano.

Por consiguiente, desde esta perspectiva es inherente y esencial a la caducidad la existencia de un término fatal fijado por la ley (aun cuando en algunas legislaciones se concede a las partes la facultad de estipularlo en el contrato, como acontece v. gr., en Italia —artículos 2965 y 2968—, respecto de derechos disponibles), dentro del cual debe ejercerse idóneamente el poder o el derecho, so pena de extinguirse.

O, para decirlo en otros términos, acontece que la ley, sin detenerse a consolidar explícitamente una particular categoría, consagra plazos perentorios dentro de los cuales debe realizarse a cabalidad el acto en ella previsto con miras a que una determinada relación jurídica no se extinga o sufra restricciones, fenómeno que, gracias a la labor de diferenciación emprendida por la doctrina y la jurisprudencia, se denomina caducidad.

Resulta palpable, entonces, que este específico significado del término en comento, no se aviene puntualmente con aquél que de ordinario reluce en el Código Civil, al cual se ha hecho mención, habida cuenta que, como ya se dijera, conforme a este estatuto, la acepción de caducidad a la que el mismo usualmente alude, no apareja indefectiblemente la existencia de un plazo perentorio dentro del cual deba ejecutarse el acto previsto en la ley para impedir la perención o alteración del derecho o potestad.

Esto no quiere decir, obviamente, como ya se pusiera de presente, que dicho ordenamiento no hubiese establecido plazos de caducidad, los cuales, por

supuesto contempla, sino que por no haberlos denominado así expresamente, puede entenderse, en algunos eventos, vía interpretación como de caducidad. Así, por ejemplo, el artículo 217 del citado texto dispone que “toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de los sesenta días contados desde aquel en que tuvo conocimiento del parto ...”. El artículo 221 *ibídem*, prescribe que “los herederos y demás personas actualmente interesadas tendrán, para provocar el juicio de ilegitimidad, sesenta días de plazo, desde aquél en que supieron de la muerte del padre ...”; o el plazo señalado en el artículo 337 *ídem*; o, en fin, más recientemente, el término previsto en el artículo 10 de la Ley 75 de 1968, hipótesis estas que, por demás, no ha vacilado la Corte en calificar como de caducidad (Por ejemplo, Sents. ago. 16/72, nov. 19/76, entre muchas otras).

A su vez, a la caducidad, entendida como decadencia de la posibilidad de aducir una determinada pretensión por no haberse presentado oportunamente la demanda respectiva, alude frontalmente el artículo 85 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto autoriza al juez para rechazar de plano, el libelo demandatorio cuando ha transcurrido el término previsto en la ley para tal efecto; otro tanto acontece con el artículo 90 *ejusdem*, amén de que, a esa especie de plazos se refiere el artículo 381 *ibídem*.

4. Para efecto de establecer si un determinado plazo es de caducidad, cuando el legislador se hubiese abstenido de calificarlo explícitamente como tal, es menester entender primeramente que el fundamento de aquella estriba en la necesidad de dotar de certidumbre a ciertas situaciones o relaciones jurídicas para que alcancen certeza en términos razonables, de modo que

Declarativo
Demandante: Mirella Pinzón Hernández
Demandado: BBVA Seguros de Vida Colombia S.A.
Exp. 003-2019-00898-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Bogotá D. C., primero de septiembre de dos mil veinte

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia emitida el 12 de junio de esta anualidad por la Superintendencia Financiera.

ANTECEDENTES

1. Con motivo de la muerte del señor Juan Pablo Bello Cangrejo -asegurado- solicitó el extremo actor que se declare que la sociedad convocada está obligada a cumplir la prestación prevista en el contrato de seguro de vida grupo deudores, en el que el banco acreedor –BBVA– funge como tomador y beneficiario oneroso.
2. El demandado se opuso a la prosperidad de las pretensiones, alegando la nulidad relativa del contrato por cuanto el tomador fue reticente al no manifestar, con sinceridad, su real condición de salud, por expresar que no padecía hipertensión arterial, cuando en verdad se encontraba en tratamiento de esta enfermedad desde

agosto de 2016, esto es, con antelación a la suscripción del contrato.

3. Agotado el trámite de instancia, se profirió sentencia el 12 de junio de esta anualidad, en la que se declaró probada la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro por la reticencia del asegurado, con el consecuente fracaso de las peticiones invocadas por los actores, sin que existiera condena en costas. Esta decisión fue cuestionada por el demandante expresando que la juzgadora de primer grado no valoró adecuadamente el material probatorio, sin tener en cuenta las razones fácticas y de derecho que sustentaron la interposición de la acción.

4. En la oportunidad concedida ante esta Corporación añadió que no se tuvo en cuenta el argumento de la especial protección constitucional del consumidor, dando una aplicación literal del artículo 1058 inciso 3 del C. de Co., sin tener en cuenta que la aseguradora no estaba habilitada para revocar unilateralmente el contrato de seguro, tanto más si se tiene en cuenta que pudo haber indagado, con antelación, acerca de la veracidad de la información brindada en su momento por el tomador de la póliza, concluyendo que, de todas maneras, no se demostró la relación de causalidad entre la supuesta inexactitud o reticencia y la ocurrencia del siniestro.

En respuesta a la censura planteada por el actor, la parte demandada se opuso a la prosperidad de la impugnación señalando que en el proceso se realizó una adecuada valoración probatoria, tanto de los interrogatorios, como la documentación atinente a la objeción, certificaciones de asegurabilidad e historia clínica y la prueba pericial que permitió concluir que las dolencias

padecidas por el asegurado, fueron anteriores a la suscripción del seguro. Finalmente, destacó que la compañía no tiene la obligación de realizar exámenes adicionales, ni ello impide que se invoque la nulidad relativa.

CONSIDERACIONES

1. La declaración del estado del riesgo es un tema de cardinal importancia en la celebración del contrato de seguro, pues por su intermediación el asegurador conoce las particularidades propias del hecho futuro e incierto que se pretende amparar, e igualmente sirve para valorar la conveniencia de contratar o no, por lo que se exige que en el cumplimiento de esta carga de información, el candidato a tomador la cumpla de manera veraz y oportuna, en franca exteriorización del axioma de la buena fe, como aditamento especial de los contratos de confianza como lo es el de seguro.

Tendiendo a proteger este principio, el legislador consagró de manera positiva un riguroso régimen de sanciones, en caso de que el asegurando omita cumplir con la carga evocada, del que, no obstante, se advierte que no opera de manera mecánica ni objetiva, ya que no toda reticencia o inexactitud provocan, de suyo, la nulidad relativa, por lo que es de rigor que el juzgador proceda a determinar las circunstancias en que se expidió la información, porque si la versión falaz o distorsionada no le es imputable a título de culpa al aspirante a asegurado, o si fueron advertidas por la sociedad aseguradora durante la etapa de expresión del consentimiento, o ella debió conocerla dado el carácter profesional con que actúa en este específico ramo, en estas eventualidades el legislador, de manera expresa, dispuso la inaplicabilidad de la sanción.

2. En el caso que ocupa la atención de la Corporación, la Superintendencia de conocimiento concluyó que existió reticencia idónea para anular el contrato porque el señor Bello Cangrejo informó, al suscribir las condiciones de asegurabilidad, que no sufría ninguna de las patologías que allí se describían, entre ellas la hipertensión arterial alta, con desprecio que desde el año 2016 le había sido diagnosticado ese padecimiento, argumento que combate el extremo demandante en su condición de beneficiario del seguro en cuestión, expresando que el causante no murió con motivo de una enfermedad determinada, sino por un accidente, agregando que la jurisprudencia ha reconocido que cuando la aseguradora debía conocer el riesgo cuestionado, no hay lugar a que se invalide el contrato, a más que para que se declare judicialmente la reticencia, esta debe ser alegada por vía de acción.

3. Expuesto, en síntesis, el problema jurídico objeto de resolución, de inmediato se advierte que el asegurado omitió suministrar información veraz sobre su condición de salud, porque en la propia declaración de asegurabilidad, allegada con la contestación de la demanda, y que no fue desconocida por las partes, se consignó el expreso cuestionamiento de si el suscriptor había padecido “dolor en el pecho, tensión arterial alta, infarto o cualquier enfermedad del corazón”, a lo que se dio contestación marcando con una X la casilla “NO”. Dicha convención, que aparece en un formulario contractual, fue avalada por el señor Bello al suscribir el documento sin hacer salvedad alguna, con lo que manifestó su avenencia con toda la información allí consignada, es decir, incluso en lo referente a que no padecía, hipertensión arterial, circunstancia que, según se precisó, fue desmentida con el dictamen pericial –decretado en auto del 20 de abril de 2020– oportuna y legalmente acopiado, en el que consta que desde el 15 de enero 2016 se le diagnosticó esa

dolencia y que estaba en tratamiento de la misma, lo cual implicaba dieta, cuidados y farmacología.

El referido previo conocimiento de la patología se demuestra con el dictamen pericial recaudado en la actuación, en el que consta que el señor Bello conocía de la hipertensión, de donde se desgaja que el asegurado sabía de la existencia de esa situación de salud, sin que fuera necesario que la aseguradora hubiera agotado la carga de practicar un examen médico para incluirlo en el seguro colectivo, pues no en vano el artículo 1158 del C. de C., regula que “aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, ni de las sanciones a que su infracción dé lugar”.

4. En el orden de ideas que se trae, fluye evidente que, en verdad existió reticencia de su parte en suministrar la información real acerca de su estado de salud, aspecto de cardinal importancia en tratándose de la celebración del contrato de seguro de vida, teniendo en cuenta que es un negocio de confianza, por medio del cual la aseguradora garantizara el pago del siniestro cubierto dentro de los riesgos pactados, concretamente, en la presente eventualidad, de la muerte, invalidez y hospitalización, condiciones que hacen superlativo el cumplimiento del deber de información del estado de salud del asegurado, pues ello permite “que la entidad aseguradora, oportuna, reflexiva y suficientemente, pueda valorar la conveniencia de ‘asumir el riesgo’ o, por el contrario, de abstenerse de hacerlo -inhibición contractual (art. 1.055, C. de Co.) ... habilitándola para valorar “los elementos de juicio necesarios para obrar con arreglo a su libertad contractual, genuina manifestación de la autonomía privada, máxime cuando ella ocupa el ‘rol’ de destinataria del deber en cuestión, consustancial a su

calidad de desinformada –y por tanto pasible de tutela iuris–”, como se explicó en Sentencia S-152 de 2001, en particular porque es el asegurado es la persona que tiene ese conocimiento de primera mano, el cual ignora el asegurador.

Bajo esta óptica, resulta claro que cuando el sujeto falta a la sinceridad al declarar el estado del riesgo asegurable, está viciando el consentimiento informado de la contraparte, quien tiene derecho a conocer la realidad sobre las circunstancias que rodean al riesgo y que pueden acrecentar o disminuir la potencialidad de su ocurrencia, situación que a la postre le permitirá evaluar todas esas contingencias y, ahí sí, determinar si celebra o no el contrato y en qué condiciones, lo que explica el por qué se le reguló como un requisito propio de la validez del contrato y, en tal sentir, previó el legislador que faltar u omitir la verdad acerca de estas declaraciones, constituye reticencia que invalida el acuerdo, desatino que “afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz... observándose que el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro”, doctrina expuesta en sentencia de junio 1 de 2007, Exp. No. 00179-01.

5. Siendo ello así, poco importa que la reticencia tenga o no relación con el siniestro reclamado pues el defecto poluciona al contrato en su propia génesis y, como tal, este no puede producir efectos jurídicos legítimos. Dicho de otro modo, si bien es verdad que la abstención informativa del asegurado recayó sobre el padecimiento de hipertensión arterial, mientras que la muerte fue provocada por un accidente en el que nada tuvo que ver dicha enfermedad, no

puede desconocerse que esa falacia transgredió el derecho que tenía la aseguradora de saber la real situación de la vida y las condiciones de salud del señor Bello Cangrejo, desde la etapa precontractual, para decidir si contrata o no y, en caso positivo, bajo qué lineamientos.

Pero como así no ocurrió, como aquél expresamente declaró, con desprecio de la realidad, que no padecía de hipertensión, se afectó la validez del contrato de seguro y, por tal virtud, el mismo padece de nulidad relativa que impide que de él se deriven efectos jurídicos, incluyendo el que los sucesores reclamen el pago del siniestro por el fallecimiento del asegurado, con la precisión de que no se exige como presupuesto para su operancia la plena demostración de que la aseguradora, de conocer esa infidelidad, no hubiera contratado “pues precisamente la existencia misma de la pregunta en el formulario es significativa de su importancia como insumo para ilustrar su consentimiento, es decir, si contrata o no, o si lo hace bajo ciertas condiciones económicas, sin perjuicio de la facultad judicial de apreciar en cada caso la trascendencia de la omisión o inexactitud, de donde se desprende de modo general, que basta con establecer que hubo falta de sinceridad del tomador para que emerja la sanción de nulidad relativa del contrato de seguro”, doctrina sentada en sentencia del 1 de septiembre de 2010. Exp. 2003-400-01.

Las valoraciones expresadas motivan despachar adversamente los argumentos de la apelación, puesto que, aun con la perspectiva de la protección constitucional particular con la que cuenta el consumidor, el incumplimiento del evocado débito de sinceridad está plenamente demostrado, de allí que se confirme la decisión impugnada, por lo que la Sala Civil de Decisión del Tribunal

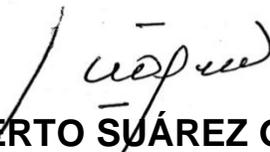
Superior de Bogotá, Administrando justicia en nombre de la República y por Autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEGUNDO: Costas a cargo del impugnante. Tásense. Como agencias en derecho el Magistrado Ponente señala el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente al momento del pago.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado Ponente


JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

(con aclaración de voto)


JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado
(con aclaración de voto)

**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público**



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

Bogotá, D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

11001 31 99 003 2019 00898 01

ACLARACIÓN DE VOTO

Sin que tenga alguna discrepancia frente al sentido del fallo emitido por la Sala mayoría en el asunto de la referencia, en atención a la decisión adoptada por el Magistrado Ponente, frente a la admisibilidad de la alzada interpuesta en el marco de la presente acción de protección al consumidor financiero, con el debido respeto que dicho Cuerpo Decisorio me merece, procedo a aclarar el voto en los siguientes términos:

Según dan cuenta las diligencias del proceso de la referencia, a criterio de este Funcionario, su cognición en segunda instancia, corresponde a los jueces civiles del circuito de esta ciudad, por tratarse de un proceso verbal de menor cuantía.

1. En efecto, de la revisión detenida del expediente, se avizora que las pretensiones elevadas en el escrito genitor corresponden a un proceso de menor cuantía,¹ y, en tal virtud, es claro que el llamado a dirimir la alzada interpuesta es el Juez Civil del Circuito, teniendo en cuenta que la Superintendencia Financiera de Colombia, en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales, desplazó al Juez Civil Municipal.

2. En ese sentido, obsérvese que, de un lado, el artículo 20, numeral 9, de la Ley 1564 de 2012 radicó, por la naturaleza del asunto, la competencia de los jueces civiles del circuito, en primera instancia, para conocer de los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor, mientras que el artículo 390, parágrafo, *ibídem*, estableció el factor objetivo-cuantía como elemento determinante para fijar el conocimiento de tales asuntos.

¹ En las pretensiones de la demanda se deprecó la suma de \$46'000.000,oo.

Sin embargo, sobre el particular debe destacarse que los debates surtidos en el Congreso de la República del proyecto de ley para aprobar el Código General del Proceso, dejan al descubierto que el propósito del legislador fue instituir el factor objetivo-cuantía, consagrado en el artículo 390 de la Ley 1564 de 2012, como factor determinante para asentar la competencia en causas relativas a los derechos de los consumidores; intención patentizada en el informe de ponencia para segundo debate (cuarto debate), desarrollado ante la Plenaria del Senado de la República, publicado en la Gaceta del Congreso número 261 de 23 de mayo de 2012, en el que se manifestó que "(...) *los asuntos que versen sobre protección a los derechos de los consumidores deben tramitarse de acuerdo con las mismas reglas que se predicen de los jueces ordinarios, y su trámite debe seguir los procedimientos verbal o verbal sumario, según las reglas generales que toman como base la cuantía de las pretensiones.* (...) Se añade, por último un parágrafo 3º, en el que se aclara el criterio de lo expresado respecto de las acciones de protección al consumidor, según se explicó arriba. (...)" (Negritas extratexto); hermenéutica autorizada por el artículo 32 del Código Civil, que permite interpretar los pasajes normativos contradictorios, del modo que más conforme parezca al espíritu general de la legislación.

3. Agréguese a lo anterior que, en relación con la solución de evidentes discordancias entre normas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia anotó:

"En línea de principio, el sistema jurídico es coherente, consistente o congruente y, por ende, no presenta asimetrías, contradicciones, incoherencias o conflictos normativos. En veces, distintos preceptos disciplinan idéntica o análoga hipótesis fáctica y asignan consecuencias incompatibles, es decir, a la misma fattispecie singular y concreta, atribuyen disímiles efectos.

*La antinomia normativa, es la manifiesta contradicción, incompatibilidad e incoherencia entre normas jurídicas de igual o diferente categoría, una o diversa uniformidad, homogeneidad, heterogeneidad, generalidad o especialidad, bien absoluta o total, ora parcial o relativa, ya en abstracto o en concreto, cuya solución se disipa con la interpretación sistemática, adecuada, ponderada, la técnica del equilibrio, la disociación o, los criterios disciplinados por el ordenamiento jurídico."*²

Asimismo, memórese que, a objeto de dar solución a esas contradicciones, dicha Corporación ha precisado que, entre varios criterios, "[e]l cronológico, está basado en la época de expedición de las normas, y resuelve el conflicto con la más reciente (*lex posterior derogat priorem; la ley posterior deroga la ley anterior*). Esta regla define las situaciones conflictivas generadas por

² CSJ. Cas. Civil. Sentencia de 8 septiembre de 2011. Exp. 11001-3103-026-2000-04366-01.

tránsitos de legislación (artículos 1 a 3 de la Ley 153 de 1887). Empero, por su alto grado de objetividad, el legislador extiende sus alcances incluso a casos en los cuales las normas hacen parte de una misma ley o de un mismo Código, ad exemplum, según el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, dándose contradicción de dos normas del mismo estatuto, se preferirá la del artículo posterior.”³

4. Dentro del contexto normativo y jurisprudencial descrito, al aplicar el criterio cronológico, de entrada se vislumbra que el aludido canon 390, respecto del artículo 20 del compendio procesal ya mencionado, es una disposición posterior, por lo que no cabe duda, entonces, que la norma aplicable, en este caso, es el último de los preceptos aludidos y, en consecuencia, “[l]os procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales, (...) se tramitará por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos.”

Si eso es así, la autoridad destinada a asumir el conocimiento del asunto de marras, en segunda instancia, es el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, comoquiera que el funcionario desplazado por la Superintendencia Financiera de Colombia fue el Juez Civil Municipal.


JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

Bogotá, D. C., primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Radicación n.º 003-2019-00898-01.

Aunque comparto la decisión adoptada por la Sala, respetuosamente aclaro mi voto con el exclusivo propósito de resaltar que el asunto sometido a conocimiento de esta Corporación no debió ser admitido por las razones que, a continuación, se exponen:

Revisada la actuación se advierte que el recurso de apelación presentado con la sentencia emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia debió ser dirimido por un juez civil del circuito, en atención a la cuantía de la demanda.

En efecto, las pretensiones del libelo introductor correspondieron a la menor, dado que no superaron los 150 salarios mínimos mensuales legales vigentes establecidos en el artículo 25 del Código General del Proceso. De ahí que aquella autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales desplazó en su competencia al juez civil municipal, debido a que estos conocen, en primera instancia, los procesos contenciosos de menor cuantía, según el canon 18 de la codificación adjetiva civil.

Por lo tanto, es indudable que el funcionario habilitado para tramitar y decidir el recurso de alzada fuera el juez civil del circuito, de conformidad con el precepto 33 *ibidem*.

Ahora bien, pese a que el numeral 9 del artículo 20 *ejusdem* prevé que los jueces civiles del circuito conocen en primer grado los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor,

lo cierto es que en el párrafo 3 del canon 390 del C. G. del P. se estableció que los *“procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales (...) se tramitarán por el proceso verbal o por el verbal sumario, según la cuantía, cualquiera que sea la autoridad jurisdiccional que conozca de ellos”*.

En efecto, la segunda disposición citada es la aplicable al presente asunto, en razón a que, según los principios general de interpretación de las leyes, cuando las disposiciones tengan una misma especialidad o generalidad y se hallen en un mismo Código se preferirá la disposición consignada en artículo posterior, al tenor del artículo 5 de la Ley 57 de 1887.

En consecuencia, el juez civil del circuito era quien debía desatar el recurso de apelación en este proceso, en razón a la competencia funcional que a aquel le asiste y al funcionario que desplazó la autoridad administrativa en ejercicio de funciones jurisdiccionales.

En los anteriores términos dejo fundamentada mi aclaración de voto.



JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado

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

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: INCIDENTE PARA LIQUIDAR CONDENA DE PERJUICIOS EN ABSTRACTO DE AVICOLA POLLO ESTRELLA S.A. Y HUMBERTO POLANIA CAMPAS CONTRA TRIANGULO POLLO RICO S.A.

RAD. 005 2014 00160-04

Atendiendo al contenido del inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020 expedido por el Presidente de la República, en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con la Ley 137 de 1994 y el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, se dispone:

CORRASE TRASLADO a la parte apelante por el término de cinco (5) días para que sustente su recurso de alzada, conforme a los reparos, vencidos los cuales el no recurrente deberá descorrer, si ha bien lo tiene, el correspondiente traslado, los cuales comenzaran a contabilizarse desde la notificación de esta determinación a las partes. En caso de apelación de ambas partes el traslado será simultáneo.

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.

Para efecto de dar la plena garantía del debido proceso y derecho de defensa a las partes, por Secretaría **NOTIFÍQUESE a los apoderados de los intervinientes** las determinaciones que se adopten en el marco de la norma reseñada vía correo electrónico, empero en todo 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 de la suscrita Magistrada mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias **inmediatamente** al despacho con informe pormenorizado de Secretaría y, para proveer lo que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE.



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LA SEÑORA ELSA MARINA PRIETO DE RODRÍGUEZ Y OTROS CONTRA LA SOCIEDAD CLÍNICA COLSANITAS S.A. Y OTROS.

Rad. 013 2008 00432 01.

Atendiendo al contenido del inciso 3º del artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020 expedido por el Presidente de la República, en uso de las facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 215 de la Constitución Política en concordancia con la Ley 137 de 1994 y el Decreto 637 del 6 de mayo de 2020, por el cual se declara el Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, se dispone:

CORRASE TRASLADO a la parte apelante por el término de cinco (5) días para que sustente su recurso de alzada, vencidos los cuales el no recurrente deberá descorrer, si ha bien lo tiene, el correspondiente traslado, los cuales comenzaran a contabilizarse desde la notificación de esta determinación a las partes. En caso de apelación de ambas partes el traslado será simultáneo.

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.

Para efecto de dar la plena garantía del debido proceso y derecho de defensa a las partes, por Secretaría **NOTIFÍQUESE a los apoderados de los intervinientes** las determinaciones que se adopten en el marco de la norma reseñada vía correo electrónico, empero en todo 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 escribiente encargada de los procesos de la suscrita Magistrada mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias **inmediatamente** al despacho con informe pormenorizado de Secretaría y, para proveer lo que en derecho corresponda.

NOTIFIQUESE.


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

2 autos

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**ASUNTO: PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LA SEÑORA
ELSA MARINA PRIETO DE RODRÍGUEZ Y OTROS CONTRA LA
SOCIEDAD CLÍNICA COLSANITAS S.A. Y OTROS.**

Rad. 013 2008 00432 01.

En atención a que el término de que trata el artículo 121 del Código General del Proceso está próximo a fenecer, sin que se haya podido definir la instancia con antelación, en atención a la suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura¹, se

DISPONE

PRIMERO: **AMPLIAR**, una vez vencido el anterior, y hasta por seis (6) meses más, el término para dictar sentencia de segunda instancia en este asunto.

SEGUNDO: En firme este proveído, Secretaría ingrese el proceso al despacho para continuar el trámite correspondiente.

Notifíquese,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

2 autos

¹ Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 Y PCSJA20-11556.

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO.**
RADICACIÓN : **11001-31-03-020-2018-00191-04**
PROCESO : **EJECUTIVO**
ACCIONANTE : **ELECTRIFICADORA DE SANTANDER
S. A. E.S.P.**
ACCIONADO : **TECHNOLOGISTICS ZF S.A.S.**
ASUNTO : **SOLICITUD DE ACLARACIÓN
Y ADICIÓN DE SENTENCIA**

ANTECEDENTES:

1. El mandatario judicial del extremo ejecutado solicitó, de un lado, la aclaración de la sentencia emitida por este Tribunal el día 28 de julio del año que avanza, por cuanto, a su juicio, “(...) existe [contradicción] entre la sentencia de primera instancia y la sentencia de segunda instancia en cuanto a la claridad del monto pactado en el contrato correspondiente al canon de arrendamiento del tanque de almacenamiento.

(...)

La decisión del Tribunal, entonces, somete a las partes a una dificultad imposible de superar por la contradicción inmersa en la misma decisión, en la que se decreta como clara una cifra que estaba sometida necesariamente a nuevo cálculo o actualización –que no necesariamente incremento- de acuerdo con un índice que no era claro. Y es que, si el índice no es claro, y el canon debía actualizarse o volverse a calcular anualmente, no hay forma de saber cuál era el canon para los años 2014, 2015, 2016 y 2017.

(...)

En ese sentido, el Tribunal debe aclarar su decisión, señalando necesariamente la falta de claridad derivada de su propia

conclusión –en la que coincide con la Juez de primera instancia de que el índice PPI que serviría de medio para recalcular o actualizar el canon y, por tanto, para determinar la obligación objeto de cobro ejecutivo.”

Asimismo, peticionó la aclaración “(...) sobre si en la liquidación del crédito deben o no tenerse en cuenta los cánones que ESSA compensó tomando un PPI aplicado unilateralmente, el cual finalmente no fue reconocido dada su falta de claridad”, y, “(...) con el fin de saber si el índice del PPI debe aplicarse o no a la suma adeudada por TECHNOLOGISTICS por concepto de cánones de los meses de septiembre de 2015 a febrero de 2016, y compensada por ESSA con la suma adeudada por concepto de inversiones realizadas.”

3. De otro lado, deprecó la adición del fallo para que la Colegiatura se pronuncie sobre la excepción rotulada “(...) ‘Principio de Rebus Sic Stantibus’ presentada por TECHNOLOGISTICS en la contestación de la demanda”, la que, según la convocada, no fue objeto de reparo porque “se despachó desfavorablemente la pretensión de ESSA en cuanto al cobro ejecutivo de los cánones de arrendamiento del tanque”; defensa que fundamentó, entre otras cosas, en que acaecieron “(...) razones imprevistas para las partes, que alteraron la carga para TECHNOLOGISTICS y que tornaron demasiado oneroso el cumplimiento de las obligaciones contractuales para esa compañía”, omisión que, a su parecer, “(...) viola el principio de congruencia y del debido proceso, ya que no hubo un análisis ni un pronunciamiento sobre esta ni en primera ni en segunda instancia.”

CONSIDERACIONES

1. Delanteramente, debe tenerse en cuenta que, no empecé señalar el artículo 285 del Código General del Proceso que la aclaración de providencias tiene lugar cuando el pronunciamiento emitido “contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive (...) o influyan en ella”, en el *sub examine* afloran inviables los pedimentos en ese sentido implorados por la sociedad demandada, habida consideración que los razonamientos esbozados en la providencia criticada, ciertamente, no contienen una redacción oscura, capaz de generar algún tipo de controversia frente a lo allí decidido, que

exija su esclarecimiento por este medio procesal.

1.1. Para soportar lo antes señalado, frente a la supuesta contradicción y falta de claridad en lo atinente al precio del arriendo del tanque de almacenamiento y su actualización, es suficiente con relieves que en el fallo se dejó expresamente consignado que “(...) pese a la deficiencia demostrativa sobre el porcentaje al que corresponde el indicador económico -PPI estadounidense- el cual fue orquestado solo para el incremento del instalamento ut supra reseñado, lo cierto es que, se itera, **el quantum del mentado canon se encuentra debidamente definido en el contrato soporte de la ejecución, evidencia que, de conformidad con el artículo 430 del C. G. del P., apremiaba el respaldo a la orden de pago emitida por el alquiler del tanque, empero, sin el incremento anual que fue lo que no logró ser probado en las diligencias**”(Negrillas fuera del texto glosado); argumentaciones que dejaron a la inteligencia de las partes que el mandato coactivo solo procedía por el valor del canon pactado sin el reajuste, orden que lejos de percibirse discordante –como lo aseveró la inconforme– más bien atiende a las evidencias recopiladas en el plenario, así como a la aplicación armónica de las normas procesales que rigen la materia.

1.2. El segundo punto de aclaración tampoco está llamado a estimarse en favor de su proponente, porque, en primer lugar, lo pretendido por el memorialista se contrapone al decreto de improsperidad de la excepción denominada ‘El valor imputado a la deuda por concepto de mejoras constituyó una compensación’, que en la sentencia se estatuyó, ante su falta de demostración; y, en segundo lugar, se avista que en el presente asunto no se están reclamando los cánones causados desde el mes de septiembre de 2015 a febrero de 2016, razones suficientes para relevar a esta Corporación de emitir un pronunciamiento en torno a si deben tenerse en cuenta, o no, los referidos arrendamientos en la liquidación de crédito de la obligación aquí ejecutada, y si el índice del PPI debe aplicarse a la suma adeudada por la pasiva, por concepto de alquiler de los reseñados meses de septiembre de 2015 a febrero de 2016.

Para cerrar este capítulo, importa agregar que también refulge, de manera nítida, la improcedencia de las inquietudes aclaratorias que aquí presenta la empresa encartada, teniendo en cuenta que, sin duda, éstas persiguen replantear el debate ya zanjado por este Cuerpo Decisorio en el estadio procesal pertinente; propósito que nació frustrado, por cuanto la posibilidad de pedir el esclarecimiento de una decisión judicial, *"(...) repele cualquier ensayo por crear otra oportunidad para discernir en torno al punto zanjado; proscrito, aparece, entonces, todo intento por estimular de nuevo, siquiera tangencialmente, la controversia sobre el tema examinado en precedencia."*¹

2. De cara al abordaje de la adición impetrada, sabido es que, al tenor de lo consagrado en el artículo 287 del C. G. del P., ésta resulta viable *"(...) [c]uando la sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad"*.

2.1. En ese contexto legal, liminarmente se impone llamar la atención en que, contrario a lo sostenido por el libelista, la juez de primer grado sí se pronunció sobre el medio de enervación que ahora éste echa de menos, declarándolo no probado, para lo que descolló, *grosso modo*, que *"[a]tendiendo que este despacho negó la ejecución respecto del canon de arrendamiento por el tanque, sólo queda el canon por el terreno, respeto del cual no son aplicables los literales a) y b) (...) quedando solo por analizar (...) la navegabilidad del Río Magdalena, [el que a pesar de ser un hecho notorio] (...) no menos cierto es que cuando se celebró el contrato las dificultades de navegabilidad ya estaban presentes, y lo que tenía la parte demandada era una mera expectativa de que se mejorarían dichas condiciones, por lo que esta circunstancia no es imprevisible ni irresistible"*²; observándose que, efectivamente, al no accederse en la instancia anterior a la ejecución del valor locativo del contenedor mencionado, no le asistía razón a la demandada para impugnar ese

¹ CSJ. Cas Civil. Auto de 27 de agosto de 2008, expediente 10599, reiterado en AC857-2020 de 12 de marzo de 2020, exp. 11001-31-03-010-2010-00358-01.

² Folio 757 de la encuadernación principal. Tomo "B".

punto de la sentencia, por resultarse propicio a sus intereses, siendo consecuente con lo preceptuado en el artículo 320 del C.G.P., a tono con el cual “[p]odrá interponer el recurso [de apelación] la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia.”

Entonces, dado que la juzgadora de conocimiento supeditó el examen de la comentada exceptiva a “los fenómenos que han afectado la navegabilidad del Río Magdalena en los últimos años”, pretermitiendo el estudio de “la variación cercana al 70% en la tasa de cambio del dólar americano, durante el período comprendido entre 2015 y 2017”, así como “la caída del sector petrolero”, corresponde al Tribunal resolver, de manera expresa y clara, dicho medio de defensa, en virtud de lo previsto en el artículo 280 del estatuto procesal; encontrando, de entrada, que las prenotadas contingencias, escrutadas bajo la égida de la sana crítica, en el caso concreto, no alcanzan a tener la virtualidad de mermar la eficacia de la ejecución por el alquiler de los tanques ordenada por esta autoridad jurisdiccional, como pasa a explicarse.

2.1.1. Concerniente a la fluctuación de la moneda extranjera, es necesario apuntalar que ese fenómeno financiero pendular fue un riesgo que las partes decidieron asumir al momento de acodar el precio del arrendamiento en circulante foráneo, pudiendo prever la incidencia de su valor oscilante frente al peso, albur al que suelen sujetarse las operaciones mercantiles así convenidas; sin que aparezca demostrado en el legajo el porcentaje diferencial de la tasa cambio del dólar americano en un 70%, ni que ésto hubiere sido la causa del incumplimiento de las obligaciones aquí reclamadas; aunado a que, habiéndose pactado el canon en unidad monetaria estadounidense, “(...) resultaba ser la variación posible de la divisa, de la esfera y de la previsión natural del contratista. (...) Como lo ha dicho la Corte: “Exactamente, el suceso determinante de la alteración ha de ser ajeno a la esfera o círculo de la parte afectada, y del riesgo asumido por la ley o el contrato. **Los riesgos del contrato confluyen a integrar el equilibrio prestacional, lo conforman y excluyen la extraneidad para efectos de la imprevisión.** Por supuesto, ausente disposición legal o negocial, ningún contratante debe soportar aleas anormales y ajenas al contrato, salvo

las asumidas sensatamente en armonía con el tipo contractual y su disciplina legal, o las imputables. (Negrilla fuera de texto). (Cas. Civ. Sentencia de 21 de febrero de 2012 Rad: 2006-00537-01). Y dado que el alea referido a la variación en el precio del dólar, moneda en que [se] adquiri[eron] los productos a proveer a la demandada, era normal e inherente al contrato, fue entonces ese, un riesgo asumido claramente por la mencionada empresa.”³

2.1.2. En cuanto a “*la caída del sector petrolero*”, circunstancia que, según lo asegura la exceptadora, trajo alteraciones extraordinarias que repercutieron en el cumplimiento del pago de los cánones de arrendamiento, debe destacarse que en el proceso no obra medio de convicción que así lo corrobore; siendo del caso precisar que al ser el Technologistics ZF S.A.S. una empresa involucrada en dicho renglón económico, le era dable precaver -durante la concertación del vínculo obligacional- esas vicisitudes que podrían afectar la ejecución del convenio, a consecuencia de la volatilidad del precio del crudo, puesto que “*(...) el contrato de suyo es acto de previsión, sobre los contratantes gravitan cargas de previsión y sagacidad, han de prever eventuales contingencias dentro de los parámetros normales, corrientes u ordinarios (...). Cada parte contratante debe proyectar razonablemente la estructura económica del contrato, el valor de la prestación y la contraprestación, los costos, gastos, pérdidas, beneficios o utilidades y riesgos al instante de contratar, oportunidad en la cual establecen razonablemente la equivalencia prestacional, sin admitírsele alegar torpeza (...).*”⁴

3. Ubicadas de ese modo las cosas, atendiendo a la imposibilidad que tuvo el extremo opositor para impugnar el fallo dictado por la funcionaria *a quo*, respecto de la excepción arriba analizada, tras resultarle favorable a sus intereses el sentido que la memorada decisión adoptó respecto del alquiler del tanque de almacenamiento, y ser una cuestión que necesariamente debe ser materia de la decisión judicial, este Corporativo, en armonía con el artículo 287 del compendio adjetivito civil, procederá a adicionar su sentencia, para declarar no prospera la defensa rotulada “*Principio*

³ CSJ. Sentencia SC 10113-2014 de 31 de julio de 2014. Exp. 68001 31 03 005 2003 00366 01.

⁴ CSJ. Sentencia de 21 de febrero de 2012. Exp. 11001-3103-040-2006-00537-01

de *Rebus Sic Stantibus*", y denegar la solicitud de aclaración impetrada.

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

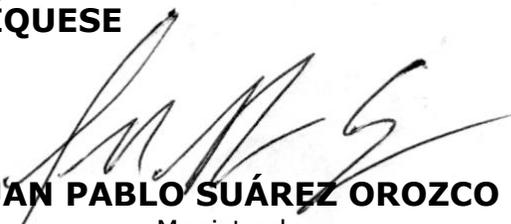
RESUELVE:

PRIMERO.- ADICIONAR el ordinal primero de la sentencia proferida por esta Corporación el 28 de julio de 2020, en el sentido de **DECLARAR** no prospera la excepción denominada "*Principio de Rebus Sic Stantibus*".

Las demás disposiciones se mantendrán incólumes.

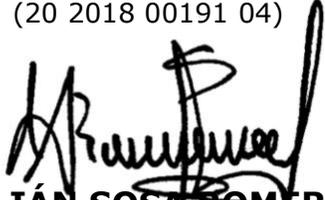
SEGUNDO: DENEGAR la solicitud de aclaración impetrada por el extremo demandado.

NOTIFÍQUESE



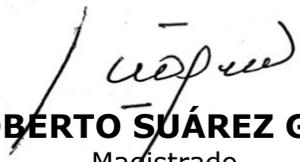
JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado
(20 2018 00191 04)



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado
(20 2018 00191 04)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado
(20 2018 00191 04)

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

Bogotá D.C. primero (1°) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Exp. 110013103 025 2017 00497 02

Teniendo en cuenta que el pasado 4 de junio de 2020, el Gobierno Nacional expidió el Decreto Legislativo No. 806 de 2020, *“por el cual de adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*, este Despacho se dispone a dar aplicación a lo previsto en esta normativa respecto del recurso de apelación.

Lo anterior, considerando que se trata de una norma de aplicación inmediata y para conjurar los efectos adversos de la emergencia causada por la pandemia del Covid-19 y permitir la pronta reactivación de la administración de justicia, lo que impone que se tomen las medidas necesarias para su cumplimiento.

Así las cosas, se adecuará el trámite del recurso de apelación en el proceso de la referencia a la nueva normativa, por lo que, una vez ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término contemplado en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

En consecuencia, **se resuelve:**

PRIMERO: Adecuar el trámite del recurso de apelación interpuesto en el presente asunto a las reglas previstas en el Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

SEGUNDO: Ejecutoriada la presente providencia, comenzará a correr el término de cinco (5) días previsto en el artículo 14 del Decreto Legislativo No. 806 de 2020.

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

Notifíquese,

LIANA AÍDA LIZARAZO VACA
Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL 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:

d09c9e8172bae52ec68082ce084cca31d04059900056378f05cd80
3a2245c204

Documento generado en 01/09/2020 11:50:47 a.m.

República de Colombia
Rama Judicial



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

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020).

MAGISTRADO PONENTE : **JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO**
RADICACIÓN : **11001 31 03 034 2015 00673 02**
PROCESO : **DIVISORIO**
DEMANDANTE : **SARA MARÍA MARTÍNEZ BALCERO**
DEMANDADO : **ROSARIO DEL CARMEN MARTÍNEZ B.**
ASUNTO : **IMPUGNACIÓN SENTENCIA**

De conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2.020, decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia de quince (15) de octubre de dos mil diecinueve (2019) proferida en el *subjudice*, por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. Sara María Martínez Balceró, a través de apoderada, demandó a Rosario del Carmen Martínez Balceró, con el fin de obtener la “*división por venta (ad valorem) en pública subasta del bien inmueble [identificado con F.M.I. No. 050-0460732], de acuerdo con el avalúo que [asciende a la suma de \$250’109.310,00, según el dictamen que anexó]*”.

2. El conocimiento de la acción le correspondió al Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito, autoridad que admitió el pliego introductor en auto del 25 de mayo de 2015.

3. La demandada se notificó personalmente el 30 de junio de 2015, sin que, en la oportunidad procesal, se elevase oposición a las pretensiones; no obstante, la accionada objetó la experticia aportada

por el extremo activo, porque, en su criterio, el área total del terreno es de 77.85 m², según el certificado de libertad, dato coincidente con la respectiva escritura pública, amén de que el estado actual de la construcción es *“regular, con marcado deterioro, lo cual se encuentra en contradicción con la conclusión del perito”*; además, ejerció el derecho de compra, de conformidad con el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil.

4. En proveído del 7 de diciembre de ese año, se decretaron las pruebas peticionadas por las partes, entre esas, un dictamen pericial.

5. El auxiliar de la justicia designado allegó el trabajo encomendado, dejando consignado que el *“valor comercial del predio para el año 2016”* ascendía a la suma de \$207'892.500; laborío del que se corrió traslado mediante auto del 20 de febrero de 2.017, término vencido en silencio.

6. A continuación, la funcionaria de cognición decretó la venta en pública subasta del inmueble ubicado en la calle 71 bis A No. 89-17, por interlocutorio del 13 de septiembre de 2.017.

7. Con memorial radicado el 22 del mismo mes y año, el apoderado de Rosario del Carmen Martínez reiteró la solicitud elevada en la contestación de la demanda, esto es, ejercer *“el derecho de compra del porcentaje que posee la demandante en el inmueble objeto de la división”*.

8. A través de la providencia adiada 1º de diciembre de 2.017, el juzgado de primer nivel estimó que *“por ser procedente y al encontrarse en firme el avalúo del inmueble en la suma de DOSCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MIL QUINIENTOS PESOS MCTE (\$207.892.500.00), la demandada de conformidad a lo establecido en el artículo 474 del C.P.C. proceda a consignar en el término de diez (10) días lo correspondiente al 50% de dicho valor es decir CIENTO TRES MILLONES*

NOVECIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS MCTE \$103.946.250.00", decisión que cobro ejecutoria, al no ser recurrida.

9. En cumplimiento de lo dispuesto por la falladora, la conminada efectuó la consignación ordenada, y, como soporte de dicha operación, aportó el correspondiente depósito judicial.

10. Mediante auto del 7 de febrero de 2.019, se aprobó la liquidación de gastos en la suma de \$30.400,00 a favor de la demandante y \$7'263.500,00, a favor de la demandada, determinación que tampoco fue impugnada.

11. En escrito del 25 de febrero de la anualidad pasada, la abogada de Sara María Martínez pidió la actualización del avalúo del inmueble, petición que le fue resuelta desfavorablemente en proveído del 29 de abril siguiente, confirmado en su integridad al no prosperar la reposición interpuesta.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Agotado el trámite de rigor, la juez de primera instancia, para arribar a su decisión de 15 de octubre de 2.019, expuso estos fundamentos argumentativos:

"(...) el uso de la opción de compra solicitado por la demandada ROSARIO DEL CARMEN MARTÍNEZ BALCERO, se cumplió a cabalidad allegando el 50% del valor total del avalúo del inmueble cuota parte que le corresponde a la demandante SARA MARÍA MARTÍNEZ BALCERO', por tanto, el paso a seguir era `adjudicar el 100% del derecho a la demandada'.

De otra parte y teniendo en cuenta que se hizo la liquidación de gastos la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, y mediante la cual se le reconocieron gastos a la parte demandante por \$30.400 es y a la parte demandada por la suma de \$7.623.500,00 los cuales deberán ser tenidos en cuenta al momento de entregar los dineros correspondientes a cada una de las partes, se procederá así:

Como el valor neto del inmueble según avalúo presentado por el auxiliar de la justicia y debidamente aprobado por el despacho es la suma de \$207.892.500.00, queriendo decir con esto que a cada uno de las comuneras le corresponde la suma de \$103.946.250 y que a la parte demandada se le reconocieron gastos por la suma de \$7.623.500.00 y a la parte demandante la

suma de \$30.400,00 los dineros a entregar a cada comunera descontando dichos conceptos son a la demandante SARA MARÍA MARTÍNEZ BALCERO la suma de \$96.353.150.00 y a la demandada ROSARIO DEL CARMEN MARTÍNEZ BALCERO la suma de \$111.539.350,00"; razones por la cuales resolvió:

"PRIMERO.- DECLARAR que haciendo uso de la opción de compra la demandada ROSARIO DEL CARMEN MARTÍNEZ BALCERO ha adquirido el 50% que le correspondía a la demandante SARA MARÍA MARTÍNEZ BALCERO quedando así como el 100% del inmueble ubicado en la calle 71 Bis A No. 89-17 Casa No. 149 Conjunto Residencial Refugio del Norte"

"SEGUNDO.- ADJUDICAR a la demandada ROSARIO DEL CARMEN MARTÍNEZ BALCERO el 50% del inmueble ubicado en la CALLE 71 BIS A No. 89-17 (...) que le correspondía a la demandante SARA MARIA MARTINEZ BALCERO".

"TERCERO.- En consecuencia ENTREGAR a favor de la parte demandante la suma de \$96.353.150,00 y a la demandada la suma de \$7.623.500,00."

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

1. Inconforme con la anterior determinación, la mandataria de la parte demandante exteriorizó los siguientes motivos de censura:

"(...) el 14 de marzo de 2019 solicité la actualización del avalúo del inmueble, por considerar que al transcurrir más de dos años del avalúo rendido por el señor perito designado por el despacho, el inmueble a dividir ya no conservaba dicho valor y que el precio del inmueble se había incrementado, por lo tanto, se debían beneficiar de ello, tanto la demandante como la demandada.

El despacho en auto de fecha veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019), niega mi solicitud, por considerar que no se atacó el avalúo presentado el 05 de diciembre de 2016 razón por la cual había cobrado firmeza.

Frente a lo decidido, interpongo recurso de reposición y en subsidio apelación, porque, a todas luces, no se trataba de una objeción al avalúo sino de actualizarlo, porque durante ese lapso el inmueble había incrementado su valor y las copropietarias debían beneficiarse de ello en igualdad de condiciones.

De nuevo hago claridad en que no estoy objetando dicho avalúo pues mi solicitud está encaminada en que se le dé el valor real al inmueble en este estadio procesal, la objeción indicada por el señor juez de conocimiento, no tiene ningún asidero de hecho ni de derecho, ya que el auxiliar de la justicia no podía prever el tiempo que duraría el trámite del proceso ni en cuenta se incrementaría el valor del bien durante ese lapso, por lo que haber atacado aquel avalúo no resultaba procedente. Ahora bien, como se ha manifestado, no se trata de una objeción al avalúo, se trata de actualizar el que existe y que en el proceso divisorio es necesario para conservar el equilibrio e igualdad entre las comuneras.

En providencia de fecha 15 de octubre de 2019 no se repone y se niega el recurso subsidiario de apelación por improcedente.

En ejercicio del derecho de defensa, la actora interpone recurso de reposición en contra de la decisión antes indicada y en subsidio el de queja con el fin de que, si no se modifica la decisión de negar la apelación, se remita al superior para que se tramite el de queja y sea esta Alta Corporación quien resuelva sobre la concesión del recurso de apelación.

Como obra en autos, tanto el auto que resuelve el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, fue emitido por el despacho el mismo día que profiere el fallo, sin considerar que el extremo que represento tenía su derecho constitucional de impetrar los demás recursos que le otorga la ley en beneficio de sus intereses.

Al emitir el fallo, se está vulnerando el derecho de defensa, el debido proceso, de igualdad entre las partes, se está causando (...) un detrimento patrimonial y permitiendo un enriquecimiento sin causa en favor de la demandada señora ROSARIO DEL CARMEN MARTÍNEZ BALCERO, a quien se le permite recibir el beneficio de la valorización del predio en su favor y desconocer que también le corresponde a mi prohijada, pues como se ha indicado, desde la fecha en que se presentó el avalúo del predio, esto es 5 de diciembre de 2016 a hoy, se ha incrementado el valor y ya no correspondería a la demandante la suma indicada en el numeral tercero del fallo recurrido, esto es la suma de \$96.353.150,00 sin que deberá reconocerle su cuota parte de acuerdo con el valor actualizado del bien a dividir.

Como se observa, la juez de conocimiento basa su fallo en un supuesto fáctico errado, al no permitir la actualización del avalúo, y por ello concluye que sólo le corresponde a la actora la irrisoria suma señalada en el numeral segundo del fallo, trasgrediendo así lo indicado en el artículo 457 del C.G.P.

Como si fuera poco, para defraudar más a mi representada se le reconoce como gastos en favor de la señora ROSARIO DEL CARMEN la suma de \$7.623.500, desconociendo que se trata de un proceso divisorio en el cual las comuneras deben responder en igualdad de condiciones por los gastos procesales.

Así las cosas, y como quiera que el valor que corresponde a mi representada por su cuota parte supera lo indicado en el fallo (...) solicito revocar en su totalidad la presente sentencia".

2. Dentro de la oportunidad de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020, la actora insistió en las mismas argumentaciones elevadas al momento de impugnarse la sentencia, destacando, en esencia, que al no actualizarse el avalúo comercial se está causando un grave detrimento patrimonial, y al no haberse "resuelto el recurso de queja el auto que me negó la actualización no se encuentra ejecutoriado por lo cual no era procedente dictar sentencia".

Finalmente, reseñó que, conforme a lo previsto en el otrora canon 473 del C. de P. C., el fallador se equivocó al ordenar la entrega a la parte demandada de la suma de \$7'623.500,00, puesto que del referido valor la pasiva le correspondía sufragar \$3'811.750,00.

3. Por su parte, el extremo conminado solicitó la confirmatoria de la providencia opugnada, reseñando que el debido proceso y el principio de igualdad, se han guardado en la presente actuación; replicando, además, que la providencia que denegó la concesión de la apelación contra el auto del 29 de abril de 2.019, con la cual no se accedió a la actualización del avalúo, no luce descaminada, en la medida que tal pronunciamiento no se encuentra enlistado en el canon 321 del C. G. del P., lo que fue ratificado al resolverse el recurso de queja incoado.

Respecto de las sumas de gastos, manifestó que tal condena se basó en los recibos de pago que dan fe de los montos cubiertos; resultando contrario a la realidad procesal una decreto por cifras distintas.

Para finalizar, hizo énfasis en que el avalúo se puso de presente a la parte demandante y ésta guardó silencio, con lo cual no puede pretenderse realizar cambios posteriores; menos aun cuando se el derecho de preferencia fue ejercido por el extremo convocado, y fue consignado, a órdenes del juzgado, el valor necesario para alcanzar la titularidad de la totalidad del bien inmueble litigado.

IV. CONSIDERACIONES

1. Encontrándose reunidos los presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio que invalide la actuación, se hace necesario anotar, de manera preliminar, que esta Sala se circunscribirá a examinar, exclusivamente, los motivos de censura demarcados por el extremo apelante, acatando los lineamientos del inciso 1º del canon 320 del Código General del Proceso.

2. Con ese propósito, recuérdese que, a voces de los artículos 1.374 y 2.334 del Código Civil, nadie está obligado a permanecer en la indivisión, por lo que cualquiera de los condueños de la cosa común está facultado para solicitar su división material o su

venta, a efectos de obtener la distribución del producto.

Al respecto, ha puntualizado la jurisprudencia vernácula que “[l]a *actio común dividendo* o *solicitud de división de la cosa común* puede presentarse por los comuneros interesados a los demás condueños para que, en principio, a través del común acuerdo se resuelva el estado de indivisión; o, de ser necesario demandar la división ante la administración de justicia, las normas procedimentales, por su parte, consagran el procedimiento que debe seguirse para la división material o la venta de la cosa común. Ahora bien, salvo lo dispuesto en normas especiales, la división material será procedente cuando se trate de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los condueños desmerezcan por el fraccionamiento. En los demás casos, procederá la venta.”¹

3. De igual forma, es del caso precisar que, tras decretarse la venta del bien litigado, la juzgadora de primer grado tuvo en cuenta que, dentro de la oportunidad procesal pertinente, la demandada hizo uso del “*derecho de compra*”, conforme lo autoriza el artículo 2.336 del Código Civil, en concordancia con el artículo 474 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual, dispuso en auto del 1 de diciembre de 2.017, que ésta consignara la suma de \$103’946.250,00, que corresponde al 50% del último avalúo obrante en la encuadernación, carga que cumplió Rosario del Carmen Martínez, el 13 del mismo mes y año, al depositar dicho valor a órdenes de la sede judicial de conocimiento, sin que la demandante hubiere formulado oposición alguna; pasividad extendida a la aprobación impartida a la liquidación de gastos, con auto del 7 de febrero de 2.019, pues la parte ahora recurrente solo petitionó, el día 25 siguiente, actualizar el avalúo del bien raíz materia de este proceso, solicitud resuelta en su desfavor; por lo que la sentenciadora *a quo* accedió a la opción de adquisición que tempestivamente ejerciera Rosario del Carmen Martínez Balceró, adjudicándole el 50% que le correspondía a la activante Sara María Martínez Balceró, para, así, quedar aquélla con el 100% de los derechos dominicales sobre la heredad; decisión resistida por la activante, al

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-791/06

instar, básicamente, que "(...) se le dé el valor real al inmueble en este estadio procesal, (...) [porque] en el proceso divisorio [ello] es necesario para conservar el equilibrio e igualdad entre las comuneras (...) [y] el fallo (...) está vulnerando el derecho de defensa, el debido proceso, de igualdad entre las partes (...) causando (...) un detrimento patrimonial y permitiendo un enriquecimiento sin causa en favor de la demandada."

4. Sin embargo, auscultada sosegadamente la ritualidad adelantada, observa el Tribunal que la convocada, en el término judicialmente concedido, acreditó el pago del precio de la venta en la cuota parte que le pertenecía a la impulsora del debate; situación distinta es que con posterioridad al 13 de diciembre de 2.017, el juzgado, previo a dictar sentencia, requirió a las partes para que arrimaran prueba de la cancelación de sus obligaciones tributarias,² trámite que perduró, aproximadamente, 14 meses -no avizorándose el obediencia del deber a cargo de la gestora-, por lo que sólo fue posible aprobar la liquidación de gastos en auto del 7 de febrero de 2.019, sin que en las diligencias obre actuación alguna, en ese lapso, por parte de Sara María Martínez, tendiente a obtener la actualización del justiprecio, ya que tal petición sólo la presentó tras la ejecutoria de la última decisión en mención, más exactamente el 25 de febrero del año pasado, circunstancias que, por sí solas, no pueden considerarse como un "enriquecimiento sin causa en favor de la demandada", dado que encuentran su génesis en determinaciones judiciales que no fueron rebatidas por la hoy impugnadora.

5. Ubicada de ese modo la situación litigiosa, a no dudar, devienen frustráneos los reparos formulados por la promotora del juicio, comoquiera que sus inconformidades se enderezan a reabrir la controversia sobre aspectos procesales cuya discusión se ventiló y clausuró debidamente en el decurso del proceso, dado que, de un lado, este Tribunal, mediante auto del pasado 27 de abril, al resolver el recurso de queja incoado por la parte increpante tuvo por bien

² Ver auto del 27 de febrero de 2018, folio 162, cd. 1

denegada la alzada interpuesta contra el auto del 29 de abril de 2019; y, de otro, la actora permaneció particularmente silente frente al avalúo del predio, la consignación del valor de su 50% efectuada por la pasiva y la aprobación de la liquidación de gastos; resultando improcedente aprovechar la apelación de la resolución de fondo para insistir en censurar lo zanjado, respecto de fases del juicio ya consolidadas. Esto en virtud del principio de preclusión, consagrado en el artículo 117 del Código General del Proceso, que a voces de la Sala de Casación Civil, opera también "(...) cuando dentro de la oportunidad señalada el litigante ejercita válidamente la facultad de que se trata, pues es apenas obvio pensar que si el derecho se ejerció anteriormente, la decisión judicial correspondiente deba producir como consecuencia la clausura de la respectiva etapa del proceso, impidiendo que la misma pretensión pueda ventilarse nuevamente en el mismo (...)".³

6. De todo lo delantadamente discurrido descuella el fracaso de los rebatimientos izados contra la providencia de primer orden, ante lo cual se impone su confirmación. En consecuencia, se condenará en costas al extremo opugnador, a tono con lo previsto en la regla 1ª del canon 365 del C. G. del P.

DECISION:

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

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre de 2019, en el *sub judice*, por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, por lo dicho en el cuerpo motivo de este pronunciamiento.

³ C.S.J. Cas. Civil. 10 may. 1979.

SEGUNDO. CONDENA en costas de esta instancia a la parte recurrente. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho un (1) S.M.L.M.V. Líquidense de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C. G. del P.

TERCERO. DEVOLVER, en oportunidad, el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado

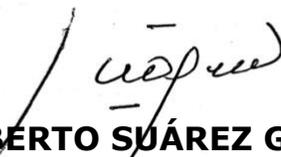
(34 2015 00673 02)



JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado

(34 2015 00673 02)



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

(34 2015 00673 02)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Correo: des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Radicación: 048-2014-00669-01

**PROCESO DE PERTENENCIA DE MARIA ALICIA
RAMIREZ DE GONZALEZ CONTRA ANA ISABEL BERNAL DE
RAMIREZ Y OTROS.**

**Bogotá DC, primero (1) de septiembre de dos mil veinte
(2020)**

En los términos del artículo 14 del Decreto Legislativo número 806 de 2020, mediante proveído del 13 de agosto del corriente año, se concedió al apelante el término legal de 5 días a efectos de que sustentara el recurso, para lo cual se surtió la respectiva notificación por estado, y se publicitó electrónicamente el contenido de la decisión.

Vencido en silencio el término anterior, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final, del numeral 2º, del artículo 322 del Código General del Proceso **SE DECLARA DESIERTO EL RECURSO DE APELACIÓN.**

Ejecutoriada esta providencia, regrese el expediente a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL 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:
3f7acfd25c6f1ea98f2cbc75fdf85c6ec5799a7b0db28fe44bae8
f53f518ce92

Documento generado en 01/09/2020 11:49:10 a.m.

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ**

Bogotá D.C., primero (1) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Proceso	Verbal
Demandante	Multiservicio Latino (Multilatino) Ltda.
Demandado	Mauricio Fernando Farre Carvajal y/o
Radicado	11 001 31 99 002 2018 00385 03
Instancia	Segunda
Decisión	Devuelve expediente

Teniendo en cuenta que la Coordinadora Grupo Jurisdicción Societaria II de la Superintendencia de Sociedades, en audiencia del 27 de enero de 2020, concedió en el efecto devolutivo dos recursos de apelación contra auto, y uno de queja, trámites que quedaron supeditados a que la parte interesada pagara las expensas correspondientes y dentro del término concedido, sin que se advierta en la foliatura el cubrimiento de estas, tampoco que se hubiese liberado de esa carga, y menos aplicado efecto procesal alguno a esas circunstancias, se impone devolver el expediente a la oficina de origen para que frente a esa situación resuelva lo que en derecho corresponda (Cfr. Acta de audiencia del 27 de enero de 2020).

Por la secretaría del Tribunal devuélvase el expediente.

NOTIFÍQUESE

Documento con firma electrónica

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado

La información reportada en la constancia firma electrónica es suministrada directamente por el Consejo Superior de la Judicatura. La validez de la firma puede ser autenticada en la página web de la Rama Judicial con la siguiente información:

Firmado Por:

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

JUEZ CIRCUITO

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 007 CIVIL 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:

4ffa7876596ca221ef570c2a9adf96e7084b6b88344e9bec28ce107eec34df76

Documento generado en 01/09/2020 10:56:16 a.m.

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

**Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN**

Bogotá D. C., treinta y uno de agosto (31) de agosto de dos mil veinte
(2020).

Discutido en las Salas de Decisión Virtual del 11 de junio y 14 de agosto de 2020,
siendo aprobado en la última.

Ref.: Exp. 11001-3103-041-2016-00476-01

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el demandado contra la sentencia de 16 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del proceso declarativo de ADCAP Colombia S.A. – Comisionista de Bolsa y Avinsas S.A.S. contra Andrés Uribe Cajiao.

ANTECEDENTES

1. Pretensiones y sustento fáctico.

ADCAP COLOMBIA S.A. y AVINSAS S.A.S. piden declarar que el convocado incumplió el contrato de comisión ajustado con la primera sociedad en mención, para realizar una operación “*repo*” sobre acciones de Interbolsa; y, en consecuencia, condenarlo a pagar a aquellas, en su orden, \$17'667.062.00 y \$205'401.986.00 por gastos, expensas y perjuicios, más intereses de mora desde el 11 de noviembre de 2012 hasta la fecha de su cancelación.

Sustentan tales súplicas, en síntesis, así:

a. ACAPC COLOMBIA S.A. es una sociedad comisionista de bolsa, dedicada a la intermediación en el mercado bursátil. A ella se vinculó como cliente el señor Uribe Cajiao (experto en mercado de valores), el día 12 de septiembre de 2011, manifestando estar dispuesto a asumir riesgos y ser ubicado en el perfil de “riesgo de ‘especulación’”.

b. El 18 de julio de 2012, el prenombrado comitente suscribió una carta de compromiso para la celebración de operaciones de venta con pacto de recompra sobre acciones y/o valores de renta variable, autorizando a la actora a realizar por cuenta suya y respecto de los valores administrados por ésta última “operaciones repo” sobre acciones de Interbolsa S.A.

c. En virtud de ese encargo, el comitente adquirió el compromiso de vender los valores en la operación inicial, aceptar el usufructo de ellos, pagar el valor de recompra de las acciones materia de la operación y readquirir la propiedad de las mismas, en el evento de actuar como enajenante inicial de “la operación repo”; igualmente, se obligó a constituir y ajustar las garantías exigidas por la normatividad aplicable, como también las adicionales necesarias en caso de ser insuficientes las primeras.

d. En cumplimiento del encargo, la actora celebró el 10 de octubre de 2012 un operación repo sobre 338.003 acciones de Interbolsa, cuya obligación de recompra fue pactada para el 9 de noviembre de 2012. Y en acatamiento del reglamento de la BVC fueron impresos los comprobantes de liquidación respectivos, por \$223.068.958.33, siendo remitidos al comitente el 11 de octubre de 2012, por correo electrónico, informándole la fecha de vencimiento del repo, además, de solicitarle el ajuste de las garantías necesarias, pero como no suministró los recursos para tal efecto ADCAP COLOMBIA S.A. procedió a suplirlos en cuantía de \$66.960.000.oo.

e. El accionado tampoco proporcionó el dinero requerido para el pago del precio de recompra, en la fecha de cumplimiento de la

operación (9 noviembre 2012).

f. Ante la insatisfacción del compromiso, la comisionista comunicó a la BVC que asumiría “en posición propia la operación” y pidió la liberación de las garantías y acciones puestas en el “Deceval”.

g. La comisionista modificó entonces los registros en el sistema y ajustó el nombre del comitente en la operación final, incluyendo el suyo en sustitución de Andrés Uribe Cajiao.

h. Los valores de la referida operación fueron 338.003 y 24.096 acciones “ordinarias” de Interbolsa S.A. (hoy en liquidación). Las primeras, objeto de la operación; y las otras constituían la garantía de la misma.

i. Ante el incumplimiento en cuestión, la demandante tuvo que asumir por cuenta propia el ajuste de garantías, el precio de recompra de la operación final y los comportamientos del mercado por la situación afrontada por Interbolsa S.A., en liquidación, así para el 31 de diciembre de 2012 el valor intrínseco de sus acciones es “cero”.

j. La actora por los mentados conceptos cubrió de su patrimonio \$223.068.958.33.

k. Desde el 2 de noviembre de 2012, la BVC suspendió la negociación de las acciones de Interbolsa, lo cual imposibilitó la venta de los títulos para liquidar finalmente la operación. Por tanto, la comisionista no pudo recobrar los gastos y expensas del reporte.

l. El 20 de noviembre de 2013, ADCAP COLOMBIA S.A. cedió a AVINSAS S.A.S. el derecho surgido de esa acreencia, en un 92% equivalente para esa época a \$205.401.896.83. Esa cesión fue notificada a Andrés Uribe Cajiao en la forma prevista en el artículo 1960 del C.C.

2. La réplica de la parte accionada.

Andrés Uribe Cajiao pidió desestimar la demanda y, en su

defensa, formuló las excepciones que tituló 'Extinción de la obligación por compensación' y "Teoría del riesgo-La cosa perece para el dueño".

La primera de ellas la fundó en que ante su incumplimiento, la comisionista prefirió 'asumir en posición propia la operación', es decir, "*asumió el riesgo de pagarse con los títulos los cuales debían liquidarse por el valor del precio de mercado a la fecha de incumplimiento*" (9 de noviembre de 2012); igualmente, argumentó que las 338.003 acciones que la comisionista puso a su nombre, liquidadas al último precio que cotizaron en bolsa (\$980), valían \$331'242.940.00, por lo que existe un remanente a su favor de \$108'173.982.

Y la otra la soportó, por una parte, en que cuando sobrevino la cancelación del registro de los valores de Interbolsa, el 18 de enero de 2013, las acciones ya eran propiedad de la comisionista; y, por la otra, en la "*No aceptación de la cesión de créditos*", porque ésta no le fue notificada en los términos del artículo 1960 del Código Civil.

3. La demanda de reconvenición.

En ese escrito, Uribe Cajiao pidió declarar que ADCAP COLOMBIA S.A. le adeuda \$108.173.982.00, mayor valor de las acciones de Interbolsa que en cuantía de \$338.003 fueron asumidas en posición propia el 9 de noviembre de 2012; consecuentemente, condenarla a pagar tal monto de dinero junto con el interés moratorio generado desde el 10 de noviembre de 2012 y hasta cuando se produzca su pago.

Así mismo, declarar que la citada sociedad le irrogó un perjuicio al reportarlo a la CIFIN (buen nombre y reputación), condenándola a resarcir el mismo.

Soportó esas pretensiones en que la sociedad reconvenida, en virtud de que él no entregó los recursos para efectuar la recompra de las acciones en la susodicha operación, la asumió el 9 de noviembre de 2012 "en posición propia" y pidió a la BVC liberar las 338.003 acciones, cuyo último valor de cierre fue de \$980.00, lo cual comporta que aquella

tuvo un ingreso de \$331.242.940.00 y, como el costo de la recompra ascendió a \$223.068.958.33, existe un saldo a su favor de \$108.173.982.00, valor que su contendiente no le ha devuelto.

4. Surtida la instancia, el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito emitió fallo el 2 de octubre de 2018. Sin embargo, atendiendo el vencimiento del plazo previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso se declaró la nulidad de esa decisión.

El conocimiento del litigio correspondió, entonces, al Juez 42 Civil del Circuito, quien, con sustento en el numeral 2º del artículo 278 del C.G.P., profirió nuevamente el veredicto, aunque por escrito y en idénticos términos del que había dictado su homólogo.

5. La sentencia recurrida.

Luego de unas notas teóricas sobre la responsabilidad civil de jaez contractual y el convenio de reporto -que catalogó de atípico-, encontró acreditada la susodicha operación entre el comitente demandado y la comisionista, cuya calidad de contratante cumplida no vio en discusión. También halló probado que aquel no acató su obligación de recompra, punto que tuvo por 'pacífico' en el litigio. Concluyó así que se estructuran todos los elementos de la acción de responsabilidad contractual.

Consecuentemente, abordó las excepciones, y consideró que *“las circunstancias sobrevinientes que aduce el demandado, como que la demandante ADCAP asumió la propiedad de las acciones y en poder de ellas un agente externo dispuso la intervención de la sociedad Interbolsa S.A., (...) lejos de constituir fundamento suficiente para desvirtuar lo pretendido (...) ratifican su éxito, pues es principio de derecho que nadie puede alegar su propia torpeza, su propia culpa o su propio incumplimiento en su beneficio”*.

Esto en virtud del reglamento de la BVC, pues a su tenor si la

comisionista, después de agotar el procedimiento de venta forzoso allí descrito, no logra cubrir la totalidad del monto de la recompra, réditos y demás gastos, *“se permite que acuda a los mecanismos legales para exigir las sumas a que tenga derecho como remuneración”*. Y si bien *“la demandante sustituyó al demandado en sus derechos y se expidió la liquidación en cero, ello no obedeció al pago de la obligación, sino al cumplimiento de las disposiciones legales que rigen esta clase de operaciones”*.

Dedujo, además, que la intervención de la Superintendencia Financiera impidió la enajenación de los valores. Y aunque estaban en cabeza de la sociedad demandante, esto obedeció únicamente *“al incumplimiento del demandado de sus obligaciones con la operación y particularmente, el no haber prestado oportunamente las garantías que la comisionista le pidió para el aseguramiento de la misma”*.

Por otra parte, descartó la exceptiva referente a la falta de notificación de la cesión ya que ese enteramiento se surtió con la comunicación del auto admisorio, según lo permite el artículo 94 del Código General del Proceso.

En suma, denegó las excepciones y la reconvenición, al tiempo que condenó al encartado a pagar los \$223'068.958 en que se había prefijado la recompra, más los intereses de mora desde que se integró el contradictorio (23 ago. 2017), en la respectiva proporción que corresponde a cada convocante.

4. La apelación.

Del escrito contentivo de la alzada y su respectiva sustentación emerge que el recurrente formuló al fallo, en lo medular, los reparos siguientes:

a. Desconoció el artículo 14 de la Ley 964 de 2005, porque consideró que ADCAP COLOMBIA S.A. sustituyó al demandado en sus

derechos y expidió la liquidación en cero por el cumplimiento de disposiciones legales y no por voluntad propia.

Así pasó por alto que la precitada norma facultaba a la comisionista para asumir el 'repo' en posición propia o vender las acciones. De modo que, cuando optó por lo primero, la actora afrontó el riesgo, el que posteriormente se concretó cuando los valores de Interbolsa no pudieron seguir negociándose.

Además, la comisionista, incluso, pudo entregar las acciones "*en pago al mismo acreedor que dio el dinero para la compra inicial, o a cualquier otro acreedor que tuviera*", según explicó el testigo Erwin Danilo Lineros

b. El juez le dio mayor valor al reglamento de la bolsa que a la Ley 964 de 2005 y al Decreto 2555 de 2010, aunque no expone cómo esas normas se contraponen.

c. Inaplicó el artículo 3.4.3.3.6 de la Circular Única de la BVC, vigente para la época de los hechos, el cual, a su juicio, reglamentaba la situación en litigio, pues regula los pasos a seguir ante el incumplimiento del reporto. Debió aceptarse así que el precio de las 338.003 cubría sobradamente el importe de la recompra y dejaba un saldo a su favor.

d. No está alegando su propia culpa o torpeza, lo que reclama es la aplicación de la ley especial, la cual contempla la consecuencia que acarrea el incumplimiento de una operación repo en la recompra, esto es, devolver el mayor valor.

e. No había lugar a aceptar la cesión, porque con su futura oposición perseguía postular excepciones personales contra ADCAP, específicamente porque al quedarse con las acciones se extinguió el crédito y por lo mismo no podía transferirse.

f. Nunca se probó que Avinsas pagó por la susodicha cesión.

CONSIDERACIONES

1. Colmados como están los presupuestos procesales, y no advirtiéndose vicio alguno que invalide la actuación, procede definir el mérito del litigio.

2. Antes de abordar el estudio de la alzada, es del caso precisar, que por virtud del artículo 328 del Código General del Proceso la competencia del sentenciador de segunda instancia se extiende *“solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante”*.

3. Ahora, para aquilatar los reparos concernientes con el desenvolvimiento de la operación financiera, resulta indispensable traer a colación unos aspectos preliminares sobre la figura del “repo” o “reporto”.

El artículo 1° del Decreto 4432 de 2006 establecía: *“Las operaciones de reporto o repo son aquellas en las que una parte (el "Enajenante"), transfiere la propiedad a la otra (el "Adquirente") sobre valores a cambio del pago de una suma de dinero (el "Monto Inicial") y en las que el Adquirente al mismo tiempo se compromete a transferir al Enajenante valores de la misma especie y características a cambio del pago de una suma de dinero ("Monto Final") en la misma fecha o en una fecha posterior previamente acordada”*.

Por cuanto dicha definición legal, reproducida en el Decreto 2555 de 2010, finalmente fue derogada con el Decreto 2813 de 2013, aunado a que el artículo 14 de la Ley 964 de 2005 sólo enuncia los efectos del reporto¹, actualmente la doctrina se inclina por considerarlo atípico.

¹ Artículo 14 Ley 964: (...) Los efectos jurídicos de las operaciones repo y simultáneas a las cuales se refiere el presente artículo serán los siguientes:

a) Una vez cumplido el plazo o la condición que se pacte el adquirente inicial de los valores deberá restituir la propiedad de los mismos a quien se los transfirió. Si los títulos originalmente utilizados en la operación fueron enajenados, deberá entregar otros de la misma especie, clase y monto;

b) Si quien inicialmente transfiere los valores incumple su obligación de pagar el precio de readquisición, su contraparte mantendrá el derecho de propiedad sobre los mismos y en consecuencia podrá conservarlos definitivamente, disponer de ellos o cobrarlos a su vencimiento. Sin embargo, en este caso la parte que mantenga la propiedad del título deberá entregar a su contraparte en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la fecha del incumplimiento la diferencia que resulte entre el precio acordado y el precio de mercado del valor en la fecha del incumplimiento (...).

En síntesis, las operaciones repo permiten que agentes deficitarios de recursos obtengan efectivo por la venta temporal de títulos corporativos a una entidad financiera, con el compromiso de recomprarlos a un mayor precio, como única remuneración para la entidad financiera.

Las partes son conocidas como 'reportador', 'originador' o 'comisionista' (el comprador temporal de los títulos) y 'reportado', 'receptor' o 'comitente' (el vendedor). Este último, se recalca, recibe el efectivo a cambio de los valores y se obliga a recomprarlos a un sobreprecio -esto es crucial- a manera de comisión por la financiación.

Es decir, la remuneración de la comisionista (reportador) no proviene de los réditos, dividendos o el mayor valor de los títulos. De hecho, a la comisionista no le pertenecen esos rendimientos por más que se produzcan cuando ostente la titularidad². Es que la comisionista ni siquiera persigue apropiarse de las acciones o comprarlos efectivamente³. La ganancia de la comisionista está prefijada desde un inicio: corresponde al mayor precio de recompra.

Por eso, a diferencia de la compraventa con pacto de retroventa, en el reporto la recompra no es opcional. Obviarla supone un incumplimiento que habilita incluso acciones indemnizatorias, porque - fue dicho- el propósito de la comisionista no es adquirir los títulos sino ganar la diferencia entre el monto inicial y el precio final. El pacto de retroventa, en cambio, puede omitirse sin penalidad porque la simetría de las prestaciones viene dada desde la compraventa.

En el reporto el equilibrio económico no se logra con la venta inicial sino finalmente con la recompra. Por ello el "monto inicial" no es equivalente al precio de mercado de las acciones negociadas, sino al capital del empréstito, y el valor la recompra corresponde a aquel monto

² Literal d) artículo 2.36.3.1.3. del Decreto 2555 de 2010: *"Si durante la vigencia de la operación los valores objeto de la misma pagan amortizaciones, rendimientos o dividendos, el Receptor deberá transferir el importe de los mismos al Originador en la misma fecha en que tenga lugar dicho pago"*.

³ Nótese que según el artículo 3.2.3.3.11 del Reglamento de la Bolsa de Valores de Colombia en los repo *"el valor objeto de la operación será transferido en propiedad a favor del adquirente de la operación inicial (la comisionista) y siempre quedará inmovilizado en la cuenta de éste hasta la fecha de cumplimiento de la operación de recompra. Dicha inmovilización se hará a título de garantía (...)*.

inicial más la remuneración de la comisionista. Por consiguiente, en realidad el mutuo comercial con garantía -no el pacto de retroventa- es la figura típica más afín al reporto.

Dice el profesor Rodríguez Azuero:

“(...) podría preguntarse por qué si el reportador transfiere una suma de dinero pero, a su turno, recibe del reportado en propiedad títulos valores o de crédito no podrían considerarse remuneradas ambas partes en forma suficiente, esto es, no cabría un equilibrio económico perfecto desde el punto de vista jurídico como sucede en el caso de la compraventa” (...) [ocurre que] el reportador no busca la adquisición de unos determinados títulos valores, sino la concesión de un crédito a su cliente, para lo cual los recibe en propiedad pero se compromete, al mismo tiempo, a retransmitirlos en especie o por su equivalente contra el reembolso de la suma entregada más una remuneración”⁴.

En pocas palabras, el reporto no es una compraventa de acciones con pacto de retroventa: es un crédito con garantía, las acciones.

2.1. Según se vio, los repos en síntesis son atípicos. Pero esto no quiere decir que no estén regulados. Se trata de contratos *sui generis* cuya disciplina normativa está atomizada. Además de los decretos, los reglamentos son normatividad supletoria para el desarrollo de las operaciones repo, conforme el último párrafo del artículo 14 de la Ley 964 de 2005 y al Artículo 2.36.3.1.10 del Decreto 2555 de 2010 (Artículo 10 del Decreto 4432 de 2006): *Las operaciones de reporto o repo, simultáneas y de transferencia temporal de valores deberán cumplir, además de lo dispuesto en el presente Título, con lo que señalen los reglamentos de negociación de las bolsas de valores o de los reglamentos de los sistemas de negociación de valores en los que se celebren estas operaciones”.*

⁴ Rodríguez Azuero; Sergio; *Contrato Bancarios y su significación en América Latina*; Ed. Biblioteca Felaban, Universidad de Texas; pág. 661; sexta edición.

El precitado Decreto 4432 reguló los repos en la práctica incluso hasta después de que fue derogado por el Decreto 2555 de 2010, debido a que este reprodujo su contenido. Este a su vez permaneció vigente hasta la expedición del Decreto 2878 de 2013. Por ende, las disposiciones del Decreto 4432, recogidas en el 2555 de 2010, gobiernan el contrato de reporto que suscita esta controversia, pues fue ajustado en octubre de 2012.

Al igual que la Ley 964, el Artículo 2.36.3.1.8 del Decreto 2555 (Artículo 8 del Decreto 4432 de 2006) preveía que “*los reglamentos de las bolsas de valores o de los sistemas de negociación de valores **establecerán el procedimiento a seguirse en caso de incumplimiento** de las operaciones celebradas y la forma de aplicar las garantías constituidas*” (se subrayó).

En ese orden, la queja por habersele dado primacía al Reglamento de la BVC sobre los Decretos y la Ley desconoce que el juez *a-quo* en realidad estaba obligado a hacer una aplicación integral y armónica de todas esas regulaciones. Lo que es suficiente para desvirtuar este reclamo, máxime cuando, se repite, los reglamentos debían aplicarse en caso de incumplimiento.

2.2. Así mismo, forzosamente deben contrastarse con los decretos y reglamentos vigentes para esa época las tesis del inconforme de que i) la comisionista **optó** por sustituirlo en la operación y asumir las acciones en posición propia para beneficiarse de su hipotético mayor valor, ii) la comisionista pudo **dar las acciones en pago** a sus acreedores, y iii) el precio de las 338.003 acciones le dejaba un **saldo a favor**.

Pues bien, establecía el Decreto 2555 que en los repos, “*si alguna de las partes incumple su obligación, cada una mantendrá el derecho de propiedad sobre las sumas de dinero y los valores que haya recibido y podrá conservarlos definitivamente, disponer de ellos o cobrarlos a su vencimiento*” (Artículo 2.36.3.1.8). Y como se explicó, esta norma debía armonizarse con el Reglamento a efectos de verificar los procedimientos aplicables al incumplimiento.

Al respecto, el artículo 3.2.1.3.3.12 prescribía:

“En caso de que el respectivo comitente no provea los recursos necesarios para el cumplimiento de la obligación de recompra a la Sociedad Comisionista (...) podrá adquirir por cuenta propia, de acuerdo a las disposiciones legales, los títulos objeto de la operación del comitente incumplido. No obstante, la Bolsa podrá salir a vender dichos títulos (...) la Sociedad Comisionista recibirá en su favor lo transferido por la Bolsa hasta la concurrencia del valor de la operación de recompra, más los intereses (...) el excedente, si lo hubiere, deberá ser entregado al comitente incumplido.

En todo caso, la sociedad comisionista podrá reclamar judicialmente al comitente incumplido los perjuicios adicionales a que haya lugar (énfasis agregado).

Y el artículo 3.4.3.3.6 del Reglamento detallaba el procedimiento que debía surtirse ante el incumplimiento del comitente:

“Cuando el comitente Enajenante inicial/ adquirente final de una Sociedad Comisionista no provea los recursos necesarios para el cumplimiento de la obligación de regreso (...) se procederá como sigue:

- 1. A más tardar en la fecha en que debe realizarse la operación de regreso y en todo caso antes de que la operación se haya cumplido, la Sociedad Comisionista informará a la Bolsa (...) que su comitente Enajenante inicial /Adquirente final no proveyó los recursos necesarios para el cumplimiento de la operación de regreso y que la operación será cumplida en posición propia.*

La Sociedad Comisionista interesada en utilizar el procedimiento previsto en el presente artículo, podrá solicitar a la Bolsa, el día anterior a la fecha de cumplimiento de la operación de regreso y antes del cierre del horario de cumplimiento del día, que la operación sea excluida del envío automático al Deceval, para evitar su cumplimiento en Bolsa, antes de notificar el incumplimiento por parte de su comitente.

- 2. Recibida la comunicación anterior, la Bolsa procederá a modificar, en los registros del sistema, el nombre del comitente en la operación de regreso sustituyéndolo por la Sociedad Comisionista,*

ordenará la reimpresión del comprante de operación y procederá a ordenar el cumplimiento de la operación de conformidad con los nuevos registros.

3. La Sociedad Comisionista procederá a cumplir la operación en posición propia, según lo haya informado y la Bolsa le entregará los títulos.

4. La Bolsa ordenará vender los valores objeto de la operación, junto con los valores entregados como garantías si los hubiere, y para ello impartirá la orden para su venta a la misma Sociedad Comisionista que adquirió los valores objeto de la operación.

La Sociedad Comisionista tendrá los siguientes plazos para realizar la venta: a) Veinte (20) días hábiles bursátiles, plazo en el cual deberá realizar todos los actos necesarios para permitir su venta, tales como activaciones, ingreso de órdenes, entre otros.

5. Realizada la venta de los valores por parte de la Sociedad Comisionista que cumplió la Operación en posición propia y cumplidas las Operaciones, la Sociedad Comisionista deberá verificar que el dinero que ha recibido en virtud de la venta es suficiente para cubrir el valor de la operación de regreso, más los intereses causados desde la fecha de cumplimiento de la operación hasta la fecha de entrega de lo producido de la venta y los gastos en que haya incurrido para la venta, cuando fuere el caso. Dichos intereses se liquidarán a una tasa del doble del interés bancario corriente, sin que sea o exceda la tasa de usura.

En el caso anterior, si llegare a presentarse un excedente, este deberá ser entregado por la Sociedad Comisionista al comitente incumplido, debiendo remitir copia del recibo de entrega a la Bolsa a más tardar dentro de los dos (2) días hábiles siguientes al recibo de los dineros obtenidos de la venta de los valores.

6. De no ser posible la venta por parte de la Sociedad Comisionista de Bolsa o de ser parcial, la Bolsa procederá así:

a) Si no se vende el título objeto de la operación: La bolsa entregará a la Sociedad Comisionista la totalidad de los títulos recibidos como garantía de ajuste y el título objeto de la operación quedará en forma definitiva de propiedad de la Sociedad Comisionista (...).

Como se ve, tal y como sostiene el demandado, en situaciones de normalidad, verificado el incumplimiento del comitente, la sociedad comisionista tendría ante sí la posibilidad de adquirir las acciones objeto

del reporto (para disponer de ellas libremente incluso dándolas en pago a cualesquier eventual acreedor) o también podía solicitar la venta de los títulos a través de la Bolsa. En ambos casos, efectivamente, habría de liquidarse el valor la operación primero para entregarle a la comisionista el monto de la recompra más intereses y posteriormente devolver el eventual saldo al comitente incumplido.

Sin embargo, se itera, ese complejo procedimiento fue diseñado y es viable únicamente para situaciones normales, por lo que tales disposiciones no pueden aplicarse de forma aislada o insular. Desde luego deben armonizarse con las restantes disposiciones del reglamento que, dados todos los matices del caso, resultan más acordes al caso concreto.

Para lo que a este asunto importa, el Reglamento también establecía que “*no se podrán realizar nuevas operaciones cuando la inscripción o la negociación del valor se encuentre suspendida*” (artículo 3.2.1.3.3.8.). Adicionalmente contemplaba el artículo 3.2.1.3.3.3: “*En todo caso, no se podrán realizar operaciones repo cuando el emisor del título valor objeto de la operación se encuentre en cualquiera de los eventos enumerados a continuación: 1. Cuando el emisor sea sometido a toma de posesión (...)*”.

Y precisaba el artículo 3.2.1.3.3.16: “*La operación repo quedará resuelta, sin necesidad de declaración judicial, si con posterioridad al registro de la operación inicial de venta y antes del cumplimiento, la Bolsa conoce la ocurrencia de uno de los eventos indicados en los numerales 1 (toma de posesión del emisor de las acciones) ,2, 3 y 4 del artículo 3.2.1.3.3.3. (...). En caso de que uno cualquiera de los mencionados eventos, o cualquiera otro hecho o circunstancia que demeriten todos los valores de igual naturaleza al título objeto de la operación ocurra o sea informado a la Bolsa con posterioridad al cumplimiento de la operación inicial de venta, tal situación no eximirá a ninguna de las partes de cumplir las obligaciones a su cargo (...).*”

Ergo, siendo de público conocimiento que el 2 de noviembre de

2012 la Superintendencia Financiera, mediante la Resolución 1795 de esa fecha, tomó posesión de la sociedad Interbolsa S.A., es claro que las normas regulatorias del incumplimiento de la operación de reporto no eran exactamente las del artículo 3.4.3.3.6 del Reglamento, ya que justamente todo el procedimiento allí descrito resultaba imposible por virtud de la suspensión que la toma de posesión suponía para la negociación de las acciones de Interbolsa (artículos 3.2.1.3.3.3. y 3.2.1.3.3.8).

Porque estando vedada desde el 2 de noviembre de 2012 cualquier transacción sobre las 338.003 acciones de Interbolsa, para el 9 de noviembre siguiente, cuando se verificó el incumplimiento, no había forma de que la comisionista hubiese podido **optar** por apropiarse de esas acciones para después revenderlas o entregarlas en dación en pago. Tampoco podría haber forzado la venta de los valores en la bolsa.

Si bien el día del incumplimiento la comisionista le comunicó a la Bolsa que completaría la operación en nombre propio, no fue con la intención de adueñarse de las acciones y ganar el mayor valor que tuvieran en el mercado. Por más que nominalmente la acción de Interbolsa figurase desde el 2 de noviembre de 2012 con un precio de \$ 908, resulta innegable que para el 9 de noviembre siguiente, sabido como era que la toma de posesión se produjo por la iliquidez de esa compañía y el impago de sus obligaciones⁵, en realidad el precio de mercado de las acciones de Interbolsa sería de \$ 0. Evidentemente la maniobra que el recurrente achaca a su contraparte no tendría sentido. Por las mismas razones se cae de su peso pretender que la operación se ‘liquide’ con el valor de la acción a \$ 908 para el 9 de noviembre de 2012 y se le entregue un saldo al impugnante. Como los títulos de Interbolsa ya no se transaban para esa data, tampoco tenían precio de mercado.

Es que ciertamente la comisionista culminó la operación en “*posición propia*” no para obtener provecho con la especulación de las acciones de Interbolsa -para ese momento ya no eran negociables- sino

⁵ Ver Resolución 1795 de 2 de noviembre de 2012.

simplemente para cumplir las cargas que le imponía el procedimiento descrito en el artículo 3.4.3.3.6. No sobra reiterar que en el reporto la finalidad de la comisionista no es adquirir la propiedad de las acciones en pro de utilidad por la variación de su precio de mercado. Llanamente procura una remuneración por la financiación que concede al comitente. Recuérdesse, no es una compraventa con pacto de retroventa, sino un préstamo garantizado con acciones. Al igual que un acreedor hipotecario que no busca la propiedad del bien, lo pignora en seguridad del capital mutuado, la comisionista recibió las acciones solo en prenda de su derecho.

Claro, en realidad todo ese derrotero fue errático. Visto quedó que la toma de posesión del emisor de las acciones (Interbolsa) suponía la resolución automática, “*sin necesidad de declaración judicial*”, de las operaciones repo por concluir (artículo 3.2.2.3.3.16). Precisión con rigor procedimental que a la postre en nada altera las consecuencias del litigio, puesto que por mandato expreso del Reglamento, aun ante dicha condición resolutoria, se repite, o sobreviene cualquier circunstancia que devalúe las acciones objeto del reporto, nada eximía a las partes de cumplir lo pactado (*ejusdem*), lo que incluía desde luego la obligación de recompra. Y en caso de no hacerlo de todas formas -a manera de cláusula residual- el incumplido quedaba sujeto a indemnizar los perjuicios que causase y que se reclamasen judicialmente, como aquí se hace (artículo 3.2.1.3.3.12 del Reglamento).

Por lo que el colofón de lo hasta aquí dicho no puede ser otro que el fracaso de la censura.

3. Para concluir, los reproches sobre la cesión del crédito entre sus contendientes son abiertamente extemporáneos. Claramente si su intención al oponerse a la susodicha cesión era presentar ‘excepciones personales’ contra ADCAP y desconocer que Avinsas pagó por la transferencia de los derechos, pues debió exponerlo mediante reposición contra el auto admisorio de la reforma de la demanda -donde se aceptó la cesión-. Contó además con la garantía de contradicción (no sólo contestó la demanda sino que planteó reconvencción), de modo que desaprovechó la oportunidad de proponer cualquier hipotética excepción

personal frente a una u otra demandante, y el principio de preclusión procesal impide que ahora, ya en la alzada, pueda rescatar esa posibilidad.

4. En resumen, se confirmará el fallo impugnado, con la consecuente condena en costas para la parte vencida.

DECISIÓN

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

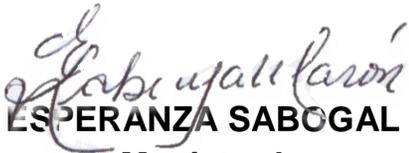
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 16 de septiembre de 2019, dictada en este asunto por el Juzgado Cuarenta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONDENAR en costas de la segunda instancia al demandado. Líquidense e inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$5'000.000.00, monto fijado por la Magistrada Ponente.

TERCERO.- En su oportunidad, **devuélvase** el expediente al despacho judicial de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

-con aclaración de voto-



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

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

Bogotá D. C., primero de septiembre de dos mil veinte

11001 3103 041 2017 00366 02

Ref.: proceso verbal de César Augusto Jiménez Malagón frente a **Organización Suma S.A.S.**

Se decide la apelación que formuló el único demandante, señor Jiménez Malagón contra el auto de 9 de diciembre de 2019, mediante el cual el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá se abstuvo de decretar **“el interrogatorio de parte”** de Mauricio Jiménez Malagón y Luz Consuelo Moreno Guzmán y denegó otras probanzas.

Es importante anotar que -con ese propósito- la actuación ingresó al despacho del suscrito Magistrado apenas hasta el 31 de agosto de 2020, esto es, después de surtida una actuación adicional del juez de primera instancia, quien -por auto de 12 de marzo de 2020- aceptó el desistimiento, con alcance parcial, que de su recurso presentó la misma recurrente.

Así las cosas, al día de hoy solo es necesario proveer sobre la negativa a decretar el “interrogatorio de parte” de Mauricio Jiménez Malagón y Luz Consuelo Moreno Guzmán, lo cual se hará en forma adversa a lo planteado por el apelante, POR LAS SIGUIENTES RAZONES:

1. Sea oportuno destacar que pese a que los señores Jiménez Malagón y Moreno Guzmán figuraron como demandantes en el libelo incoativo de este litigio, lo cierto es que por vía de subsanación, quien aquí funge como apoderado de la parte actora, prescindió de tal figuración y de ello se tomó nota en el auto admisorio de la demanda.

La solicitud de recaudo de la “declaración de parte” de los recién mencionados, la hizo inicialmente la actora, hoy recurrente, en su demanda, sin que, al subsanar el libelo o en alguna otra oportunidad apta para el efecto, hubiera hecho los ajustes inherentes a la variación de la que se viene hablando.

No asombra, entonces, que en el auto apelado, el juez *a quo* se hubiera abstenido de recaudar las declaraciones de quienes no son parte, por no concurrir las exigencias que prevé el artículo 198 del cgp.

2. Bueno es poner en relieve que al sustentar el recurso de reposición que de manera principal impetró contra la misma decisión, el hoy apelante reclamó que se oyera a los señores Jiménez Malagón y Moreno Guzmán, ya no como parte, sino en calidad de testigos.

Tal recurso horizontal lo desestimó el juez de primera instancia, quien resaltó que en la solicitud inicial no concurren las exigencias que en la materia consagra el artículo 212 del cgp. Contra esta última decisión, que involucraba un punto nuevo (la denegación de unas pruebas testimoniales), el interesado no formuló ningún recurso, como excepcionalmente lo permite el inciso cuarto del artículo 318, *ibidem*.

Al respecto, se ha dicho que “el concepto de la preclusión lo ha entendido generalmente la doctrina moderna y la jurisprudencia como **‘la pérdida, extinción o consumación de una facultad**

procesal, y resulta ordinariamente, de tres situaciones procesales: a) por no haberse acatado el orden u oportunidad preestablecido por la Ley para la ejecución de un acto; b) por haberse realizado una actividad incompatible con el ejercicio de otra; c) **por haberse ejercido ya, anterior y válidamente esa facultad**¹, tema sobre el que también ha puntualizado la jurisprudencia que “(...) si el derecho se ejerció anteriormente, la resolución judicial correspondiente debe producir como efecto la clausura de la respectiva etapa del proceso, impidiendo que el mismo derecho pueda repetirse, para no abrir la puerta por la que ingresarían a aquél el desorden y la incertidumbre”².

3. Así las cosas, de la simple confrontación de lo que se registró en los numerales 1° y 2°, emerge la improsperidad de la alzada.

Y es que como lo que fue materia de apelación -ello delimita el ámbito de decisión del juez de segunda instancia, artículo 328 del cgp.-, fue la renuencia del juez *a quo* a ordenar el recaudo de las “declaraciones de parte” de las que se viene hablando, sin duda, improcedentes por cuanto los señores Jiménez Malagón y Moreno Guzmán son terceros en este proceso judicial.

4. Lo anterior sin dejar de lado que, en rigor, tampoco el interesado suministró, y menos oportunamente, la información que, de acuerdo con el artículo 212 del mismo estatuto procesal hubiera posibilitado el recaudo de esas versiones, obviamente, de conformidad con su naturaleza testimonial.

5. No prospera, entonces, la apelación en estudio, lo cual no es óbice para recordar que, de considerarlos necesario, el juez bien puede disponer el recaudo de esas probanzas, cual lo regula el artículo 169 del cgp.

DECISION

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto que, el 9 de diciembre de 2019, profirió el Juzgado 41 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso verbal de la referencia. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas. Devuélvase el expediente a la oficina de origen.

Notifíquese


OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

1 MORALES MOLINA, Hernando, Curso de Derecho Procesal Civil – Parte General, Bogotá, Editorial ABC, 8ª edición, 1983, págs. 194 y 195.

2 CSJ, autos de septiembre 30 de 1993, exp. 4609 y mayo 31 de 1994, exp. 4989, entre otros.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., primero (1°) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No. 110013103036201700018 01
Clase: VERBAL - PERTENENCIA.
Demandante: LUIS JORGE ROJAS ROJAS.
Demandados: HEREDEROS DETERMINADOS
DE LUIS ERNESTO ROJAS
AGUIRRE e indeterminados.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 29 de 25 de agosto de 2020.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2° del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo de la apelación que formuló el demandante contra el fallo de 17 de julio de 2020 proferido por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual, entre otras cosas, le negó sus pretensiones.

ANTECEDENTES

1. Con la demanda de pertenencia subsanada, Luis Jorge Rojas Rojas convocó a proceso verbal a los herederos indeterminados y determinados de Luis Ernesto Rojas Aguirre, señores Hugo Fernando, Édgar Armando, Jaime Ernesto, Claudia Patricia, Magda Liliana Rojas Rojas, Clara Inés y Mario Antonio Rojas Hernández, y personas indeterminadas, para que se declare que adquirió por prescripción extraordinaria el dominio del 52% del inmueble ubicado en la Carrera 13 n.º 134A-41 (antes Carrera 25 n.º 135-41) de esta ciudad, identificado con la matrícula n.º 50N-189185.

Para sustentar su pretensión, el actor manifestó que ha ejercido la posesión real y material sobre el porcentaje del aludido inmueble, que corresponde a un área de 206 m² de los 374 m² con que cuenta; que lo

ha hecho de forma pública, pacífica e ininterrumpida, por espacio superior a los 10 años, esto es, desde el 25 de febrero de 1996.

Añadió que con su peculio construyó sobre el lote de terreno referido, cuyo espacio ha utilizado para el ejercicio de su profesión, sin reconocer dominio ajeno o posesión a otra persona; los vecinos lo reconocen como dueño; y que en la fracción que pretende (52% que corresponde a los interiores 1 y 2 de la casa), aparece como titular del dominio su padre, señor Luis Ernesto Rojas Aguirre, fallecido el 24 de mayo de 2014.

2. El auto de 3 de abril de 2017 que admitió la demanda fue notificado por conducta concluyente a Jaime Ernesto y Hugo Fernando Rojas Rojas (hijos matrimoniales), quienes guardaron silencio.

Magda Liliana Rojas Rojas se notificó en forma personal y tuvo igual conducta.

Por su parte, Clara Inés y Mario Antonio Rojas Hernández (hijos extramatrimoniales), se notificaron en forma personal y se opusieron a lo ambicionado por su hermano medio, porque éste solo ha ejercido la “simple tenencia” de la fracción que reclama, la que su padre (Luis Ernesto) le permitió al dejarle funcionar su actividad económica con Nucleonics Ltda.; señalaron que la propiedad siempre la detentó su progenitor hasta el día de su fallecimiento (24 de mayo de 2014; que el actor siempre ha vivido en Chía en inmuebles de su propiedad, de suerte que incumple con el término de los 10 años para adquirir por prescripción; que a partir del deceso de su padre, se vieron avocados a demandar la filiación que conoce el Juzgado 22 de Familia de Bogotá; y que el actor no ha realizado mejoras al inmueble al punto que no aporta prueba alguna, las que, en todo caso, debieron –y deben– contar con la aprobación de los otros siete herederos.

Formularon las defensas que denominaron “*falta de legitimación en la causa por activa para demandar [la] prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio*” y “*temeridad o mala fé*”.

Entretanto, los demandados Claudia Patricia y Édgar Armando Rojas (hermanos legítimos del actor), enterados personalmente, sin excepcionar, se opusieron a las pretensiones, con soporte en que el verdadero propietario del 100% del inmueble, desde el 26 de enero de 1974, siempre fue su padre, el señor Luis Ernesto Rojas Aguirre, hasta su deceso (24 de mayo de 2014) y que demandante siempre vivió en

Chía, Cundinamarca, mas no en el 52% pretendido (es decir, en esos dos aspectos coinciden con lo relatado por sus hermanos medios).

Añadieron que los beneficiarios de la remodelación o adecuación [realizada en el año 1996], fueron los hermanos Luis Jorge (demandante) y Jaime Ernesto Rojas Rojas, pero no por ello se les concedió el derecho de propietarios, porque de lo contrario su progenitor lo habría instrumentado, lo que jamás ocurrió; que el actor, por espacio superior a 10 años, dejó de utilizar el área que ambiciona, pues Claudia Patricia Rojas Rojas y su hija Angélica Cifuentes Rojas, en el año 2010, habitaron lo que se dice el espacio de oficinas (interior n.º 1), lo que igualmente hizo Édgar Armando Rojas Rojas en el “apartaestudio” del interior n.º 2.

Agregaron que ante el Juzgado 14 Civil [del Circuito] de Bogotá¹, se adelanta la sucesión de su padre Luis Ernesto que compromete el inmueble objeto de este proceso. La voluntad de su padre sí fue que una vez realizada la sucesión, se reintegrara a Luis Jorge (actor) y a Jaime Ernesto lo que **prestaron** [en 1995] para las adecuaciones de la casa [que dividieron en tres interiores]; el demandante ha querido arrendar el predio, sin contar con la autorización de los restantes herederos (5 hermanos del matrimonio con su madre Blanca Aurora Rojas de Rojas y otros 2 extramatrimoniales).

Las personas indeterminadas y los herederos indeterminados de Luis Ernesto Rojas Aguirre, por intermedio de curadora *ad litem*, contestaron la demanda para atenerse a lo que resultare probado y excepcionaron “*falta de tiempo para usucapir*” y la “*genérica*”.

3. La sentencia del *a quo*.

El juez declaró probada la excepción de mérito denominada “*falta de tiempo para usucapir*” formulada por la curadora *ad litem* de los indeterminados; en consecuencia, negó las pretensiones del libelo y condenó en costas al actor.

Lo anterior, porque las pruebas recaudadas en el proceso, en especial el mismo dicho del actor en su interrogatorio de parte, los testimonios de María Fernanda Takami Pinzón, Sigifredo Amaya Pérez, Claudia Patricia Sarmiento Mariño, Jairo Amaya Pérez y Nayibe del Pilar Cantor Mendoza y la constitución de una hipoteca del predio en el 100%

¹ Aunque en el cuaderno n.º 3 (regulación de honorarios) se habla del Juzgado 13 de Familia de esta ciudad.

por parte del padre (Luis Ernesto) titular del derecho de dominio, consentida por el demandante, no daban fe que éste hubiere demostrado, de manera inequívoca, los actos de goce y transformación del 52% del predio durante el tiempo que adujo en su demanda, que contradijeran el derecho de dominio de Luis Ernesto Rojas Aguirre y sus causahabientes.

Añadió que si bien era cierto los hermanos Rojas Rojas no acudieron a la justicia, la confesión que pudiera colegirse admitía prueba en contrario, como aquí ocurrió, en tanto debían valorarse las pruebas en conjunto, las que descartaron la posesión y corroboraron el reconocimiento de dominio ajeno.

4. El recurso de apelación.

Proferido el fallo en audiencia virtual, el apoderado del actor formuló como **reparos concretos** los siguientes:

4.1. “*Considero que la posesión de Luis Jorge Rojas Rojas por el tiempo que se dijo en la demanda [desde 1996], por la prueba testimonial y demás, quedó demostrada*”, es decir, “*a los testimonios no se les dio el valor que debía dárseles*”; o sea, “*el análisis probatorio no fue como está en el proceso*”.

4.2. “*No acepto que dejara de aplicarse los efectos de la confesión ante la inasistencia de los demandados*” a las audiencias (min. 29:43 y ss.).

Los anteriores motivos de disenso fueron **sustentados** en oportunidad.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se hallan presentes, la actuación se desarrolló con normalidad y no hay causal de nulidad que declarar, por lo que se procede a resolver la alzada en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 322 (numeral 3º), 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC13242/2017 de agosto 30²).

² “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P).” (CSJ, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

2. El problema jurídico concerniente a los reparos concretos que planteó y sustentó el actor, se concreta en determinar si la primera instancia, en su sentencia, dejó de valorar en debida forma las pruebas allegadas al proceso, e aplicó, sin razón válida, las consecuencias procesales ante la inasistencia injustificada de los herederos a la audiencia de instrucción, pues de lo contrario la conclusión habría sido la acreditación de los presupuestos de la posesión, para haber adquirido el 52% del inmueble por la prescripción extraordinaria. La respuesta es negativa, pues a pesar de los argumentos que expuso el demandante, no logró demostrar su calidad de poseedor con ánimo de señor y dueño.

En verdad considera la Sala que desde la demanda el actor no allegó las pruebas que dieran cuenta tanto de su alegada posesión material, como de ejercicio público e ininterrumpido de la misma por el tiempo establecido en la ley, esto es, diez (10) años, según lo regula el artículo 2532 del Código Civil, con la modificación que le introdujo el artículo 1º de la Ley 791 de 2002.

En efecto, se sabe que con miramiento en la presunción de dominio que regula el inciso 2º del artículo 762 del C.C., la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás ha señalado que *"La posesión 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..."* (LXXXIII, pág. 776).

En el caso que se analiza, el actor no allegó siquiera un principio de prueba que diera cuenta de las mejoras que dijo realizó como poseedor (en claro desconocimiento o sin el consentimiento de su padre como titular del derecho de dominio mientras vivió -hasta el 24 de mayo de 2014-), tanto en el 100% de la casa, como en el 52% que reclama, por ejemplo, los recibos de compra de materiales o el pago de mano de obra que, en su sentir, tuvieron el confinado propósito de lograr la construcción o cerramiento que como hechos positivos ciertamente regula el artículo 981 del Código Civil. Extrañamente tampoco pidió como prueba el testimonio de quienes dijo en su demanda han sido sus **"vecinos"** y lo reconocen como dueño, conducta procesal que permite deducir el indicio previsto en el artículo 241 del CGP.

Aquí lo que se probó es que el señor Luis Ernesto Rojas Aguirre, mediante Escritura Pública n.º 120 de 26 de enero de 1974 de la Notaría 8ª de Bogotá, compró el 100% del inmueble a Belisario Vásquez C. y Antonio Navarro de Vásquez, según la anotación n.º 2 del folio de matrícula n.º 50N-189185, respecto del cual el actor pretende el 52%, porque, en su sentir, corresponde a la posesión que ejerció desde el 25 de febrero de 1996 en los interiores n.ºs 1 (con sus “oficinas” con la empresa Nucleonics Ltda.) y 2 (con un “aparta-estudio”), mientras sus padres vivieron en el interior 3 (su madre Blanca Aurora Rojas de Rojas hasta el 8 de marzo de 2010 y su progenitor Luis Ernesto Rojas Aguirre hasta el **24 de mayo de 2014**).

El demandante no desconoció en su demanda e interrogatorio, al igual que sus hermanos Édgar Armando, Claudia Patricia (indagado en la inspección judicial) y hermanos medios Clara Inés y Mario Antonio (declarantes en la continuación de la audiencia de instrucción), que su padre vivió en el interior 3 hasta su deceso.

Lo relevante fue lo expuesto por el actor en su interrogatorio de parte al señalar que la remodelación del inmueble en el 100% tuvo lugar con la orientación del ingeniero civil de la familia, su hermano Jaime Ernesto Rojas Rojas (silente en este juicio), y la aceptación o autorización de su señor padre (de quien no se esperaba su opinión si es que uno se cree dueño); que el desenglobe de los tres interiores se quedó en la “intención” de su progenitor “durante 25 años”, o mejor, “**no quiso hacer los papeles**” porque “no quería perder [se infiere que la propiedad], “no sé si [por] **desconfianza**” (min. 12:14, aud. 4 de marzo de 2020). Es más, en lo que toca al interior n.º 2, el cual pretende, el demandante dijo que su progenitor se “**creó una renta colocando el aparta-estudio**”, lo que desdibuja igualmente la alegada posesión de esa puntual fracción.

El reconocimiento de dominio ajeno en cabeza del titular Luis Ernesto Rojas Aguirre sube de tono, cuando el demandante sostuvo que el “**consentimiento que tuvimos con mi padre, fue en 1995 al iniciar la obra**”, quien decía “**vamos a hacer sus oficinas**”, pero “no me gustaría que [más adelante] las arrendara a un tercero” (min. 21:09), afirmación que, en el sentir del actor, su progenitor hizo “por ser **100% independiente**” y porque “él era una persona muy pragmática y exigente que **no quería tener vecinos en su propia casa, cuestión que se respetó hasta hoy en día**” (min 20:40 a 21:45), conducta que no se espera de quien se quiera desprender de su condición de propietario.

En igual sentido, el actor refirió que desde la finalización de la obra en el año 1995, no se modificó nuevamente el inmueble, ni se levantaron muros, si se llevaron a cabo arreglos, mejoras o adecuaciones. Y si a lo anterior se suman sus afirmaciones en la audiencia que dieron cuenta de que, de un lado, para la liquidación del **impuesto predial** su papá era quien la hacía “***todos los años***” [se infiere que hasta su muerte], “***entre cada hijo***” [el actor no desconoce tener siete hermanos], y de otro, que este asunto fue incoado porque no pudimos “***ponernos de acuerdo en iniciar la sucesión***” (min. 23:23), son claras muestras del reconocimiento de dominio ajeno.

Ahora, aunque el demandante refirió en la audiencia que sus hermanos legítimos están de acuerdo con su alegada posesión, pasa por alto que Édgar Armando señaló todo lo contrario en el interrogatorio que rindió en la inspección judicial, como tampoco así lo reconocieron Claudia Patricia (al contestar la demanda) y sus hermanos medios Clara Inés y Mario Antonio Rojas Hernández, en el interrogatorio que en forma oficiosa les formuló el director del proceso, quienes, acreditado está, acudieron a la filiación para ser reconocidos como herederos.

Una cosa más, ante la pregunta del juzgador relacionada con la **hipoteca** que sobre el **100% del inmueble** constituyó su padre [entonces pensionado de Ecopetrol] mediante Escritura Pública n.º 2068 de 3 de septiembre de 2010 en la Notaría 30 de Bogotá, cancelada mediante instrumento n.º 195 de 31 de enero de 2011 de la misma oficina fedataria, lo que dijo el demandante es que su progenitor se hizo a ese gravamen para invertir en un negocio, para cuyo efecto Luis Jorge (demandante) se dio a la tarea de ubicar a los prestamistas³, sin ver problema en que su ascendiente hipotecara la “**totalidad de la casa**” en la que por obvias razones se encontraba la fracción pretendida en posesión (52%), lo que se traduce en un consentimiento claro de que otro seguía siendo el dueño.

Desde luego que las “*manifestaciones sinceras*” que reprodujo el apoderado del actor en su sustentación, según las cuales, en “*febrero de 1995 se empezó la obra y en agosto de 1996 ya tenía el dominio completo y total como señor y dueño en total tranquilidad de esa porción del inmueble que equivale al 52% global según metros cuadrados*”, “*yo consideré que la casa era demasiado grande en materia de costos e impuestos. Yo quería construir unas oficinas y consideré pertinente hacerlas en la casa y él [su padre] aceptó plenamente*”, o que no tuvo consejo o asesoría de su padre para la realización de la obra, pasan por

³ Al punto, sostuvo “*yo lo único que hice fue buscarle a la persona que podía prestarle ese dinero, por el resultado de ese movimiento mi padre se encargó totalmente de volverla a cancelar, quedando el inmueble libre*” (min 37-37:35).

alto que “*así y todo sea muy acrisolada la solvencia moral que se tenga*”⁴, ya en reciente ocasión la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, resaltó, con miramiento en las reglas probatorias previstas en el Código General del Proceso, “*el principio general del derecho de que a la parte le está vedado fabricarse su propia prueba*”⁵ (Sentencia de 18 de marzo de 2020, exp. 11001-02-03-000-2020-00625-00, STC3110-2020. M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo).

Tampoco puede decirse que el juez “*no valoró*” las pruebas “*en conjunto, ni profunda ni adecuadamente*”, como se sostuvo en la sustentación de la apelación (y su escrito oportuno de “*refuerzo*”), en especial los testimonios (que, dicho sea de paso, según respondieron al juez, acudieron a la invitación que al almuerzo les hizo el demandante un año atrás de su relato) recaudados y practicados (en su gran mayoría con relación de dependencia laboral del actor y que merecen especial escrutinio), por lo siguiente:

a) La testigo María Fernanda Takami Pinzón, entonces compañera de trabajo del demandante, además de sostener que sabía lo relacionado con la reclamación de los herederos, señaló que lo que su amigo Luis Jorge le comentó, fue que 15 años atrás hubo un “*acuerdo*” entre aquél y su padre de construir las oficinas en donde funcionaría Nucleotronics Ltda., porque su progenitor “**no necesitaba la totalidad de la casa**”, lo que en manera alguna califica como actos de señor y dueño en cabeza del actor; menos aún cuando sostuvo que el referido en alguna ocasión le señaló haberle “*pedido [a sus hermanos] que paguen los impuestos pero nadie paga*” (min. 14:40, aud. 4 de marzo de 2020), conducta que no se espera de quien se cree dueño de una parte de la cosa.

b) El testigo Sigifredo Amaya Pérez, entonces empleado del demandante, señaló que las construcciones realizadas en el inmueble se hicieron con la anuencia del difunto Luis Ernesto Rojas Aguirre; con otras palabras, el referido padre era quien avalaba los arreglos en la porción que hoy se pretende, “*siempre que corriera por cuenta*” de Luis Jorge, eso sí, en claro desconocimiento de la “*negociación entre padre e hijo*” (min. 35:10).

⁴ Cas. civ. de 9 de noviembre de 1993. G.J. CCXXV, pág. 405.

⁵ Esta Corte dijo en sentencia CSJ SC, 23 may. 2006, rad. 1982-06846-01, reiterada en SC8605-2016, 27 jun. 2016, rad. 2007-00657-02 que: (...) *constituye principio de señalada importancia, que a ninguna parte le está dado fabricarse su propia prueba. “Como lo enseñan elementales nociones de derecho probatorio –tiene dicho la Corte-, jamás la expresiones notoriamente interesadas de la misma parte pueden favorecerla, pues, en esencia, este medio de prueba únicamente ha de ponderarse por el fallador en cuanto contenga una verdadera confesión, o sea, sólo cuando aparezcan manifestaciones que lleguen a producir consecuencias desfavorables a quien las hace, -contra se-, de la manera pregonada por el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil [boy canon 191 del Código General del Proceso]”* (Sentencia 039 del 28 de marzo de 2003).

c) El testigo Jairo Amaya Pérez (hermano del atrás mencionado), empleado y amigo del actor, sostuvo haber visto que éste construyó e invirtió en las referidas oficinas, amén de siempre haber visto al señor Luis Ernesto viviendo únicamente en el interior n.º 3; sin embargo, lo que precisó fue que el referido causante sí iba “**revisando**” y estaba “**pendiente de la obra**” (min. 59:00), conducta que tampoco se espera de quien desea desprenderse del dominio.

d) La testigo Claudia Patricia Sarmiento Mariño (esposa del testigo Sigifredo), lo que en resumidas cuentas dijo, fue que la empresa del actor funcionó “**en la casa de los papás**” (min. 40:57), y que éste le comentaba a su ascendiente los arreglos que haría en el inmueble, pero nada más.

e) Nayibe del Pilar Cantor Mendoza, ex-cónyuge del demandante, manifestó que estaba segura de la existencia de un documento que recogía la voluntad de su entonces suegro Luis Ernesto Rojas Aguirre, relacionada con la “*forma de pago*” de ese 52% a cambio de invertir Luis Jorge en las adecuaciones constructivas del predio; no obstante, lo que en su interrogatorio de parte dijo el demandante, fue que entendía que sus dineros invertidos “**se asimilaba[n] como a una especie de compra**” (min. 22:45), descartado tal formalidad. Y ante la pregunta del juzgador, en torno a si se relacionó la posesión en la separación de bienes con motivo del divorcio que se anunció ocurrió en el año 2013, no supo explicar sobre el particular. Lo que sí luce verosímil, es su relato según el cual no se desenglobó el predio, por “**el temor del padre**” de que “**lo sacaran de la casa**” y “**no lo dejaran vivir ahí más**” (min. 1:15:40).

Como se ve, ninguna de las pruebas recaudadas da cuenta que al demandante se le calificara como “*dueño*”, o que se rebeló contra su padre como propietario, aunque sea del 52% del bien, o que obrara con total desconocimiento de los intereses de su progenitor sobre la totalidad de la casa, ni menos aún se advierte que el caudal probatorio hubiere sido dejado de valorar en su conjunto, como lo exige el artículo 176 del CGP.

Que si el demandante hizo determinada inversión económica entre los años 1995 y 1996 en el predio de propiedad de su padre, o si compró o no lo que eventualmente pasó en el año 2003 a su hermano Jaime Ernesto por lo detentado en el aparta-estudio (interior n.º 3), contingencias desprovistas de prueba -por lo menos en cuanto al monto-, son cuestiones por entero extrañas a la naturaleza de este pleito, debiendo ser otro el escenario para reclamarlas.

Así las cosas, no prospera el **primer reparo concreto**.

3. No olvida el Tribunal que tras invocar la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 12 de diciembre de 2017 (Sentencia STC-21002-2017), el actor sustentó su **segundo motivo de disentimiento** en que si, como en este caso, Clara Inés, Mario Antonio Rojas Hernández, Claudia Patricia y Édgar Armando Rojas Rojas, no asistieron a la audiencia en la que rendirían su declaración de parte, “y no justificaron, se hacen acreedores a presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funda la demanda. (art 372 No 4 CGP)”, en concordancia con el artículo 205 del CGP, según el cual, ante la “inasistencia del citado a la audiencia”, debían presumirse “*ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito*”.

Pues bien, no se discute que de acuerdo con los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 372 del CGP, a la audiencia inicial deberán asistir las partes, so pena de asumir las consecuencias que regula el numeral 4º *ejusdem*, entre ellas, la de orden probatorio que hace presumir ciertos los hechos en que se fundan sus pretensiones o excepciones, según el caso, siempre que sean susceptibles de confesión.

Sin embargo, el aludido reparo no está llamado a prosperar por lo siguiente:

En primer lugar, porque con independencia de que el demandante allegara el cuestionario después de convocada (por auto de 29 de noviembre de 2019) a la audiencia inicial, lo cierto es que no pidió en oportunidad el interrogatorio de parte de sus oponentes, esto es, en la demanda o al descorrer el traslado de las excepciones, caso en el cual, tal como lo ha considerado la jurisprudencia con miramiento en los artículos 202, 203 y 207 del CPC, entonces vigente, hoy 198 y 202 del CGP, “(...) **cuando la indagación deviene de oficio, no es el adversario de la litis quien se esfuerza en provocar la confesión de una de las partes en aras de lograr el despacho favorable de sus súplicas, sino el juzgador, motu proprio, quien se interesa en obtener el conocimiento e identificación de los hechos necesarios para recrear y fundamentar su decisión**”, de suerte que “**los pliegos de preguntas que la contraparte presente con el propósito de que sean tenidos en cuenta, no están llamados a generar ningún efecto probatorio, pues en esta clase de diligencias sólo el Juez puede interrogar**”⁶, sin que pueda obviarse que en este asunto el

⁶ CSJ, Cas. Civ. Sentencia de 28 de noviembre de 2000, exp. n.º 5768. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

interrogatorio, de haber asistido los mencionados, se habría efectuado de oficio, de manera obligatoria y exhaustiva sobre el objeto del proceso, conforme lo regula el inciso 2º, numeral 7º del artículo 372 del CGP. (Se resalta).

En segundo orden, por cuanto si bien es cierto que los referidos cuatro herederos no asistieron a la audiencia inicial en la que rendirían su declaración de parte, lo cierto es que tal contingencia no tendría los efectos que ambiciona la censura.

En efecto, téngase en cuenta que por disposición expresa del artículo 375 (num. 6º) del CGP, dados los efectos *erga omnes* en los procesos de pertenencia, es perentoria la citación (como demandados) de todas “*las personas (indeterminadas) que se crean con derechos sobre el respectivo bien*”, lo que depara, indefectiblemente, en que el extremo pasivo del litigio deba estar conformado por un **litisconsorcio necesario**, según lo previsto en los numerales 4º (inciso 4º) y 8º del artículo 375, *ibídem*⁷, en concordancia con el artículo 61, *ídem* y, por lo tanto, las “*confesiones*” (expresas o fictas) que llegare a realizar alguno de los demandados determinados, tan solo podrían tenerse como “*testimonio de tercero*” según lo regula el artículo 192, *ejusdem*, que habrán de valorarse en conjunto con las demás pruebas obrantes en la actuación, las cuales, como se vio, no dieron cuenta de la posesión requerida para la prosperidad de este libelo. (Negrillas y subrayas fuera de texto).

Por lo anterior, no es de recibo la confesión de parte que reclama el recurrente y, por ende, no prospera su reparo concreto, tanto más cuando el precedente de tutela en que se funda (Sentencia STC-21002-2017), no involucró un proceso de **pertenencia** como el que nos ocupa, sino el “procedimiento de una prueba anticipada” “solicitado para formular un interrogatorio de parte”.

4. Así las cosas, como el apelante, con la sustentación de sus reparos concretos, no logró desvirtuar los argumentos de la primera instancia que tuvo por no demostrado, de manera inequívoca, los actos de goce e interversión del 52% del predio durante el tiempo que adujo en su demanda, que contradijeran el derecho de dominio de Luis Ernesto Rojas Aguirre y sus condóminos, se impone confirmar el fallo impugnado, con la consecuente condena en costas de esta instancia a

⁷ No en vano el inciso 4º, numeral 4º del artículo 372 del CGP también dispone que cuando “*se trate de **litisconsorcio necesario las consecuencias anteriores** [para el extremo demandado: presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se funde el libelo] **solo se aplicarán por inasistencia injustificada de todos los litisconsortes necesarios***” (negrillas y subrayas fuera de texto).

su cargo, en favor de cada uno de los herederos determinados integrantes de la parte pasiva (artículo 365 del CGP).

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

RESUELVE:

Primero. Confirmar la sentencia de 17 de julio de 2020 proferido por el Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá, conforme a lo dicho.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo del demandante. El Magistrado Sustanciador fija la suma de \$2'000.000,00 como agencias en derecho, en favor de cada uno de los herederos determinados integrantes de la parte pasiva. Liquídense de la forma prevista en el artículo 366 del Código General del Proceso.

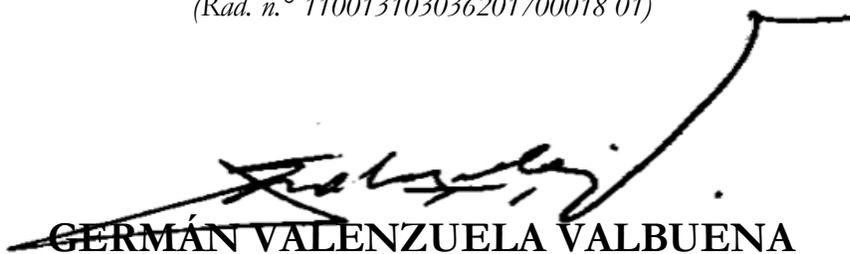
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

(Rad. n.º 110013103036201700018 01)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

(Rad. n.º 110013103036201700018 01)



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

(Rad. n.º 110013103036201700018 01)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., primero (1°) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No. 110013103002201400112 02
Clase: EJECUTIVO SINGULAR
Ejecutante: INTERBOLSA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, cesionaria SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE ADMINISTRACIÓN, PAGOS, FUENTE DE PAGO Y DE REMANENTES (PARAB) INTERBOLSA.
Ejecutado: ALFREDO ROMERO ROZO

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2° del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo de la apelación que formuló la demandante contra el fallo anticipado de 5 de diciembre de 2019 proferido por el Juzgado 2° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, mediante el cual declaró probada la excepción de “prescripción” y, en consecuencia, le negó sus pretensiones.

ANTECEDENTES

Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa formuló demanda ejecutiva contra Alfredo Romero Rozo, con el propósito de obtener el pago de \$368'646.207.18 por concepto del capital incorporado en el pagaré n.º 560 (fl. 5, cdno 1), más los intereses de mora causados sobre tal cifra, a la máxima tasa legal, desde que se hizo exigible la obligación (31 de enero de 2014) y hasta que se verifique el desembolso (fls. 7 – 10, *ib.*).

El ejecutado, notificado de la demanda, formuló, entre otras, las excepciones que denominó “prescripción de la acción cambiaria” y “prescripción”, soportadas, en síntesis, en que la ejecutante no logró la interrupción civil del término de decaimiento de la acción cambiaria de que trata el artículo 789 del Código de Comercio, habida cuenta que no le notificó el mandamiento de pago dentro del año siguiente a su enteramiento por estado, en la forma en que lo exigía el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, “vigente para aquella fecha”, por lo que para cuando se logró su efectiva intimación, la obligación objeto de cobro se encontraba prescrita, al haber transcurrido el trienio que prevé aquella norma. (fls. 85 – 87, *ib.*).

La sentencia de primera instancia.

La juzgadora de primer grado declaró probadas las aludidas defensas, con fundamento en que en este asunto no acaeció la interrupción civil del término de prescripción de la acción cambiaria, toda vez que la demandante no intimó a su adversario dentro del año siguiente a la notificación por estado de la orden de apremio, en los términos del artículo 90 del CPC, “vigente al tiempo de presentación de la demanda”; por lo tanto, estimó que para cuando se logró la efectiva notificación del extremo demandado (3 de mayo de 2019) ya se encontraban vencidos los tres años de que trata el precepto 789 del Código de Comercio, contados desde la fecha de vencimiento del título-valor objeto de recaudo (31 de enero de 2014), para que la actora (Interbolsa S.A. Comisionista de Bolsa) quedara desprovista de acción.

Por lo demás, no encontró de recibo la manifestación de la demandante según la cual la prescripción se consolidó por la tardanza de los despachos que conocieron el proceso, “por cuanto las actuaciones surtidas en el plenario por el extremo accionante dejan ver su falta de diligencia”, pues “entre septiembre de 2014 y mayo de 2015 no obra ninguna actuación de la parte demandante; y aunque en septiembre de 2014 se presentó solicitud de amparo de pobreza, que fuera rechazada por el juzgado, y a pesar de que contra esa decisión se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, ni el recurso horizontal, ni la alzada, que se concedió en el efecto devolutivo, eran obstáculo para surtir la notificación del accionado”; además, relievó que “el abogado actor no desplegó ningún tipo de actuación con miras a que se requiriera a los auxiliares

de la justicia para que manifestaran si aceptaban o no el cargo en el que fueron designados o, en su defecto, se nombraran unos nuevos, y si bien hubo actuaciones con posterioridad a mayo de 2015, también lo es que ellas no fueron encaminadas a obtener la notificación del extremo pasivo y, en cualquier caso, se adelantaron cuando ya no era posible materializar la interrupción civil de la prescripción”.

Por último, sostuvo que tanto el plazo trienal que contempla el artículo 789 del C.Co, como el anual que prevé el precepto 90 del CPC, es objetivo, “de suerte que las vicisitudes que alega el apoderado de la ejecutante tampoco podrían tener eco, máxime cuando, se reafirma, ninguna actuación desplegó para contrarrestarlas o evitar sus efectos lesivos”.

El recurso de apelación.

Inconforme con dicha decisión, la ejecutante reparó en que “el inconveniente de la notificación se debe en gran parte a la inactividad del despacho respectivo y a los problemas presentados por el traslado del expediente a otros despachos judiciales (...), demoras en la toma de decisiones de [los] despachos correspondientes y a la tramitología por la supuesta descongestión judicial, circunstancias estas que mal pueden endilgarse en contra de la parte demandante, además de la mala fe del demandado de esperar solo el transcurso del tiempo para notificarse y poder alegar la prescripción”.

CONSIDERACIONES

Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 322 (numeral 3º), 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia (CSJ. STC13242/2017 de agosto 30¹).

¹ “el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.)” (CSJ, sentencia del 1º de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

El problema jurídico que corresponde resolver, se concreta en determinar si en el presente asunto la acción cambiaria se encuentra prescrita, en los términos del artículo 789 del Código de Comercio. Desde ya, se anticipa que la respuesta es positiva, por las siguientes razones:

I. El citado precepto, en relación con los títulos-valores diferentes al cheque, establece un término de prescripción de tres años contados a partir de su día de vencimiento, lo que constituye una sanción por el ejercicio inoportuno del derecho incorporado en el cartular; sin embargo, tal fenómeno admite interrupción, ya natural, ora civil, modulada, la primera, por el hecho de reconocer el deudor la obligación en forma expresa o tácita; y la segunda, por la presentación tempestiva de la demanda.

En relación con la última (interrupción civil), el artículo 94 del Código General del Proceso, vigente desde el 1º de octubre de 2012, según lo previsto en el numeral 4º del artículo 627 del Código General del Proceso y, por ende, aplicable al presente asunto, pues la demanda se radicó el 26 de febrero de 2014 (fl. 11, cdno. 1), dispone, en lo medular, que:

“La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado.”

De lo que aflora que el oportuno enteramiento al extremo accionado –un año contado a partir de la notificación de la orden de apremio al ejecutante- permite poner freno al avance del desvanecimiento del derecho de acción.

En el presente asunto no se logró el mentado propósito, puesto que desde la notificación del auto de apremio a la activa y su enteramiento a la pasiva, transcurrió más de la anualidad que previó el legislador; en efecto, el mandamiento de pago se notificó a la ejecutante el **20 de marzo de 2014** (fl. 12, cdno. 1), mientras que el demandado fue enterado de su existencia hasta el **3 de mayo de**

2019 (fl. 83, *ib.*), esto es, más allá del año que establece el citado artículo 94 de la Ley 1564 de 2012.

De lo anterior se colige que el trienio previsto en el precepto 789 del Código de Comercio siguió su curso y para el día de la efectiva intimación a la pasiva –*se itera* **3 de mayo de 2019**- la obligación se encontraba extinguida; en verdad, el pagaré objeto de recaudo se hizo exigible el **31 de enero de 2014** (fl. 5, cdno. 1), por lo que la prescripción decayó el **31 de enero de 2017**.

En conclusión, como no hubo talanquera de carácter civil que reprimiera el lapso de prescripción de la acción cambiaria, el mismo siguió su curso y como se cuenta a partir de la exigibilidad de la obligación (memórese, 31 de enero de 2014), para cuando se logró la notificación efectiva al ejecutado (3 de mayo de 2019), ya había transcurrido el lapso trienal para que quedara desprovista de acción la acreedora.

II. Clarificado lo anterior, corresponde entonces revisar si dicho resultado se produjo como consecuencia de la “inactividad del despacho respectivo y los problemas presentados por el traslado del expediente a otros despachos judiciales”, vicisitud que en opinión de la recurrente, impidió que la intimación se adelantara dentro de los plazos establecidos en los preceptos ya citados.

Revisado el proceso y los argumentos expuestos por la parte inconforme, la Sala es del criterio que se debe despachar en forma adversa esa inconformidad, por las siguientes razones:

La primera, porque a pesar de que el auto de apremio se notificó a la ejecutante desde el 20 de marzo de 2014, tan solo hasta el 28 de abril de esa anualidad (**más de 1 mes después**) gestionó el envío del citatorio, en la forma en que lo exigía el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, entonces vigente (fls. 14 – 16, cdno. 1).

La segunda, que pese a tener conocimiento de lo infructuoso de la notificación personal al demandado desde el 2 de mayo de 2014, cuando así se lo certificó la empresa postal, tan solo hasta el 13 de ese mismo mes y año, vale decir, **7 días hábiles después**, solicitó su emplazamiento (fl. 18, *ib.*).

La tercera, que el emplazamiento se ordenó mediante providencia de 21 de julio de 2014, notificada por estado de 21 de agosto siguiente (fl. 20, *ib.*), pero tan solo hasta el 17 de septiembre de esa misma calenda (**20 días hábiles después**) la ejecutante acreditó el cumplimiento de dicha carga procesal (fls. 21 – 22, *ib.*).

La cuarta, que desde la acreditación de esa carga (septiembre de 2014) y hasta mayo de 2015 (**7 meses después**), como lo refirió la juzgadora de primer grado, no obra actuación alguna de la demandante, con miras a que el juez cognoscente de entonces procediera a la designación de curador *ad litem*, en virtud del emplazamiento del ejecutado.

La quinta, que si bien mediante providencia de 11 de mayo de 2015 el *a quo* ordenó la designación de curador *ad litem* de la lista de auxiliares de la justicia, lo cierto es que a pesar de haberse librado los telegramas correspondientes (31 – 34, cdno. 1), no se logró la aceptación de alguno de los ternados, a fin de que ejerciera la representación del demandado y contestara el libelo, sin que la ejecutante hubiere requerido al juez cognoscente para que conformara una nueva terna, en aras de lograr dicho cometido.

La sexta, que desde la notificación por estado de la providencia referida en el numeral anterior (28 de mayo de 2015; fl. 29, *ib.*), el proceso permaneció inactivo hasta el 16 de marzo de 2016 (**por espacio de más de 11 meses**), cuando la ejecutante, en lugar de solicitar la conformación de una nueva terna para el propósito ya advertido, solicitó “reconocer y tener al cesionario patrimonio autónomo de administración, pagos, fuente de pago y de remanentes (PARAP) Interbolsa... como titular o subrogatario de los derechos litigiosos y los créditos, garantías y privilegios que corresponden al cedente...”. (fls. 39 -40, *ib.*).

La séptima, que si bien la demandante interpuso recurso de reposición y el subsidiario de apelación contra el auto de 11 de mayo de 2015 que le negó el amparo de pobreza solicitado (fl. 30, *ib.*), lo cierto es que, como lo puso de presente la juez *a quo*, la resolución de esos medios de impugnación no se erigía en obstáculo para surtir la notificación del señor Romero Rozo, esto es, para requerir del juzgado la conformación de la plurimentada terna y el consecuente envío de las comunicaciones a que hubiera lugar a los auxiliares de la justicia, omisión que propició el avance del término de

prescripción de la acción cambiaria, pues para cuando se resolvió el recurso horizontal (31 de agosto de 2017; fls.41 – 42, *ib.*) ya se hallaba fenecido el trienio de que trata el precepto 789 del Código de Comercio.

Y es que fue hasta el 7 de febrero de 2019 –**más de dos años después** de la consumación del término de prescripción-, por iniciativa del juzgado mas no de la ejecutante, que se conformó nueva terna de auxiliares de la justicia para la designación de curador *ad litem* (fl. 52, cdno. 1).

Así las cosas, estima la Sala que las consecuencias derivadas de la intempestiva notificación al extremo pasivo no le fueron del todo ajenas a la parte actora, pues su falta de diligencia propició la consolidación del término de prescripción, lo que conlleva a confirmar la sentencia de primer grado.

Por lo demás, los motivos de inconformidad enarbolados por la ejecutante tampoco podrían ser acogidos, si se recuerda, como lo tiene decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que el término consagrado en el otrora vigente artículo 90 del Código de Procedimiento civil, que en lo medular reprodujo el 94 de la Ley 1564 de 2012, “[...] **debe considerarse como un término objetivo y por consiguiente fatal, pues basta con establecer dos extremos: la notificación al demandante y el transcurso de los 120 días hábiles previsto a la sazón en el artículo 90 – hoy de un año de conformidad con la ley 794 de 2003-**, pues vencidos éstos ‘los mencionados efectos (o sea, la inoperancia de la caducidad o la interrupción de la prescripción, en su caso) solo se producirán con la notificación al demandado’, expresión, la subrayada, que evidentemente no da margen para establecer una posibilidad distinta a la de calificar ese término como determinante, sin más, y por supuesto refractario a cualquier alargamiento sin importar la causa que lo pueda explicar o justificar” (CSJ. Cas. Civ. Sent. Oct. 31/2003, exp. No. 7933; subrayado original).

Por último, no sobra añadir que el cómputo de los términos de “años”, por virtud de lo previsto en el precepto 70 del Código Civil e inciso 7º del canon 118 de la Ley 1564 de 2012, se cuentan conforme al calendario, es decir, ininterrumpidamente.

Por consiguiente, tanto el plazo de tres años previsto en el artículo 789 del Código de Comercio, como el anual de que trata el 94 del Código General del Proceso, corren sin interrupción por motivo de vacancia judicial o de cierre del despacho por cualquier circunstancia, eventos que solo podrían descontarse cuando el plazo es de días, conforme lo prevé el inciso final del citado artículo 118 del Estatuto Procesal Civil.

Al punto, este Tribunal manifestó:

“(…) de acuerdo a lo previsto en el artículo 121 del C. de P. C.: **‘los términos de meses y de años se contarán conforme al calendario’**, en concordancia con el artículo 59 de la Ley 4ª de 1913, según la cual ‘Todos los plazos de días, **meses o años**, del que se haga mención legal, se entenderá que terminan a la medianoche del último día del plazo. **Por año y por mes se entienden los del calendario común**, y por día el espacio de veinticuatro horas; pero en la ejecución de las penas se estará a lo que disponga la ley penal’, y con la regla 62 que prevé: ‘En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. **Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil’**. (TSB. SC. 004201500127 01/2015 de 3 de junio, se resalta).”

Sobre el mismo tópico, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia consideró:

“Sin mayores disquisiciones, la recurrente tendría razón si la ley dispusiera que para efectos procesales, en los términos de meses y de años no se tomarían en cuenta los de vacancia judicial, ni aquellos en que por cualquier circunstancia permaneciere cerrado el despacho, pero como esto no es así, surge claro que el auto cuestionado se ajusta a la legalidad, porque el artículo 121, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil [hoy 118 del CGP], expresamente señala que los ‘*términos de meses y de años*’ son objetivos, en cuanto se computan ‘*conforme al calendario*’.” (CSJ. SC. R-1100102030002009-00565-00/2009 de 20 de agosto M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.).

En conclusión, al no abrirse paso los fundamentos de la censura, habrá de refrendarse la sentencia atacada, sin que haya

lugar a imponer condena en costas por no aparecer causadas, en los términos del artículo 365.8 del CGP.

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

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia anticipada de 5 de diciembre de 2019 proferida por el Juzgado 2° Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo. Sin costas de esta instancia, dado que no se hallan causadas. (art. 365.8, CGP).

Tercero. Secretaría en oportunidad devuelva el expediente al despacho de origen.

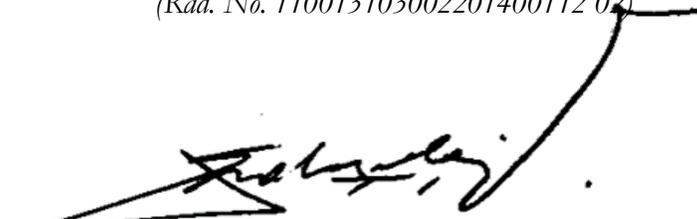
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

(Rad. No. 110013103002201400112 02)



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

(Rad. No. 110013103002201400112 02)



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

(Rad. No. 110013103002201400112 02)

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

Bogotá D.C., primero (1º) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación.	11001-3199-002-2019-00452-01
Asunto.	Verbal Declarativo
Recurso.	Abono reparto recurso apelación auto
Demandante.	Sociedad Interamericana de Aguas y Servicios S.A.
Demandado.	Edmundo Rodríguez Sobrino

En el asunto citado en la referencia fueron interpuestos dos recursos de apelación, uno contra el auto que rechazo la demanda por caducidad y el otro interpuesto frente al proveído que negó una cautela, sin que el reparto haya tenido en cuenta tal situación, razón por la cual se ordena tener en cuenta la misma en el respectivo reparto, abonando uno de esos recursos al Despacho No.16 de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá e informando sobre el acatamiento de esa situación.

CÚMPLASE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Magistrada

(3 autos)



No. DE PROCESO 2017-800-00385



Número de Radicado: 2020-01-471998

Fecha: 2020/08/25

Hora: 22:30:14

Folios: 2

Anexos: NO

En sus escritos cite siempre el siguiente número: 2017-800-00385

Honorables Magistrados

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

jchaurn@cendoj.ramajudicial.gov.co

Reerencia:

Recurso de apelación

Jorge Lara Urbaneja, identificado con cédula de ciudadanía n.º 17.104.450 **contra** Frigorífico San Martín de Porres Ltda., identificada con Nit. 860.008.488-7; Julia Uribe Leyva, identificada con cédula de ciudadanía n.º 20.344.149; Enrique Uribe Leyva, identificado con cédula de ciudadanía n.º 5.558.205; Juan Pablo Uribe Clauzel, identificado con cédula de ciudadanía n.º 80.414.543; Juan Nicolás Uribe Villegas, identificado con cédula de ciudadanía n.º 79.782.918; María Caroline Uribe Clauzel, identificada con cédula de ciudadanía, 51.811.510; Bernardo Uribe Leyva, identificado con cédula de ciudadanía n.º 19.120.930; Juan Manuel Uribe Villegas, identificado con cédula de ciudadanía n.º 79.943.695; herederos de Agustín Esteban Ignacio Uribe Leyva, identificado con la cédula de ciudadanía n.º 17.056.907 y herederos de Beatriz Piedrahita de Umaña, identificada con cédula de ciudadanía n.º 20.009.875

Expediente: 2017-800-00385

De la manera más atenta, se remite por correo mensaje de electrónico el expediente 2017-800-00385, con el fin de que se resuelva el recurso de apelación 2020-01-413209 11 de agosto de 2020 interpuesto por Carmen Iriarte Uribe y otros en contra del auto 2020-01-391828 del 4 de agosto de 2020, el cual fue concedido en el efecto suspensivo, mediante providencia 2020-01-448743 del 21 de agosto de 2020.

En atención a la medida de aislamiento obligatorio preventivo decretada por el Gobierno Nacional en el marco de la emergencia sanitaria, a continuación, relacionamos un enlace *one drive* a través del cual podrán consultar el expediente virtual del proceso verbal 2017-800-00385, el cual estará disponible hasta el 1 de marzo de 2021.

https://supersociedades365-my.sharepoint.com/:f/g/personal/enviosaj_supersociedades_gov_co/Es0cHUPiVbVKnHcyejOL4QoBw2vhbzR8GmACljsqBBZJ8g?e=d8slCi

Así mismo, se recomienda consultar el referido enlace a través del navegador *Google Chrome*.



En la Superintendencia de Sociedades
Trabajamos con integridad por un país sin corrupción
Entidad No. 1 en el índice de Transparencia de las Entidades Públicas ITEP
www.supersociedades.gov.co/webmaster@supersociedades.gov.co
Colombia
Línea única de atención al ciudadano (57-1)2201000





SUPERINTENDENCIA
DE SOCIEDADES

2 / 2

Oficio judicial

Jorge Lara Urbaneja contra Uribe Leyva Julia y otros

Cualquier consulta o inquietud pueden ser presentadas a través del correo electrónico pmercantiles@supersociedades.gov.co.

De los Honorables Magistrados, con atención y respecto,

SUSANA HIDVEGI ARANGO

SUPERINTENDENTE DELEGADO PARA PROCEDIMIENTOS DE INSOLVENCIA



En la Superintendencia de Sociedades
Trabajamos con integridad por un país sin corrupción
Entidad No. 1 en el índice de Transparencia de las Entidades Públicas ITEP
www.supersociedades.gov.co/webmaster@supersociedades.gov.co
Colombia
Línea única de atención al ciudadano (57-1)2201000

