

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: José Alfonso Isaza Dávila

Radicación: 110013199001-2018-78967-01
Demandante: Promotora Turística del Caribe S.A.
Demandado: Operadora Apartahotel de las Américas Ltda.
Proceso: Verbal
Trámite: Súplica - Solicitud de aclaración o complementación
Estudiada y aprobada en Sala Dual de 10 de septiembre de 2020

Bogotá, D. C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Para decidir la petición de adición formulada por la parte demandada, en relación con el auto de 18 de agosto de 2020, por medio del cual se resolvió negativamente el recurso de súplica que esa parte había formulado contra un auto de la magistrada que antecede, en que se había rechazado de plano una nulidad,

SE CONSIDERA

1. La parte demandada alegó, en síntesis, que en la providencia que resolvió la súplica no hubo pronunciamiento frente a su argumento de la extemporaneidad de la sustanciación del recurso de apelación presentado por su contraparte frente al auto de 14 de noviembre de 2019; hecho que también era fundamento de la nulidad denegada.
2. Así planteada la solicitud de complementación de la parte demandada, adviértese de entrada se advierte que no prospera, como quiera que en el auto objeto de la petición de ahora fue resuelto el



recurso de súplica de manera expresa, en forma negativa, de modo que ninguna omisión pudo haberse presentado.

La Corte Suprema de Justicia respecto del artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, hoy 287 del CGP, puntualizó que esa disposición expresa “*con total claridad, que la complementación de las sentencias o de los autos, según el caso, procede siempre y cuando el funcionario judicial desatendió pronunciamiento sobre algún punto que a instancia de parte o de oficio debía acometer*” (auto de 5 de marzo de 2011, exp. 2006-00243-01)¹.

De esa manera, ninguna omisión hubo al decidirse confirmar el auto suplicado; y aunque las motivaciones no pueden ser objeto de adición, porque ésta se predica de la parte resolutive de las providencias, lo cierto es que en la súplica se rebatieron los argumentos expuestos por la parte demandada.

3. En efecto, se consideró que fue apropiado el rechazo de plano de la nulidad, porque las eventuales irregularidades que hubiesen podido acontecer, se sanearon conforme al art. 136-1 del CGP, por supuesto que esos posibles eventos comprenden las omisiones que expuso el suplicante inconforme.

En ese sentido fue explicado en el auto decisorio de la súplica, que los hechos de la nulidad invocada debieron alegarse en el término de ejecutoria del auto de 26 de febrero de 2020, que ordenó remitir el legajo al Tribunal para resolver la apelación respectiva, pues previo a esa decisión era que en primera instancia debía correrse traslado de la sustentación a la parte no apelante, conforme a lo previsto en los artículos 110, inciso 21, y 326 del CGP. Y se agregó que como la

¹ Referencia tomada de la providencia de la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil- de 25 de junio de 2013, M.P. Dr.: Fernando Giraldo Gutiérrez.



nulidad se alegó después de haberse decidido la apelación, la conclusión es que se entiende saneada, en los términos del numeral 1° del artículo 136 del CGP.

4. Y por supuesto que es improcedente el argumento del recurrente en cuanto a que en el auto con que se decidió la súplica, se dejó de analizar si la omisión de alegación de la falta del traslado ante el juez de primera instancia, es extensible a la omisión del Tribunal por no haber percatado lo ocurrido en primera instancia, por varias razones básicas.

La primera es que, cual ya no se anotó, la providencia de súplica no requiere adición en tanto que nada omitió porque resolvió el punto materia de inconformidad, con ratificación del auto recurrido a esa sazón.

La segunda es que el fundamento central de la solicitud de nulidad planteada ante la magistrada ponente, quien la rechazó mediante auto que luego se recurrió en súplica, fue ese problema relativo a que el despacho de primer grado no surtió el traslado del recurso de apelación que se resolvió por aquella. De ese modo, la causa de nulidad, en términos reales, no era la actuación del Tribunal.

Y finalmente, ese argumento sobre el examen preliminar de la magistrada sustanciadora, con el que ahora quiere insistir el peticionario, de todas maneras fue desechado en el auto de la súplica, con fundamento en que lo relevante para el régimen de saneamiento de nulidades, radica en que así acontece cuando no se alega en oportunidad.

5. De esta forma, como no hubo omisión en decidir que genere la necesidad de complementación, se denegará la petición de la parte demandada.



DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, **deniega** la petición de adición del auto de 18 de agosto de 2020, formulada por la parte demandada.

Este documento es válido con firma digitalizada de cualquiera de los magistrados y su aprobación por correo electrónico, según los arts. 11 del Dec. 491/2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y pertinentes.

Notifíquese.



JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA

MAGISTRADO



Magistrado ponente:
JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

Reciba cordial y respetuoso saludo.

Me permito manifestarle que, por medio de este correo electrónico, **apruebo en su totalidad** el siguiente proyecto de auto, discutido en Sala Dual del 10 de septiembre de 2020:

Radicación: 110013199001-2018-78967-01

Demandante: Promotora Turística del Caribe S.A.

Demandado: Operadora Apartahotel de las Américas Ltda.

Proceso: Verbal

Trámite: Súplica - Solicitud de aclaración o complementación

Decisión: deniega la petición de adición de auto.

Se remite sin firma escaneada, atendiendo a que la información remitida desde el correo institucional personal se presume auténtica, conforme los artículos 2 y 11 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Atentamente;

IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Magistrado Sala Civil Tribunal Superior de Distrito de Bogotá D.C.

Sobre la presunción de autenticidad de la información remitida por correo electrónico, ver las siguientes normas:

- DECRETO LEGISLATIVO 491 DE 2020. ARTÍCULO 11

- CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO. ARTÍCULO 103

- LEY 527 DE 1999. ARTÍCULOS 1, 5 y 7

- ACUERDO PCSJA20-11518 16 de marzo de 2020. ARTÍCULOS 1 Y 2. Suspensión de términos y Trabajo en casa.

- ACUERDO No. PCSJA17-10715 Julio 25 de 2017. ARTÍCULO DIECIOCHO. USO E IMPLEMENTACIÓN DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LAS COMUNICACIONES.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: PROCESO VERBAL PROMOVIDO POR ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES DE COLOMBIA –EGEDA COLOMBIA– CONTRA NOVA MAR DEVELOPMENT S.A.

RAD. 005 2018 64849 05.

El Despacho procede elevar la **consulta obligatoria de interpretación prejudicial** respecto de los artículos 13 literal b), 15 literales a), i) y f), 45 y 48 de la Decisión 351 de 1993 ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en aplicación del artículo 4¹ y 33² del Tratado de Creación del citado Tribunal, en concordancia con el artículo 123³ de su Estatuto, con la finalidad de establecer principalmente el marco jurisprudencial desarrollado sobre los derechos de autor que atañen a esas normas y a las que de oficio considere pertinente dicho Tribunal, así:

I. Identificación de la causa que origina la solicitud.

¹ “**Artículo 4.-** Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina”.

² “**Artículo 33.-** Los jueces nacionales que conozcan de un proceso en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, podrán solicitar, directamente, la interpretación del Tribunal acerca de dichas normas, siempre que la sentencia sea susceptible de recursos en derecho interno. Si llegare la oportunidad de dictar sentencia sin que hubiere recibido la interpretación del Tribunal, el juez deberá decidir el proceso.

En todos los procesos en los que la sentencia no fuere susceptible de recursos en derecho interno, el juez suspenderá el procedimiento y solicitará directamente de oficio o a petición de parte la interpretación del Tribunal”.

³ “**Artículo 123.** De oficio o a petición de parte, el juez nacional que conozca de un proceso en el cual la sentencia fuera de única o última instancia, que no fuere susceptible de recursos en derecho interno, en el que deba aplicarse o se controvierta alguna de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, deberá suspender el procedimiento y solicitar directamente y mediante simple oficio, la interpretación del Tribunal”.

Se trata de una acción por infracción a derechos de autor promovida por la ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES DE COLOMBIA –EGEDA COLOMBIA– contra la sociedad NOVA MAR DEVELOPMENT S.A.S., fundada en la comunicación pública de obras audiovisuales de titularidad de los productores que representa la primera, sin autorización previa y expresa, con la que pretende que se declare la responsabilidad civil de la demandada por incumplimiento de un deber legal y de adecuada selección, vigilancia y supervisión de las personas que directamente cometieron la infracción.

II. Informe sucinto de los hechos relevantes de la demanda y su contestación. Que pasan a exponerse así:

2.1. La ENTIDAD DE GESTIÓN COLECTIVA DE DERECHOS DE PRODUCTORES AUDIOVISUALES DE COLOMBIA –EGEDA COLOMBIA– en representación de los productores nacionales e internacionales, señala que la sociedad NOVA MAR DEVELOPMENT S.A.S., titular del establecimiento hotelero denominado HOTEL JW MARRIOTT BOGOTÁ, ha realizado, desde el año 2006, la comunicación pública de obras audiovisuales de su repertorio “*que forman parte habitual de la programación de canales tales como: CARACOL TELEVISION, RCN TELEVISION, SEÑAL COLOMBIA, CANAL UNO, CITY TV, TELEANTIOQUIA, TELECARIBE, TELEPACIFICO, TELECAFE, TV AZTECA, TELEFE, TLNOVELAS, PASIONES, CANAL DE LAS ESTRELLAS entre otros canales cuya retransmisión es obligatoria para los distintos operadores de televisión*” a través de televisores ubicados en las habitaciones y áreas comunes, sin contar con su licencia o autorización, ni realizar pago alguno por ello.

2.2. Por su parte, NOVA MAR DEVELOPMENT S.A.S. en su defensa precisó que el HOTEL JW MARRIOTT abrió sus puertas al público el 29 de julio de 2010; que cuenta con el servicio de televisión por suscripción y, bajo ese entendido el operador es quien sufraga el pago de las tarifas por concepto de derecho de autor y derechos conexos asociados a la comunicación pública de obras audiovisuales; que no es cierto que todos los televisores puedan o deban retransmitir la señal de televisión abierta, pues para ello es necesario que el televisor cuente con la tecnología correspondiente para hacerlo; que el hecho generador del no pago de las tarifas se debe a una falta de concertación con la demandante; y que está por establecer si realiza comunicación pública, lo cual debe demostrar la actora “*porque no existe ninguna norma legal que establezca tal presunción*”.

III. Actuación procesal.

La Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales de la Dirección Nacional de Derecho de Autor, como autoridad de primera instancia, declaró que en el establecimiento denominado HOTEL JW MARRIOT BOGOTÁ, de propiedad de sociedad NOVA MAR DEVELOPMENT S.A.S., se vienen comunicando públicamente sin la correspondiente autorización previa y expresa, obras audiovisuales de titularidad de los productores representados por EGEDA COLOMBIA desde el 1 de agosto de 2010, en la modalidad de proyección y exhibición, tras considerar que a pesar de haber podido prever el daño, no lo hizo, pese a haber tenido conocimiento por la comunicación de la accionante en tal sentido; que la infracción se materializó por medio de los televisores ubicados tanto en las 264 habitaciones que contiene como áreas comunes; no obstante, al no haberse cuantificado ni especificado en el proceso con exactitud cuantos televisores tenía la encausada en las áreas comunes, fue condenada a indemnizar exceptuando este aspecto; y se negaron los intereses moratorios por improcedentes, toda vez que, solo al momento de dictada la sentencia, es clara la obligación que tiene la demandada de pagar a la actora los perjuicios determinados.

IV. Los recursos.

a) De la parte demandante

La promotora de la acción apeló y entre sus argumentos esgrimió que hubo indebida aplicación de la ley e inadecuada apreciación de las pruebas además de existir, a su juicio, mérito para condenar a la demandada a la indexación y al pago de intereses moratorios, toda vez que la autorización y pago de estos derechos de autor debe hacerse de manera previa y no con posterioridad.

b) De la parte demandada

Por su parte, la demandada alegó la insuficiencia probatoria frente a la supuesta comunicación pública de obras protegidas pertenecientes al repertorio de EGEDA en su establecimiento; que la demandante no expresó los hechos que pretendía probar con los documentos que aportó; que el juez infringió el principio de congruencia de la sentencia, por cuanto las conclusiones de esta no se compadecen con las pruebas recaudadas; que el juez aceptó una indebida tasación respecto a las áreas de acceso público, subsanando la deficiencia de la demanda, al liquidar de forma unilateral y yendo más allá de sus facultades los valores que debe pagar en favor de la demandante, pese a que no aportó las tarifas de los reglamentos de los años 2010, 2011, 2012 y 2013; que para la fijación de las tarifas el juez no tuvo en cuenta ningún criterio objetivo y proporcional como la cantidad de acceso a la obra, intensidad del uso, lucro

percibido, entre otros, según los parámetros establecidos por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina; que está acreditado que los hoteles no perciben un lucro directo o indirecto respecto al uso de televisores en las habitaciones; y que liquidó los perjuicios bajo parámetros no probados en el proceso.

V. La consulta. Con base en los antecedentes que vienen de reseñarse, se solicita al Tribunal Andino emitir interpretación prejudicial respecto de las normas en comento y, de ser posible, absolver los siguientes cuestionamientos:

1. ¿Es posible predicar la trasgresión del derecho de comunicación pública establecido en los artículos 13 y 15 de la Decisión 351 de 1993, de establecimientos comerciales que prestan el servicio de hotelería que tienen contratado el servicio de televisión por suscripción con un tercero que cuenta con autorización o licencia?
2. ¿Existe duplicidad en el cobro de derechos de autor en el caso de exigir su pago al establecimiento comercial que tiene contratado el servicio de televisión por suscripción con un tercero?
3. ¿Cuáles son los parámetros de proporcionalidad o criterios que existen para el cobro de tarifas, a que alude el artículo 48 de la Decisión 351 de 1993?
4. ¿Es prerequisite de las sociedades de gestión colectiva, previo a iniciar una acción de protección de derechos de autor, que busque una concertación de tarifas con quien hace uso de una obra audiovisual?
5. ¿Si el operador de televisión por suscripción cuenta con autorización para la comunicación pública de obras, la misma se extiende o ampara al establecimiento de comercio con el que tiene contratado ese servicio?
6. ¿En materia de protección de derechos de autor, cuáles normas deben prevalecer: las del derecho interno o las contempladas en la Decisión 351 de 1993?

En esos términos y cumplidas como están las exigencias formales de la solicitud de interpretación prejudicial obligatoria, el Despacho

RESUELVE

PRIMERO: ELEVAR ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, consulta obligatoria de interpretación prejudicial de los artículos 13 literal b), 15 literales a), i) y f), 45 y 48 de la Decisión 351 de 1993, en los términos expuestos, dentro del proceso de la referencia.

SEGUNDO: SUSPENDER el trámite del proceso hasta tanto se reciba la respuesta del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

TERCERO: ORDENAR que la Secretaría de la Sala Civil de este Tribunal remita el oficio respectivo, acompañado de la copia digital del expediente al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. Para los efectos recuérdese que en anteriores oportunidades esa Corporación ha autorizado remitir vía correo electrónico las consultas prejudiciales y con esos fines proporcionó la dirección secretaria@tribunalandino.org y/o en su defecto remítase la solicitud a la sede de ese Tribunal, ubicado en la calle de Juan de Dios Martínez Mera N° 34-380 y Portugal, en la ciudad de Quito, Ecuador, PBX: (593-2) 3330610 P. O. BOX 17079054, **sin que resulte necesario para estos efectos adelantar el trámite de exhorto por conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores.**

CUARTO: INFORMAR al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que podrá enviar la respuesta a esta solicitud a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con sede en la Avenida Calle 24 N° 53 – 28, Oficina 305 C, de la ciudad de Bogotá, Colombia, Teléfono: (57 1) 4233390 extensión 8349 y/o a la dirección electrónica que para esos efectos suministre la Secretaría de esta Corporación.

QUINTO: COMUNÍQUESE esta decisión a la Dirección Nacional de Derecho de Autor – Subdirección de Asuntos Jurisdiccionales.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

18 – 64849 05

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA DE DECISIÓN CIVIL

Magistrado Ponente: Iván Darío Zuluaga Cardona

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Proceso	Verbal
Demandante	Juan Francisco Malo Otálora
Demandado	Wellness Center MDI Marino S.A.S.
Radicado	11 001 31 03 006 2018 00360 01
Instancia	Segunda – <i>apelación de sentencia</i> -
Procedente	Juzgado 6 Civil del Circuito de Bogotá
Fecha de la providencia	28 de noviembre de 2019
Decisión	Confirma
Apelante	Demandada

Proyecto discutido en salas del 27 de agosto, 03 y 10 de septiembre de 2020.

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Juan Francisco Malo Otálora presentó demanda en contra de Wellness Center MDI Marino S.A.S. a fin de que se declarara:

i) Entre las partes se celebró contrato de promesa de compraventa, el primero en calidad de promitente comprador y la segunda de promitente vendedora, respecto del apartamento 302, y parqueadero 1 de la Torre 1 Uraku, en el proyecto Wellness Center MDI de Cartagena de Indias.

ii) La demandada incumplió el contrato porque no entregó materialmente los inmuebles el 30 de septiembre de 2016, no se presentó a firmar escritura pública en la Notaría 47 de Bogotá el 18 de octubre de 2016, no obtuvo las respectivas licencias y no construyó el inmueble.

iii) La cláusula décima octava de ese negocio es abusiva e ineficaz de pleno derecho, al tenor de lo dispuesto en el artículo 42 ordinal 12 de la Ley 1480 de 2011, por cuanto la sociedad demandada impone al consumidor la obligación de acudir a la justicia arbitral.

En consecuencia, se pidió que se condenara a la demandada a pagar al accionante: *i)* \$65.000.000 entregados como abono al precio; *ii)* \$69.750.000 por concepto de cláusula penal; *iii)* corrección monetaria sobre las anteriores sumas de dinero y *iv)* \$34.941.562 por intereses moratorios sobre el valor del precio abonado desde el 18 de octubre de 2016, hasta la fecha en que se realice el pago.

2. Fundamentos fácticos de las pretensiones

2.1. El 8 de julio de 2016, entre las partes se celebró contrato de promesa de compraventa, el primero en calidad de promitente comprador y la segunda de promitente vendedora, respecto del apartamento 302 y parqueadero 1 de la Torre 1 Uraku, en el proyecto Wellness Center MDI, en Cartagena de Indias.

El precio pactado fue de \$465.000.000 que el promitente comprador debía pagar así: \$65.000.000 a la separación del inmueble, esto es el 8 de julio de 2016 que efectivamente fueron pagados; \$74.500.000, en 18 cuotas mensuales cuya fecha no se especificó; y \$325.500.000 el día de la firma de la escritura pública.

La entrega se pactó para el 30 de septiembre de 2016 a las 11:00 a.m., obligación que no cumplió la convocada, no asistió a la notaría el 18 de octubre de ese año, y tampoco aportó los documentos requeridos.

2.2. En comunicación del 27 de septiembre de 2016, recibida la primera semana de octubre de esa anualidad, se informó que por fuerza mayor no sería posible la entrega en la fecha acordada, y que con posterioridad avisarían la nueva fecha.

El 14 de diciembre de 2016, José Antonio García en representación de la demandada manifestó que la entrega se efectuaría el 1 de febrero de 2017, fecha que tampoco se cumplió.

2.3. El 6 de junio de 2017, el actor envió correo electrónico solicitando la devolución de los \$65.000.000 abonados a precio; y el mismo día se recibió respuesta adjuntándose solicitud de devolución de recursos que se debía tramitar ante la fiduciaria.

El 26 de junio y 21 de noviembre siguiente, se elevaron solicitudes en ese sentido, y el 15 de enero de 2018, se recibió comunicación donde se dijo que no se devolvería el dinero abonado, sino que aplicaría pena por incumplimiento de un plazo que no aparece en ninguna parte del contrato.

2.4. En el contrato de promesa de compraventa se incluyeron cláusulas abusivas e ineficaces de pleno derecho, tales como imponer la obligación de acudir a la justicia arbitral (Cláusula 18), causales de terminación del contrato que solo favorecen a la demandante (Cláusula 16), cláusula penal únicamente en beneficio de la demandada (Cláusula 9), y cláusula de exoneración de responsabilidad del promitente vendedor (Cláusula 17).

3. Posición de la parte pasiva

La demandada se opuso a las pretensiones. Formuló las excepciones que denominó:

i) *“Contrato no cumplido”*. Fue el demandante el que previamente incumplió, no pagó ninguna de las cuotas indicadas en el literal b) de la cláusula sexta del contrato, en donde si bien es cierto no consta la fecha de cada una, también lo es que se suscribió *“documento de separación”*, en el que se estipuló la forma de pago de los \$74.500.000 en 18 cuotas a partir de agosto de 2016.

ii) *“Imposibilidad de cobrar cláusula penal indemnización de perjuicios equivalentes a intereses moratorios”*. Cobrar la cláusula penal más indemnización de perjuicios, equivale a doble cobro como pena.

iii) *“No encontrarse probado el daño alegado por la demandante para exigir el pago de intereses moratorios”*. Dentro del expediente no aparece prueba del daño o perjuicio.

iv) *“No encontrarse probados los supuestos perjuicios alegados para exigir el pago de intereses moratorios”*. No está probado el daño, perjuicio y cuantía.

v) *“Fuerza mayor o caso fortuito”*. La sociedad demandada se encuentra imposibilitada para cumplir con las prestaciones pactadas a su cargo. En el desarrollo del proyecto inmobiliario se presentó un hecho constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito que impide el cumplimiento.

La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cartagena, mediante nota devolutiva del 10 de julio de 2017, negó la inscripción de la escritura pública de constitución de propiedad horizontal, argumentando que el Folio de Matrícula No. 060-267066 se encontraba bloqueado por encontrarse ubicado en el corregimiento de Arroyo Grande.

En enero de 2018, se recibió segunda nota devolutiva en la que se mencionaba nuevamente el proceso de clarificación en el corregimiento de Arroyo Grande y la improcedencia del registro del reglamento de propiedad horizontal.

vi) *“Imprevisión”*. La demandada se vio enfrentada a soportar hechos sobrevinientes, imprevisibles al contrato de promesa de compraventa y que no son imputables a ella, se encuentra imposibilitada para cumplir con la obligación de hacer, escriturar y de entregar unidades que harían parte del proyecto Kutay Wellness & Village.

4. La sentencia de primera instancia.

El Juez Sexto Civil del Circuito de Bogotá, declaró no probadas las excepciones de fondo, y declaró de oficio la nulidad absoluta del contrato de promesa de compraventa celebrado el 8 de junio de 2006, entre Juan Francisco Malo Otálora y Wellnes Center MDI Marino S. A. S.

Negó las pretensiones de la demanda, y condenó a la demandada a restituir en favor del accionante \$65.000.000, junto con intereses bancarios corrientes desde el 8 de junio de 2016, hasta que verifique el pago.

Del mismo modo, condenó en costas a la parte pasiva, para lo cual fijó como agencias en derecho la suma de \$20.000.000.

Para el efecto, sostuvo que las partes aquí dejaron al arbitrio del promitente vendedor definir el momento en que se suscribiría la escritura pública, esto es, cuándo se terminara la obra.

Se ignoraba cuando sucedería ese hecho futuro del que pendía el otorgamiento de la escritura pública lo que hace incierto ese momento, es una condición de carácter meramente potestativo y por ende indeterminada.

Con ello se contravino el numeral 3° del artículo 1611 del Código Civil que impone que toda promesa de compraventa debe contener un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato.

De igual forma, es indeterminado el objeto y precio del negocio jurídico, en cuanto no se estableció siquiera la ciudad en donde estaba ubicado el inmueble, tampoco sus linderos, y la forma de pago de las cuotas.

Por lo anterior, de conformidad con el artículo 1742 del Código civil, se debe declarar de oficio la nulidad absoluta de ese contrato.

5. El recurso de apelación.

5.1. La parte demandada formuló recurso de apelación. Atendiendo el desistimiento parcial de ese recurso, puntualmente respecto del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia confutada, se tiene que los reparos concretos son los siguientes:

i) De la orden de pagar intereses. La orden de pagar intereses corrientes a cargo la demandada no obedece a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, ya que debía devolverse las cosas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Se debió ordenar la devolución de los \$65.000.000 entregados por el accionante traídos a valor presente, es decir con corrección monetaria.

ii) De la condena en costas. Las costas no se causaron por cuanto no se accedió a las pretensiones de la demanda.

5.2. La parte actora en réplica a este recurso aseveró:

i) De la orden de pagar intereses. El artículo 1746 del Código Civil, dispone que cada quien es responsable de los intereses y frutos de bien a restituir.

Por su parte el artículo 717 *ibidem*, prevé que son frutos civiles entre otros los intereses de capitales exigibles, por eso se acertó al ordenar la restitución de frutos

que el capital debió producir desde que estuvo en poder de la demandada, y hasta el momento en que se restituyan.

ii) De la condena en costas. De conformidad con el numeral 5) del artículo 366 de Código General del Proceso, no es esta la oportunidad procesal para controvertir las agencias en derecho, toda vez que no se ha proferido la providencia que las aprueba.

II. CONSIDERACIONES

1. La competencia del Tribunal está delimitada por los puntos de controversia expuestos en la sustentación de la apelación, quedando vedados los temas que no hayan sido controvertidos frente al fallo de primera instancia, tal y como lo prevén los artículos 320 y 328 del mismo Estatuto.

2. Ninguna consideración se hará en esta providencia, relacionada con la configuración de la nulidad absoluta de la promesa de contrato, toda vez que dicho tópico no fue objeto de cuestionamiento en la sustentación del recurso de apelación.

3. Se confirmará el fallo de primera instancia, porque el reconocimiento de intereses bancarios corrientes desde la fecha de entrega del dinero, está acorde con las normas y los precedentes jurisprudenciales que regulan las restituciones mutuas frente a negocios jurídicos declarados nulos, aunado a que la condena en costas en materia civil es objetiva. Los argumentos que respaldan esas tesis se analizan a continuación.

4. De la orden de pago de intereses. Rebate la parte actora que el artículo 1746 del Código Civil, no consagra el pago de intereses, sino la devolución del dinero recibido como parte del precio con corrección monetaria.

4.1. Los problemas jurídicos para resolver consisten en determinar si a los dineros entregados como parte de precio producto de la declaratoria de nulidad se deben restituir con intereses, desde cuándo, y si esa obligación se circunscribe a devolver el mismo número de unidades monetarias entregadas.

4.2. En lo que tiene que ver con la restitución de dineros, la doctrina explica: “[L]as sumas de dinero que cualquiera de las partes haya entregado a la otra en ejecución de la prestación debida por el contrato nulo, deben ser restituidos por el accipiens al solvens”¹.

Puntualmente, en relación con la restitución del precio pagado, se enseña: “[E]l derecho de quien pagó el precio a cobrar el interés que naturalmente le habría producido el dinero estando en sus manos es incuestionable”².

La parte demandada denunció que la orden de pagar intereses bancarios corrientes no obedecen a lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, punto de inconformidad que se cae por su propio peso, pues el tenor literal de la norma dispone expresamente:

*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita. En las restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los **intereses** y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo. (negrilla fuera del texto).*

Sobre la debida interpretación del enunciado jurídico transcrito, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SC5060 de 2016, reiterando los precedentes contenidos en las sentencias SC059-1995, SC 087-2003, SC 150-2003, SC 343-2005, precisó que la restitución de frutos, como consecuencia de la invalidez de la promesa, si bien se regula por las reglas generales

¹ Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones T.II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 789.

² Hinestrosa, Fernando. Tratado de las obligaciones T.II. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2015. Pág. 789.

de las prestaciones mutuas consignadas en el Capítulo 4o. del Título 12 del Libro 2o. del Código Civil, no por ello es dable aplicar el límite temporal (la notificación de la demanda al demandado) que el artículo 964³ -inmerso en dicho capítulo- establece a efectos de determinar desde cuándo está la parte obligada a restituir los frutos, porque entonces se haría nugatorio el efecto general y propio de toda declaración de nulidad, y desde luego, de la de fenómenos afines, cual es el de retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así sentó la regla jurisprudencial la Corte en el precedente citado:

“En otras palabras, siempre que sea declarada la nulidad de un acto o contrato, las cosas han de retrotraerse al estado en que las partes se hallaban antes de su celebración, lo que subsecuentemente abarca toda entrega o cumplimiento —en la medida de lo posible- que los contratantes en virtud del convenio, hayan llegado a efectuar, por supuesto, con cargo de restituir asimismo las especies de que da cuenta el precepto anotado, y dentro de ellas, los frutos, tomándose en cuenta la buena o mala fe de las partes, entre otras circunstancias, pero sólo para saber qué tipo de frutos son los debidos: si los percibidos o si éstos y los que además hubiera podido percibir el dueño con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.

Por esto, salvo casos como los previstos sobre objeto o causa ilícita y los contratos celebrados con incapaces, el inciso segundo del citado precepto establece que en las “restituciones mutuas que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o

³ Artículo 964 del Código Civil: *El poseedor de mala fe es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder.*

Si no existen los frutos, deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción; se considerarán como no existentes lo que se hayan deteriorado en su poder.

El poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda; en cuanto a los percibidos después, estará sujeto a las reglas de los dos incisos anteriores.

En toda restitución de frutos se abonarán al que la hace los gastos ordinarios que ha invertido en producirlos.

voluptuarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales.

Aunque para el efecto, como se ha dicho, deben observarse las “mismas disposiciones que gobiernan las prestaciones mutuas en la reivindicación” , entre las cuales se encuentra el artículo 964 del Código Civil, esto no significa que deba aplicarse en forma absoluta, en toda su extensión, incluyendo los límites temporales a que hace alusión, porque de ser así se negaría el efecto general y propio de la declaración de nulidad, cual es retrotraer las cosas al “estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.”

Este Tribunal ya había tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un asunto analogizable al asunto debatido. En Sentencia del 12 de diciembre de 2018 proferida en el proceso radicado 110013103002720160016501 (exp 4679), se dijo lo siguiente: *“En esto se ha sostenido que en materia contractual no son aplicables los referentes temporales tenidos en cuenta para cuantificar expensas de procesos reivindicatorios, pues el análisis de la buena o mala fe de los contratantes no siempre tiene la entidad de establecer el periodo de restitución de los frutos, pues tal tópico está determinado por los efectos retroactivos de la declaración de nulidad, y el imperativo de retrotraer la situación al estado precontractual. Otra cosa es que la buena fe comporte un criterio cualitativo que precisa la clase de frutos que deben restituirse, pues sabido es que el contratante de mala fe debe reintegrar no solo los percibidos, sino lo que se hubieren podido devengar con mediana diligencia y cuidado.”*

De conformidad con lo discurrido, la orden del A quo de reconocer los intereses bancarios corrientes desde la fecha del cumplimiento de la obligación declarada nula, está acorde no solo con el artículo 1746 del Código Civil, sino también con el límite temporal fijado por la jurisprudencia, sin que sea dable considerar, para la determinación del lapso, la buena o mala fe de los contratantes, pues este aspecto únicamente cobra importancia para la determinación del tipo de frutos (percibidos u obtenibles) que deben restituirse y no para la fecha a partir de la cual se deben, que, se itera, en el caso de la nulidad declarada, es desde la fecha

del contrato nulo y, en su defecto, desde la entrega o cumplimiento de la obligación de ese contrato, cumplida total o parcialmente.

4.3. Como la sustentación del recurso de apelación precisa que debía ordenarse era la corrección monetaria y no el reconocimiento de intereses, se torna relevante hacer un análisis sobre dicho tópico.

Es verdad sabida, que el acreedor de la restitución del precio también tiene derecho a que se aplique corrección monetaria. Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“la indexación del dinero obedece a razones de equidad, para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, por lo que no tiene carácter sancionatorio ni depende de que el contratante que está compelido a hacer la restitución haya cumplido o no sus obligaciones”*⁴.

En relación con el pago de intereses corrientes como medida para actualizar el dinero, la misma Corte Suprema de Justicia, ha explicado: *(...) la actualización del valor del dinero mediante su indexación o con el pago de intereses corrientes, no se restringe a las situaciones de resolución de contratos, sino que es una medida perfectamente aplicable a las situaciones de nulidad o ineficacia de los negocios jurídicos*⁵

Sin embargo, la duda que surge de lo anterior es si tratándose de intereses comerciales, procede ordenar el reconocimiento conjunto con la corrección monetaria.

Para ese efecto, se trae a colación que la Corte Suprema de Justicia, ha dicho: *“[L]a compatibilidad de la indexación y de los réditos depende de la clase de estos últimos, pues si son los civiles nada impide la coexistencia de esos dos conceptos; en cambio, si se trata de los comerciales, en tanto ellos comprenden ese concepto (indexación indirecta) «imponer la corrección monetaria, per se, equivaldría a decretar una doble -e inconsulta- condena por un mismo ítem, lo*

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Sentencia del 9 de agosto de 2018. SC3201-2018. Radicación n° 05001-31-03-010-2011-00338-01.

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA CIVIL. Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Sentencia del 9 de agosto de 2018. SC3201-2018. Radicación n° 05001-31-03-010-2011-00338-01.

que implicaría un grave quebranto de la ley misma, ya que ésta ha establecido, en forma imperativa, que la manera de hacer el ajuste monetario de las obligaciones dinerarias de abolengo mercantil, es por la vía de los intereses, por la potísima razón de que está entronizado en uno de los factores constitutivos o determinantes de la tasa reditual de mercado”⁶.

Así las cosas, la orden de corrección monetaria y el pago de réditos comerciales sobre el precio a restituir no pueden concurrir durante el mismo periodo de tiempo porque se estaría decretando una doble condena por el mismo concepto.

Por eso, tratándose de un contratante que se encuentra obligado a restituir el valor del precio, y de intereses comerciales, por razones de equidad para contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, es procedente ordenar la corrección monetaria más intereses civiles del 6% si la obligación es de naturaleza civil o el reconocimiento únicamente de intereses bancarios corrientes si la obligación es mercantil.

En el sub examine, como la demandada tiene la connotación de sociedad comercial, sus actos se regulan por las normas del Código de Comercio, así que el contrato declarado nulo tuvo naturaleza mercantil, y por ende, se justifica el reconocimiento de intereses bancarios corrientes.

4.4. Revisada la sentencia de primera instancia, se observa que la orden de reconocimiento de intereses se dio desde el 8 de junio de 2016, tomando como soporte el recibo visible 20 del expediente, el cual es contrario a lo indicado en el otro documento que indica el 8 de julio del mismo año (Cfr. Fls. 19).

No obstante, tiene que decirse que esa fecha no fue materia de impugnación, motivo por el que en este grado de conocimiento no puede variarse, y por tal virtud, ninguna modificación o valoración se hará sobre tal punto.

⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN CIVIL. Magistrado Ponente: ARIEL SALAZAR RAMÍREZ. Sentencia del 27 de agosto de 2015. SC11331-2015. Radicación No. 11001-31-03-036-2006-00119-01.

5. De la condena en costas. Otro punto de embate planteado por la demandada es que las costas no se causaron por cuanto no se accedió a las pretensiones de la demanda.

5.1. El problema jurídico para resolver consiste en determinar cuándo se impone condena en costas en los procesos judiciales y a cargo de quien.

5.2. El artículo 365 del Código General del Proceso, preceptúa: “[e]n los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto (...)”.

En relación con las costas, la doctrina enseña: “será parte vencida en el proceso el demandado que es condenado, como también lo puede ser el demandante cuando la sentencia ha sido absolutoria”⁷.

Sobre la condena en costas, es importante recordar que en materia civil, esta es de carácter objetivo y no subjetiva, de antaño la Corte Suprema de Justicia, ha explicado:

“En tratándose de la imputación al pago de las costas procesales, (el ordenamiento jurídico) adoptó un criterio eminentemente objetivo, esencialmente caracterizado por condicionar su imposición, sin otras cortapisas, al vencimiento puro y simple de la parte, esto es, sin reparar en la mala fe o la temeridad de su comportamiento”⁸.

Así, la respuesta al problema jurídico es que en los procesos judiciales se impone condena en costas a la parte vencida, esto es, al demandado cuando es condenado o al demandante cuando la sentencia es absolutoria, sin reparar a situaciones subjetivas de las partes.

⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Código General del Proceso. Parte General. Dupre Editores. Bogotá. 2016. Pág. 1053.

⁸ CSJ, sent. de agosto 30 de 1999, exp. 5151.

5.3. Basta mirar la sentencia confutada para concluir que quien tiene la calidad de vencido en este juicio es la parte demandada independiente de que hubiese sido el producto de la declaratoria oficiosa de nulidad absoluta del negocio base del litigio, y no de las pretensiones inicialmente formuladas por el demandante.

Concluir algo distinto sería tanto como entender que a pesar de que fue condenada en primera instancia a restituir \$65.000.000 en favor del convocante, más sus intereses, no fue vencido en juicio solo porque estrictamente no es el producto de las pretensiones del demandante, a quien por demás no se impuso condena alguna.

Si la condena en costas en materia civil es de carácter objetivo, es decir, que no atiende a situaciones subjetivas de las partes, sino a que la decisión judicial resuelva desfavorablemente sus intereses, es claro que quien resultó perjudicada con la sentencia atacada es la parte demandada, y por eso poco importa que fuera el producto de una declaración de oficio, acontecer que impone desechar el cargo que nos ocupa.

6. Conclusión. Se confirmará el fallo de primera instancia porque los puntos de inconformidad sustentados en segunda instancia no tienen la virtualidad de abrir paso a su revocatoria.

7. Costas. Atendiendo que el recurso de apelación se resolverá de forma desfavorable al apelante se impondrá condena en costas, de conformidad con los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala 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 28 de noviembre de 2019, por el Juzgado 6 Civil del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Condenar en costas a la parte demandada y en favor de la demandante. El A quo hará la liquidación conforme lo indica el artículo 366 del C.G.P. Como agencias en derecho, el Magistrado sustanciador fija la suma de dos millones quinientos mil pesos (2.500.000,00).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los Magistrados,



IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA

Documento con firma electrónica del Magistrado ponente

Aprobación sentencias

Despacho 08 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
104 14/06/2020 11:05
Para: Iván Darío Zuluaga Cardona Despacho 07 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

 aprobación 002.pdf
104-02

Respetado Dr. Iván Darío Zuluaga,

Por instrucción de la doctora Liana Lizarazo adjunto hago envío de documento del asunto.

Cordialmente,

Despacho de la Magistrada Liana Aida Lizarazo Vaca
Sala Civil
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

Magistrado
Iván Darío Zuluaga Cardona

Atendiendo a la directrices de teletrabajo autorizadas mediante el Acuerdo PCSJA20-11517 complementado por el acuerdo PCSJA20-11518, y conforme a lo lineamientos previstos en la ley 527 de 1999, por medio del presente correo electrónico manifiesto como Magistrada la aprobación al proyecto sometido a estudio, referente al expediente No. 11001310300620180036001 proceso verbal de Juan Francisco Malo contra Wellness Center MDI Marino SAS - Sentencia confirmatoria

Esta aprobación suplirá la firma, y hace parte integral del fallo de tutela.

Cordialmente,


LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

RE: Aprobación Proyecto civil modificado006-2018-00360-01 [Categoría Azul](#)

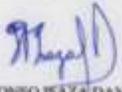
 Jose Alfonso Isaza Davila
MIA 16/09/2020 9:54
Para: Ivan Dario Zuluaga Cardona

Señor magistrado Iván Darío Zuluaga Cardona, cordial saludo.

Conforme a los acuerdos vigentes del Consejo Superior de la Judicatura y demás normas sobre trabajo en línea, a raíz de las medidas contra el COVID 19, por medio de este mensaje de datos **APRUEBO** el(los) proyecto(s) de acción(es) remitido(s), según el correo electrónico que respondo aquí, así:

- Proceso verbal
Radicado: 110013103-006-2018-00360-01 – Verbal
Demandante: Juan Francisco Malo Otálora
Demandado: Wellness Center MDI Marino S.A.S.
Observaciones: Confirma.

Este mensaje desde el correo institucional debe tenerse como parte de la decisión, habida cuenta las circunstancias de dicho trabajo en línea. Anexo firma copiada o digitalizada del suscrito servidor judicial, según los arts. 11 del Decreto 491 de 2020, 6 del Acuerdo PCSJA20-11532 y demás normas pertinentes.



JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
Magistrado Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

La información reportada en la constancia firma electrónica es suministrada directamente por el Consejo Superior de la Judicatura. La validez de la firma del Magistrado Ponente puede ser verificada 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: **bdad76de679965971e500fa077001093a575f545422bc9d4a02b47d2f69f79be**

Documento generado en 17/09/2020 09:51:32 a.m.

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

ASUNTO: PROCESO ORDINARIO (RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL) PROMOVIDO POR GUILLERMO FINO SERRANO Y OTRA CONTRA SEGURIDAD SUPERIOR LTDA.

RAD. 015 2013 00709 01.

SE ADMITE en el efecto devolutivo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia que profirió el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá el 20 de febrero de 2020, dentro del presente asunto.

Las partes deberán tener en cuenta lo establecido en el inciso 3° del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, a cuyo tenor: *“Ejecutoriada el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”*, vencidos los cuales la contraparte deberá descorrer, si a bien lo tiene, el correspondiente traslado; términos que comenzaran a contabilizarse desde la ejecutoria de esta determinación. 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** esta determinación en el marco de la norma reseñada vía correo electrónico a las direcciones que aparecen en el expediente digital; y en caso de no llegar a obrar las mismas en este, pese a ser una obligación de los togados, remítanse las comunicaciones correspondientes a las direcciones físicas 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.

Notifíquese,



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

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

Magistrada Ponente

NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D. C. diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-3103-025-2017-00351-02

Asunto: Declarativo -Pertenenencia-

Recurso: Apelación Sentencia

Demandante: León Ramiro Rojas Rueda

Demandado: Construcciones la Gran Fortuna y Cia. Ltda. en Liquidación y otros.

En firme el auto que denegó la práctica de pruebas, ante la extemporaneidad de la solicitud, el apelante deberá sustentar la alzada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este proveído (C.G.P., Art. 118 Inc. 2º; Decreto 806 de 2020, Art. 14), so pena de declararla desierta conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 322 del C.G.P. Dicha sustentación debe contraerse a los expesos reparos formulados ante el juez de primer grado.

Vencido el aludido plazo, por Secretaría córrase traslado a la parte contraria por el término de cinco días, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

Los respectivos escritos deberán remitirse al correo institucional de la Secretaría de la sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Culminados los plazos aquí otorgados, ingrésense las diligencias al despacho para el trámite correspondiente.

NOTIFÍQUESE


NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA PONENTE

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

**Asunto: Ordinario de Codensa contra Teltronic Andina Ltda., y
otros**

Rad. 30 2005 00040 03

Se resuelve sobre el impedimento que invocaron los Señores Magistrados Ruth Elena Galvis Vergara y Jorge Eduardo Ferreira Vargas para decidir el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia que se profirió en el proceso de la referencia.

CONSIDERACIONES

1. Los citados Magistrados fundaron su impedimento en el numeral 2° y 12 del artículo 141 del Código General del Proceso, soportado en que este asunto tiene conexidad con el expediente No. 2005-00080 donde intervinieron las mismas partes, a la inversa, acción dirigida a la declaratoria de existencia del contrato, mismo sobre el que ahora recaen las pretensiones de resolución, lo que implica que sobre el contrato y su cumplimiento ya se pronunciaron.

2. Para resolver es necesario señalar que la figura procesal acá planteada permite al funcionario judicial a quien le ha correspondido el conocimiento de un determinado asunto, sustraerse de tramitarlo y decidirlo, ante la presencia de circunstancias que puedan afectar su objetividad al abordar su estudio, toda vez que a través de esta se pretende “...garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces, en cuanto son condiciones consustanciales al ejercicio de sus funciones (artículo 228 Constitución Política) y evitar que la rectitud en la

*administración de justicia resulte alterada por factores incompatibles con ella (...)*¹.

3. Para el caso, revisada la copia de la sentencia donde participaron los citados Magistrados, que reposa al interior del proceso, se observa que allí efectuaron no solo sus juicios jurídicos sobre el comentado contrato sino también sobre el cumplimiento de las partes, tema de prueba que necesariamente se tendrá que abordar para resolver el recurso de apelación que corresponde a este proceso, de donde se infiere que tienen comprometido su criterio jurídico y por ello se les ha de aceptar el impedimento que expresaron, con soporte en las citadas causales, al presumir que se encuentran atados con lo que otrora resolvieron.

La Corte Suprema de Justicia, con relación al preciso tema, indicó:

*“La razón de ser de lo anterior estriba en que si el trámite o el recurso involucran una providencia de la autoría del funcionario judicial, es natural entender, considerando la naturaleza humana, la predisposición a defender la posición asumida sobre el particular. Frente a cualquier sospecha o duda, por lo tanto, lo aconsejable es erradicar toda circunstancia que pueda contaminar la imparcialidad e independencia debidas, o que conlleve al recelo o desconfianza, para así cumplir con el ideal de garantizar el derecho de las partes a que sus diferencias sean dirimidas de manera imparcial, objetiva y autónoma.”*²

4. Por consiguiente, al tenor de lo dispuesto en los artículos 143 y 144 del C.G.P., se aceptará el impedimento que manifestaron los señalados Magistrados y se dispondrá la recomposición de la Sala de Decisión.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,

RESUELVE:

¹ C.S.J. Sala Civil. Auto del 6 de julio de 2010. Ref, 11001-0203-000-2009-00974-00

² C.S.J. Sal. Cas. Civ. AC2400-2017 19 de abril de 2017

PRIMERO. ACEPTAR el impedimento que invocaron los señores Magistrados Ruth Elena Galvis Vergara y Jorge Eduardo Ferreira Vargas para conocer del proceso de la referencia.

SEGUNDO. RECOMPONER la Sala de Decisión las Magistradas que siguen en el orden alfabético: Doctoras Martha Isabel García Serrano e Hilda González Neira. Por Secretaría Comuníqueseles.

TERCERO. Cumplido lo anterior y ejecutoriada esta determinación ingrésese inmediatamente el expediente al Despacho para resolver lo que en derecho corresponda.

NOTIFÍQUESE,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

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

Mediante providencia del pasado tres de septiembre, esta corporación decretó la suspensión del proceso por prejudicialidad, por haberse acreditado el adelantamiento de una acción de nulidad y restablecimiento del derecho contra las decisiones del 10 de agosto y 13 de septiembre de 2017, emitidas por la Contraloría General de la República, en esencia, porque de prosperar ese mecanismo de control la condena sobre la que se apoyan las pretensiones en esta causa, perdería su validez y eficacia, al paso que la legalidad de los actos administrativos no se puede discutir en este asunto.

En desacuerdo con la determinación, la parte actora interpuso reposición por estimar que no es cierto que la definición de este conflicto penda de lo que se decida en el asunto tramitado ante la jurisdicción contencioso administrativa, por cuanto lo que en este contradictorio lo que se pretende es hacer efectiva la subrogación de la acción que, en principio, tiene a su favor la Fiduciaria Bancolombia, frente a los demás responsables fiscales que no asumieron la proporción que les correspondía y que “desde luego, si se llegara a declarar la nulidad de los actos administrativos, la Contraloría estará llamada a devolver...las sumas que hubieran cancelado”. Además, el demandado Atesa manifestó que no veía inconveniente en que se emitiera sentencia en el proceso.

Para resolver la impugnación plantada es preciso indicar, en primer lugar, que la circunstancia de que uno de los demandados haya expresado su venía para la continuación del juicio no es óbice para que se acceda a la solicitud de suspensión elevada por otro de los convocados, en tanto se cumplan los requisitos que para tal efecto exige la ley. Y esta es precisamente la hipótesis que se actualiza en la medida que, contrariamente a lo alegado, el debate estudiado por esta colegiatura tiene estrecha relación con la temática que se discute en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, siendo su

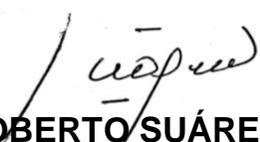
resultado un factor determinante de cara a la decisión que se adopte en este conflicto.

De acuerdo con las peticiones que se proponen en esta causa, la acción de subrogación se origina en el pago que la parte actora realizó respecto de la condena solidariamente impuesta, entre otras, a su asegurada Fiduciaria Bancolombia S.A., Aseo Capital S.A. y Aseo Técnico de la Sabana, razón por la que reclama de estos últimos dos la cuota que, en criterio del demandante, les corresponde desembolsar por esa decisión administrativa. Bajo esta perspectiva, si la fuente del pago, esto es, los actos de la Contraloría General de la República, se declaran nulos, existe un elemento de convicción sólido que afectaría la sentencia a emitirse en este asunto, puesto que, en principio, quedaría sin sustento uno de los requisitos habilitantes para el ejercicio del mecanismo implementado, relacionado con la validez del pago efectuado por la aseguradora, fluyendo talanquera a la habilitación legal para el recaudo de las sumas exoradas en esta causa, en tanto carezca de legalidad el soporte de la obligación –acto de la administración–.

Bajo el orden de ideas que se trae, el margen de que en aquel medio de control se pidiera el reembolso, por parte de la Contraloría, de las sumas pagadas con motivo de los actos administrativos, ese punto específico no afecta la discusión relacionada con los presupuestos legales para acudir por la vía subrogatoria desarrollada ante los jueces civiles, ni tampoco extingue el lazo que existe entre la decisión que en el contencioso se adopte y la que en este contradictorio se emita.

Por consiguiente, la Sala Unitaria de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá **NO REPONE** el auto censurado.

Notifíquese


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Rad. N° 11001 31 03 035 2011 00497 01

Tomando en consideración el artículo 8° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio de 2020¹, y conforme a lo dispuesto en los artículos 3°, 103 y 107, párrafo 1° del Código General del Proceso, se señala la hora de las **8:30 a.m.** del **1° de octubre de 2020**, para adelantar la audiencia de sustentación y fallo de que trata el artículo 327 del mismo compendio normativo, la cual se realizará a través del servicio de audiencias virtuales y sobre lo cual se les informará oportunamente a los abogados.

En firme el presente proveído ingrese a Despacho para continuar con su trámite.

Notifíquese y Cúmplase²,

Firmado Por:

ADRIANA AYALA PULGARIN

MAGISTRADO

MAGISTRADO - TRIBUNAL 017 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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: **71f0bca7ec5d299d861b0d394d9a1077fe13121f2b48c485145de16d82b467da**

Documento generado en 17/09/2020 03:42:56 p.m.

¹ Emitido por la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura y "Por medio del cual se adoptan medidas para el levantamiento de los términos judiciales y se dictan otras disposiciones por motivos de salubridad pública y fuerza mayor".

² Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/14>

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103037 2017 00386 01
Proceso: Verbal
Demandantes: Cooperativa Multiactiva de Producción,
Prestación de Servicios e Integración
Siglo XXI - Coopinsi y Roque Miguel
Rodríguez Rodríguez
Demandados: Sindicato Nacional de Trabajadores de
la Industria Colombiana de Llantas –
Sintraincollantas en liquidación, Mery
Gómez Castro y Jorge Martínez Galvis
Asunto: Recurso de Súplica

Discutido y Aprobado en Sala Dual de Decisión del 11 de
septiembre de 2020. Acta 34.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Pronunciarse sobre el recurso de súplica interpuesto por el
apoderado judicial de la parte actora contra la providencia calendada

22 de julio de 2020, proferida por la Magistrada Ponente Nubia Esperanza Sabogal Varón, dentro del proceso **VERBAL** promovido por la **COOPERATIVA MULTIACTIVA DE PRODUCCIÓN PRESTACIÓN DE SERVICIOS E INTEGRACIÓN SIGLO XXI - COOPINSI** y **ROQUE MIGUEL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** contra el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA COLOMBIANA DE LLANTAS –SINTRAINCOLLANTAS EN LIQUIDACIÓN, MERY CONSUELO GÓMEZ CASTRO Y JORGE ANDRÉS MARTÍNEZ GALVIS.**

3. ANTECEDENTES

3.1. El pronunciamiento objeto de censura, es aquel mediante el cual la Funcionaria rechazó de plano la solicitud de nulidad.

3.2. El mandatario del extremo demandante formuló recurso de súplica. Insistió en que existe una indebida representación por parte de la señora Claudia Marcela Mora Castañeda para actuar como vocera del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Colombiana de Llantas –Sintraincollantas, porque no se encontraba inscrita en la lista de auxiliares de la justicia el día de su nombramiento y posesión ante el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo informó la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura.

Agregó que sus representados se encuentran legitimados para plantear la aludida invalidez, dado que pueden verse perjudicados con el proceder de la liquidadora, pues ésta ha pagado obligaciones laborales y algunas derivadas de conciliaciones sin soporte alguno, suscribió escrituras públicas, aun cuando en el artículo 53 de los Estatutos de Sintraincollantas se estipuló que a ella le correspondía adjudicar a la cooperativa promotora el excedente de los activos, luego de sufragar las deudas y efectuar los reembolsos.

Por último, expuso que la indebida representación alegada si es un hecho nuevo, por cuanto solo se enteró de ello el 6 de marzo pasado, fecha cercana si se tiene en cuenta la suspensión de términos judiciales con ocasión de la emergencia social, económica y sanitaria decretada por el gobierno.

3.3. La apoderada judicial de la convocada Mery Consuelo Gómez Castro, replicó que sus contenedores no están facultados para proponer la nulidad esbozada, en tanto que si no cuentan “...*con legitimación para incoar el proceso..., menos lo tendrá[n] para incoar el vicio de invalidación...*”. Añadió que tal pedimento carece de soporte fáctico y jurídico.

4. CONSIDERACIONES

Correspondería desatar el recurso de súplica planteado por el apoderado de los actores frente al proveído de 22 de julio anterior, mediante el cual la Magistrada sustanciadora rechazó de plano la solicitud de nulidad formulada con soporte en la indebida representación de Claudia Marcela Mora Castañeda para actuar como vocera del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Industria Colombiana de Llantas en liquidación – demandado-, de no ser porque se advierte que es inviable decidir el memorado medio de impugnación, por las razones que pasan a expresarse.

De conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso, la competencia en segunda instancia, se circunscribe a dirimir el pronunciamiento objeto de apelación, condenar en costas y ordenar copias. Vale decir, la solicitud de invalidez del mandatario del extremo actor, ni siquiera debió tenerse en consideración.

Al efecto, la normatividad en cita es imperativa al establecer: “...[e]n el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el

de recusación. **Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia...**”. Norma que en palabras de la honorable Corte Suprema de Justicia, “...**habilita a los contendores para que esgriman, ante el juez de segunda instancia, las circunstancias que constituyan causal invalidatoria de la actuación, limitada tal posibilidad, eso sí, a que se formule, oralmente, en la audiencia de sustentación y fallo...**”¹ negrillas fuera del texto original-.

Lo anterior claramente no aconteció; y, aun cuando los proponentes hubieran argüido que el encausado Roque Rodríguez solo se enteró de la indebida representación hasta el 6 de marzo último², ello no constituye una circunstancia originada en la sentencia, para ser plausible alegarse con posterioridad a ella. -artículo 134 Código General del Proceso.

En consecuencia, como la competencia del Tribunal se agota cuando se resuelve sobre el recurso de alzada o lo que de él se desprenda, en el *sub-examine*, se encontraba *ad portas* de culminar con la ejecutoria del pronunciamiento frente al recurso de queja incoado por haberse negado la casación formulada.

En este escenario de cosas, no es dable desatar la súplica planteada contra lo decidido respecto del pedimento de nulidad planteado.

5. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**,

¹ Corte Suprema de Justicia. STC3213-2018 de 7 de marzo de 2018, expediente 11001-02-03-000-2018-00009-00. Magistrado Ponente Doctor Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo

² Como lo refrenda el folio 127, archivo denominado cuaderno No. 06 Tribunal Corte Suprema de Justicia. 15 de julio de 2008, expediente 11001-0203-000-2007-00037-00, reiterada SC018-2018 de 29 de enero de 2018, expediente 11001-02-03-000-2014-02700-00. Magistrado Ponente Doctor Álvaro Fernando García Restrepo. Folios 118 a 121 cuaderno No. 06 Tribunal.

RESUELVE:

5.1. ABSTENERSE de dirimir el recurso de súplica planteado.

5.2. ORDENAR que en firme esta decisión, regresen las diligencias a la Magistrada Ponente para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada


ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veinte (2020).

*REF: ORDINARIO de CODENSA S.A. ESP contra
TELTRONIC ANDINA LTDA. Exp. 2005-00040-03.*

*Los suscritos magistrados nos **DECLARAMOS IMPEDIDOS** para formar parte de la Sala de Decisión en el asunto en referencia, de conformidad con las causales de impedimento consagradas en los numerales 2° en concordancia con el 12 del artículo 141 del Código General del Proceso, dada su conexidad en el caso considerado, pues fungimos como jueces de segunda instancia de la sentencia dictada en el proceso No. 2005-00080 el 24 de septiembre de 2012, adelantado entre los aquí contendientes y en el que participó como actor Teltronic Andina Ltda. En esa ocasión se accionó para que se declarara la existencia de un contrato y la indemnización por incumplimiento de la convocada a la Litis y, en efecto, al resolverse esa contienda se accedió a lo primero reclamado, empero no se dispuso resarcimiento alguno en razón a que la firma convocante no era contratante cumplida; ahora, en la nueva demanda, la Sociedad Codensa S.A. solicita la resolución de ese pacto contractual por no honrar Teltronic Andina Ltda. las obligaciones a su cargo. Puestas así las cosas, es evidente advertir que los suscritos en oportunidad pretérita ya nos pronunciamos sobre esa temática, aspecto que de nuevo se reclama.*

Así las cosas, pese a que quienes suscribimos esta providencia no hemos conocido del presente proceso (2005-00040), verificamos que el tema sobre el que recae la apelación aquí interpuesta tiene que ver con el mismo convenio celebrado entre las reseñadas partes y, particularmente, frente al acatamiento de las obligaciones allí estipuladas.

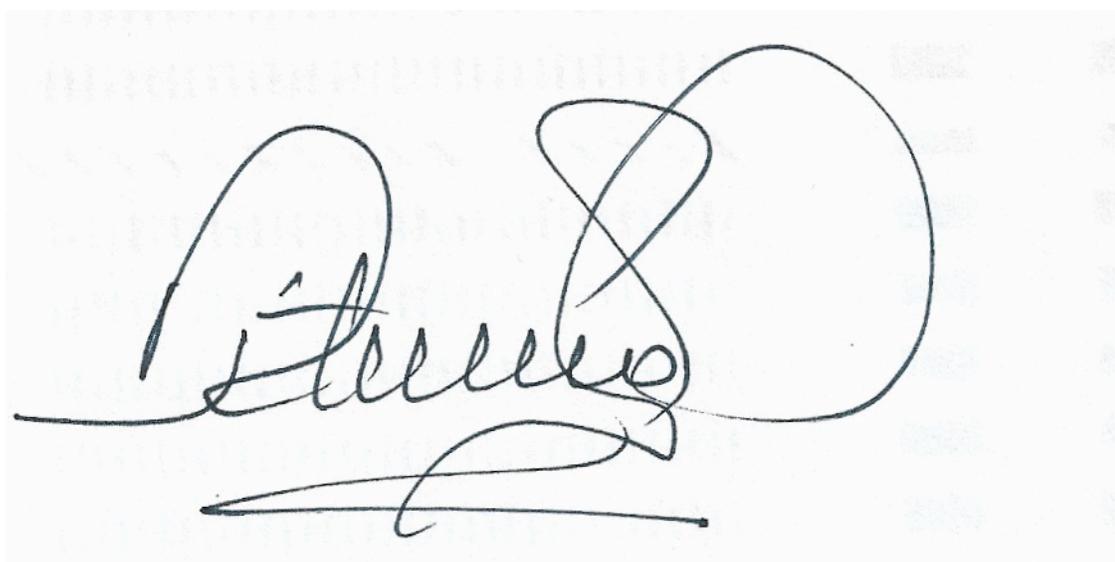
En tal sentido, conviene destacar que: “La jurisprudencia constitucional le ha reconocido a la noción de imparcialidad, una doble dimensión: (i) subjetiva, esto es, relacionada con “la probidad y la independencia del juez, de manera que éste no se incline intencionadamente para favorecer o perjudicar a alguno de los sujetos procesales, o hacia uno de los aspectos en debate, debiendo declararse impedido, o ser recusado, si se encuentra dentro de cualquiera de las causales previstas al efecto”; y (ii) una dimensión objetiva, “esto es, sin contacto anterior con el thema decidendi, “de

modo que se ofrezcan las garantías suficientes, desde un punto de vista funcional y orgánico, para excluir cualquier duda razonable al respecto''. 2
(negrita intencional)

CÚMPLASE.



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
MAGISTRADA

República de Colombia



Tribunal Superior
Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil

Magistrada Ponente
NUBIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN

Bogotá D.C., catorce (14) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Discutido en Salas de Decisión Virtual celebradas el 17 de julio, 28 de agosto y 11 de septiembre de 2020, siendo aprobado en la última sesión.

Ref.: Exp. 11001-30-030-31-2011-00324-02

Se decide el recurso de apelación interpuesto por ambas partes frente a la sentencia dictada el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso de responsabilidad civil promovido por Alexander Rodríguez Flórez contra Constructora Parque Central S.A. y S.I. Sistema Integral Inmobiliario S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Las pretensiones y el sustento fáctico.

El actor instauró demanda de responsabilidad civil extracontractual contra las entidades convocadas para reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos, en razón de las imperfecciones presentadas en un apartamento construido por aquéllas; en consecuencia, pidió condenar a sus contendoras a indemnizarle los perjuicios materiales irrogados, en la modalidad de daño emergente (consolidado: \$215.154.675.00 y futuro: \$4.140.000.00) y lucro cesante (consolidado: 157.868.462.00), como también los

extrapatrimoniales (morales: 50S.M.L.M.V.; daño a la vida de relación: 25 S.M.L.M.V.), debidamente indexada la condena impuesta por el agravio material.

Fundó tales súplicas en la situación fáctica que se sintetiza, así:

1. El 9 de marzo de 2007, la Constructora Parque Central S.A. presentó a S.I. Sistema Integral Inmobiliario S.A. una oferta mercantil para la construcción del Proyecto Inmobiliario Plaza 39, la cual fue aceptada mediante la orden de servicio P39-028-07.

2. En la cláusula primera de la oferta se estipuló que el destinatario se obligaría para con el oferente a entregar los estudios técnicos, arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos, telefónicos y de ventilación, así como todos los diseños necesarios para la ejecución total de la construcción del proyecto Plaza 39.

3. El 20 de octubre de 2008, el señor Alexander Rodríguez Flórez compró a Hernando Cardozo Luna y Catalina Cardozo Ordoñez el apartamento 325, con su respectivo depósito y garaje, del Proyecto Plaza 39 Propiedad Horizontal, ubicado en la calle 39 N° 7-40 de la ciudad de Bogotá, por el precio de \$197.000.000.

4. La entrega del inmueble se efectuó el 4 de septiembre del mismo año, según consta en la respectiva acta de entrega.

5. Sin haberse cumplido un mes de la entrega, se presentaron filtraciones en el techo, las cuales ocasionaron daños en la alfombra, el gimnasio y la alcoba principal. Esta situación fue informada de inmediato a S.I. Sistema Integral Inmobiliario.

6. Mediante comunicado del 5 de noviembre de 2008, Sistema Integral Inmobiliario S.A., por conducto del arquitecto David Sanjuán, reconoció las filtraciones de la placa superior del inmueble y los daños ocasionados a los bienes del señor Rodríguez, manifestando que procedería a corregir la impermeabilización y a retirar y reinstalar el acabado del piso.

7. S.I. Sistema Integral Inmobiliario S.A. se demoró cinco meses en realizar obras superficiales, tales como aplicación de resanes y pintura en los lugares que presentaban filtraciones, las cuales no resolvieron el problema.

8. Las labores estéticas efectuadas por Sistema Integral Inmobiliario fueron insuficientes, por lo que el propietario del apartamento informó a la empresa sobre la existencia de grietas, manchas, filtraciones y humedad.

9. Sistema Integral volvió a ejecutar obras superficiales sin resolver el problema de filtración en la placa superior, razón por la cual el 16 de octubre de 2009 el dueño del inmueble la requirió nuevamente para que realizara una reparación definitiva.

10. Una vez más, la sociedad constructora hizo reparaciones meramente estéticas, sin ejecutar las medidas requeridas para poner fin a los problemas de filtración.

11. Como consecuencia de lo anterior, se produjo un gran represamiento de agua en el techo de la habitación, al punto de amenazar con romper la placa, viéndose el propietario del apartamento obligado a taladrar orificios para propiciar la caída del líquido, todo lo cual generó un escenario decadente y nocivo para la salud de los residentes.

12. Luego de cuatro intervenciones superficiales en la placa superior del apartamento por parte de Sistema Integral Inmobiliario, el 15 de abril de 2008 el comprador volvió a informar a esa entidad acerca de las deficiencias de construcción que seguían generando filtraciones y le ocasionaban daños patrimoniales y extrapatrimoniales.

13. El 18 de mayo la sociedad le manifestó: *“La placa superior de la habitación presenta marcas de filtración en un área aproximada de 1.50 m² y perforaciones de taladro (...) El muro blanco contiguo presenta marcas de humedad (...) La placa superior del estudio presenta una mancha en un área aproximada de 40*

cm² y unas manchas de agua que rodaron por la pared posterior, lo cual indica que puede haber alguna filtración”.

14. Por cuanto el propietario realizó modificaciones en el inmueble, la empresa solicitó el concepto de un experto para que informara sobre la posible incidencia de tales obras en el problema de filtración, frente a lo cual el profesional contratado refirió: *“(...) el izaje y la ejecución de la obra en el sistema que está propuesto no tiene afectación estructural sobre el sistema estructural actual en el que se encuentra edificada dicha construcción. Además los cielos rasos y muros falsos que se instalarán en dicho apartamento no generan mayor peso a dicha estructura, por ser un sistema de obra liviano y de fácil ejecución”.*

15. En concepto técnico del 29 de noviembre de 2010 se indicó:

- En el primer nivel (piso 3) se hallaron humedades en la totalidad de los antepechos y dinteles de las ventanas, estas humedades comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura, siendo más notorio en los antepechos, pues los guarda escobas de madera también se encuentran afectados y han comenzado a presentar hongos lo cual es un signo de inicio de pudrición.

- En el segundo nivel además de las humedades que se presentan en las ventanas (dinteles y antepechos), que también comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura y guarda escobas de madera, existen además filtraciones de agua proveniente de la terraza que sirve como cubierta al apartamento.

- Estas filtraciones han generado un grave deterioro de los cielos rasos de la alcoba principal y área del estar, con sus respectivas consecuencias en los acabados de muros en los que la pintura se encuentra en mal estado así como los pisos de madera.

- Por lo anterior, hace que el apartamento en este momento no se encuentre en condiciones de habitabilidad, pues esta condición ha hecho que se tengan que abandonar los espacios de la alcoba y el estar del segundo nivel, quedando reducido el espacio del apartamento a la sala comedor del primer nivel.

16. Con relación a la filtración de agua de la terraza de la cubierta, el aludido concepto indicó:

- No se realizaron las pendientes convenientes para encausar el agua hacia los sifones de piso, lo que podría estar generando represamientos en distintas áreas de la terraza que posteriormente se filtra hacia el interior del apartamento.

- Los sifones de piso no fueron sellados convenientemente, dejando espacios entre la pared externa del sifón de PVC y el concreto de la torta superior del entrepiso.

- La placa de contrapiso en la terraza no fue impermeabilizada de forma conveniente, ya sea porque no se utilizaron productos de buena calidad como mantos, (fiber glas) o porque hubo descuido de los operarios en el momento de la ejecución de los trabajos, lo que ha generado esta situación.

- La filtración de agua por la terraza de la cubierta está ocasionando la oxidación de los aceros de la torta superior e inferior como las viguetas, lo que podría estar comprometiendo la estabilidad de la construcción.

17. En lo que respecta a las intervenciones realizadas por S.I. Sistema Integral Inmobiliario, en el referido concepto se concluyó: *“Sus acciones se han limitado a la aparición de silicona alrededor de los marcos de las ventanas y a resanar el cielo raso con estuco y pintura, y últimamente a la aplicación de pasta bituminosa por la parte de debajo de la placa, sin profundizar en las verdaderas causas del problema”.*

18. El 27 de abril de 2011 el señor Alexander Rodríguez informó a Sistema Integral Inmobiliario acerca del incremento de las filtraciones y afectaciones, esperando una solución efectiva y definitiva para poder descansar, habitar dignamente y disfrutar el inmueble adquirido.

19. A la fecha de presentación de la demanda las deficiencias en la construcción no habían sido reparadas, encontrándose el apartamento en condiciones inhabitables, inseguras e insalubres que afectan la integridad psicofísica de su propietario y su menor hijo.

2. Las contestaciones de la demanda.

2.1. La demandada constructora Parque Central S.A. se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación de responder, los posibles defectos no amenazan ruina ni son de tal condición que impidan la finalidad del inmueble, y “exoneración de responsabilidad”. [Folio 332]

2.2. Sistema Integral actuó de similar manera, formulando las defensas de falta de legitimación por pasiva, ausencia del derecho reclamado, prescripción, inexistencia de perjuicio, culpa de la víctima y hecho de un tercero. [Folio 325]

3. La sentencia de primera instancia.

Declaró la responsabilidad civil y solidaria reclamada por el actor frente a las convocadas y tuvo por infundadas las excepciones por ellas propuestas, salvo las tituladas “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “ausencia del derecho reclamado”, “prescripción”, “inexistencia de perjuicio”, “culpa de la víctima” y “el hecho de un tercero”; en consecuencia, las condenó a resarcir a su contendor el daño emergente irrogado, en cuantía de \$2.827.153.00 y negó la indemnización ambicionada de los demás perjuicios.

Esas determinaciones las adoptó soportada, en lo medular, en las consideraciones siguientes:

El demandante está legitimado en la causa por ser el propietario del apartamento en cuestión, como lo acreditó con la escritura pública y el respectivo certificado de libertad; además, aunque compró el bien a unos terceros - Hernando y Catalina Cardozo-, ello no lo deslegitima para ejercer la acción, según lo asentó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 26 de julio de 2019.

Las accionadas también están habilitadas para resistir la acción, en virtud de ostentar la condición de gerente del proyecto y constructora del mismo, conforme lo evidencia la oferta, el acta de entrega y lo corroboró el ingeniero Ángel David Sanjuan en su declaración.

La responsabilidad del constructor está regida por el artículo 2060 - numeral 3º- del Civil y, en el caso concreto, si bien existió un contrato de administración delegada entre las codemandadas, existe solidaridad entre ellas, de acuerdo con la citada jurisprudencia.

Los elementos de la responsabilidad analizada están probados, habida cuenta que los registros fotográficos, videos y experticias muestran el daño alegado; los correos electrónicos, el acta de entrega, el dictamen pericial, los conceptos técnicos evidencian la culpa como también el nexo causal, más no acreditan una causa extraña (culpa víctima ni hecho de un tercero) que provoca la ruptura de aquel.

No hay prueba del perjuicio causado, excepto del daño emergente ya que fueron aportados diferentes recibos que soportan los gastos en que el demandante incurrió por la compra de materiales de construcción para la época en que se presentaron las filtraciones, cuyo costo ascendió a \$2.827.153.00.

4. La apelación del fallo.

La sentencia fue impugnada tanto por el demandante como por las demandadas.

4.1. El actor se mostró inconforme con la tasación de los perjuicios pues, según su parecer, en el expediente hay prueba de las erogaciones dinerarias que sufragó por la falta de idoneidad y calidad del inmueble. De igual modo, estimó que se demostró la consolidación de un lucro cesante por valor de \$157.868.462, correspondiente a las pérdidas económicas que sufrió al no poder habitar tranquilamente el apartamento.

Con relación al daño moral y a la vida en relación, indicó que no pueden determinarse por pruebas directas, pues solo son susceptibles de valoración mediante el *arbitrium iudicis*, tal como lo ha explicado la jurisprudencia.

4.2. Ambas demandadas limitaron sus reparos concretos en similares razones, las cuales pueden resumirse en los siguientes puntos:

- No hay legitimación en la causa por pasiva porque no fueron quienes celebraron el contrato de compraventa del inmueble con el demandante.

- El artículo 2350 del Código Civil trata sobre los daños ocasionados por la ruina de un edificio, pero esa norma no rige el caso en estudio porque se trata de una obra nueva y no de una edificación que amenace desplomarse por falta de cuidados o vicios de construcción.

- La acción aplicable era la redhibitoria del contrato de compraventa por los vicios ocultos de la cosa vendida, la cual prescribe en un año contado desde la entrega real del inmueble. Como la demanda se presentó más de dos años después de haber sido entregado el inmueble al demandante, la acción se encuentra prescrita.

- No se probaron los elementos de la responsabilidad reclamada y, en todo caso, no se demostraron los perjuicios señalados por el actor.

II. CONSIDERACIONES

Agotada la etapa de sustentación del recurso de apelación y al no existir vicios que configuren nulidades, es procedente definir la segunda instancia mediante sentencia de mérito, para cuya labor esta sede resolverá sin limitaciones, como lo ordena el inciso segundo del artículo 328 del Código General del Proceso, dado que ambas partes apelaron.

1. El tipo de acción que rige el caso.

La acertada calificación del instituto jurídico que regula la controversia es indispensable porque de ella depende la selección de los elementos estructurales que deberán ser demostrados para la prosperidad de las pretensiones o, en su defecto, de las respectivas excepciones.

Para poder delimitar el tema de la prueba y abordar los supuestos fácticos de la prescripción y de la legitimación en la causa hay que establecer previamente cuál es la acción sustancial sobre la cual versa el litigio, pues la responsabilidad contractual y la extracontractual tienen términos extintivos diferentes, y la legitimación que emana de cada una de ellas involucra a sujetos distintos.

Así fue reiterado recientemente por la jurisprudencia, al precisar que en virtud del postulado de la prohibición de opción ni las partes ni el juez pueden adecuar la controversia al tipo de responsabilidad que se les antoje, porque nuestro ordenamiento de derecho privado estatuye una innegable división de regímenes que no puede desconocerse bajo ningún pretexto, toda vez que ello conduciría a derogar todas las previsiones alusivas al régimen de los contratos, vulneraría la autonomía de la voluntad de las personas y socavaría la imperatividad de las normas que integran el subsistema de la responsabilidad por los delitos y las culpas.

En el régimen contractual, *«la obligación emana de un vínculo jurídico de carácter particular y concreto conformado previamente por los contratantes. La fuerza de ley que tiene el contrato ata a los contratantes, por lo que esa relación sustancial no puede ser desconocida mediante la invocación de las normas de carácter general, impersonal y abstracto que conforman el régimen de la responsabilidad extracontractual. (...) De no ser por la prohibición de elección entre uno u otro régimen se destruiría la fuerza vinculatoria de los contratos privados, con lo que el artículo 1602 del Código Civil pasaría a ser letra muerta»*.¹

¹ *Ibidem*

De igual modo, «la forma de indemnizar los daños en uno u otro régimen es completamente distinta, por lo que ni los contratantes pueden incumplir el vínculo particular que los ata cuando han prefigurado el alcance y los límites de esa indemnización, en caso de que ello sea jurídicamente admisible; ni los miembros de la relación jurídica-sustancial de carácter extracontractual pueden limitar su responsabilidad aduciendo causales eximentes de tipo contractual que carecen de fuerza vinculante frente a las previsiones legales imperativas. (...) La prohibición de opción entre ambos regímenes está justificada por la imposibilidad de limitar o extender el alcance de la indemnización cuando ello está proscrito por las normas del régimen general de la responsabilidad extracontractual, pero también por la imposibilidad de desconocer la fuerza obligatoria del contrato cuando no hay ley que lo impida».²

La anterior distinción, claro está, se impone para las situaciones en las cuales la clasificación de la acción dentro de uno u otro régimen no ofrece dificultades:

«En el nivel de diferenciación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual hay casos de fácil caracterización. El incumplimiento de un contrato de compraventa no tendría por qué ser clasificado dentro del régimen general de la responsabilidad extracontractual. Y las lesiones sufridas por un peatón que es atropellado por un vehículo automotor no tendrían por qué ser clasificadas dentro del régimen de los contratos. En esos casos la elección entre uno u otro instituto no plantea dificultades pues la diferenciación se capta a simple vista.

*(...) En el momento en que no es posible hacer esta identificación y diferenciación porque el caso concreto plantea características que desbordan a uno u otro régimen, se impone la necesidad de prescindir de esa distinción para entrar a caracterizar el instituto jurídico particular, que no forma parte de uno u otro régimen pero tampoco puede ser una mezcla o confusión de ambos».*³

Es innegable que la creciente complejidad de la realidad social rebasa las clasificaciones previstas originalmente por un legislador que sólo pudo vislumbrar las situaciones que se daban en su entorno social. Por ello, cuando no es posible encuadrar la solución del caso en uno u otro régimen de responsabilidad, la controversia debe resolverse atendiendo los rasgos

² Ibid.

³ Ibid.

particulares delimitados por las normas que describen los supuestos de hecho en los cuales se sustentan las pretensiones.

Así ocurre en el caso materia de análisis, el cual se rige por disposiciones específicas que impiden circunscribir el debate jurídico exclusivamente en uno de los regímenes tradicionales de la responsabilidad, pues al respecto la jurisprudencia ha señalado que es indiferente la fuente obligacional que vincula a los empresarios de la construcción con los propietarios de las viviendas que sufren daños o averías por defectos de la edificación.

2. La responsabilidad por ruina o defectos de construcción de edificios.

«En el derecho romano –explica TRIGO REPRESAS–, el vecino de un edificio que amenazara derrumbarse tenía derecho de exigir del propietario de éste la cautio damni infecti, en cuya virtud el dueño del edificio ruinoso debía asegurar el pago de los daños y perjuicios de su caída si ésta se produjese, y emplazado a otorgarla, si no la daba se le entregaba al presunto perjudicado la posesión de la cosa que amenazaba producir el daño». Se trataba de una acción con una doble finalidad: prevenir el daño posible por la ruina de un edificio y asegurar el resarcimiento de ese daño una vez producido.⁴

Las legislaciones del siglo XIX no prohicieron esa acción, pues entregar al perjudicado la posesión de la cosa amenazante de ruina era una solución excesiva y alejada de los principios inspiradores de las codificaciones modernas. En su lugar, se establecieron acciones de carácter policivo, encaminadas a prevenir los daños que los edificios, casas y templos pudieren causar a sus vecinos o a los peatones por el deterioro que el transcurrir del tiempo haya causado en su estructura; y otras acciones de naturaleza indemnizatoria.

Nuestro ordenamiento jurídico consagró una acción posesoria especial (artículo 988 del Código Civil) de carácter policivo para conminar al dueño del edificio ruinoso a demolerlo o repararlo, dependiendo de su estado de deterioro. De igual modo, el artículo 8 del Decreto 1469 de 2010 (compilado por el Decreto

⁴ Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2008. 469.

1077 de 2015) impone a los alcaldes la obligación de declarar, de oficio o a petición de parte, el estado de ruina de la edificación y ordenar su demolición parcial o total.

Adicionalmente, procede la acción para la protección de los derechos colectivos reconocidos en los literales l) y m) del artículo 4° de la Ley 472 de 1998, correspondientes a los de «*seguridad y prevención de desastres previsibles técnicamente*», y la obligación de realizar «*las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada, y dando prevalencia al beneficio de la calidad de vida de los habitantes*», procurando la adopción de las medidas pertinentes.

Asimismo, la ley sustancial civil estableció dos acciones de responsabilidad patrimonial contra el dueño del edificio para obtener el pago de los perjuicios que ocasione su ruina: la primera de ellas (artículo 2350) por haber omitido las reparaciones necesarias o por haber faltado al cuidado de un padre de familia; y la segunda (artículo 2351) si la ruina del edificio proviene de un vicio de construcción, caso en el cual la norma remite a la responsabilidad prescrita en la regla 3ª del artículo 2060.

La situación prevista en el artículo 2350 no es más que un tipo casuista de responsabilidad por culpa, pues exige que los daños se hayan ocasionado por negligencia u omisión del dueño en la realización de las reparaciones necesarias, o por haber faltado a sus deberes de cuidado. Si no existiese esa norma, de todas maneras, el caso se enmarcaría indiferentemente en las situaciones generales reguladas por el artículo 2341.

En cambio, la responsabilidad señalada en el artículo 2351 prescinde del elemento subjetivo, toda vez que remite directamente a las obligaciones emanadas del incumplimiento del contrato de confección de obra, las cuales, por pertenecer al régimen contractual tradicional, son eminentemente de resultado, tal como lo previene la regla pertinente:

«Si el edificio perece o amenaza ruina, en todo o parte, en los diez años subsiguientes a su entrega, por vicio de la construcción, o por vicio del suelo que el

empresario o las personas empleadas por él hayan debido conocer en razón de su oficio, o por vicio de los materiales, será responsable el empresario; si los materiales han sido suministrados por el dueño, no habrá lugar a la responsabilidad del empresario sino en conformidad al artículo 2057 inciso final».

En ninguna parte de la citada disposición se requiere la prueba de la violación de los deberes de cuidado por parte del empresario de la construcción. Basta, para la configuración de esta responsabilidad, que el constructor o sus empleados hayan tenido el deber de conocer los vicios en razón de su profesión.

En ambos casos, el ingrediente normativo definitorio es la ruina total o parcial de la construcción, lo que conduciría a pensar que no es cualquier daño menor el que amerita el ejercicio de tales acciones sino, únicamente, un deterioro de graves proporciones que torne inminente su desplome o destrucción y ponga en grave peligro las vidas humanas. Así se desprende de las definiciones que ofrece el artículo 2.2.6.7.1.1.2. del Decreto 1077 de 2015:

«1. Edificio en ruina: Es el colapso total o parcial de una edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, como consecuencia de fallas en los materiales, el diseño estructural, estudio geotécnico, construcción de la cimentación y/o construcción de la estructura, que impide su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas.

2. Amenaza de ruina: Es el deterioro, defecto o deficiencia de la edificación, entendida como unidad estructuralmente independiente, como consecuencia de fallas en los materiales, el diseño estructural, estudio geotécnico, construcción de la cimentación y/o construcción de la estructura, que impide su habitabilidad u ocupación debido al riesgo de pérdida de vidas humanas».

La doctrina, sin embargo, ha aclarado que las acciones consagradas en el régimen de responsabilidad extracontractual por los daños ocasionados por las averías de un edificio no sólo son aplicables a los estados de “ruina” en sentido estricto, sino que también son extensibles a situaciones de menor gravedad que de otro modo quedarían sin tutela judicial por ausencia de norma que las regule.

*«El concepto de ruina no debe identificarse con la destrucción o derrumbamiento en todo o en parte de la construcción, sino que ésta se configura con cualquier alteración o defecto determinante de daño a terceros y el concepto de edificio debe tomarse en sentido amplio, como equivalente a construcción, no requiriéndose que se trate de un edificio de varios pisos o de propiedad horizontal».*⁵

En un sentido similar, con relación a los artículos 2324 y 2003, regla 3ª del Código Civil Chileno (correspondientes a los artículos 2351 y 2060, regla 3ª del estatuto civil colombiano) se ha explicado que *«los daños sufridos a consecuencia de la ruina o defectos de construcción por quien encargó la obra y los que afectan a un vecino o a terceros en general, están sujetos esencialmente al mismo estatuto de responsabilidad».*⁶ (Subrayas por fuera del texto original)

Apuntando a la misma tesis, se ha anotado: *«(...) es esencial que el daño provenga de la caída de los materiales incorporados al edificio, de los materiales que lo forman o constituyen; sólo entonces hay ruina. De ahí que la caída de una teja, de una cornisa, de un balcón, de un trozo de mampostería, de una chimenea o de cualquier otro material incorporado al edificio, por insignificante que sea, constituye una ruina que hace aplicables los artículos 2323 y 2324 [correspondientes a los artículos 2350 y 2351 de la legislación civil nacional]».*⁷

En la misma dirección, apunta la doctrina nacional:

«Los artículos 2060 y 2351 del Código Civil solo hablan de los daños que sean causados por la ruina de una edificación. Queda por resolver el problema de los daños que no provienen de una ruina o la amenaza de ella; tal, por ejemplo, unas escaleras que sin amenazar con derrumbarse presentan un defecto de construcción que las haga inservibles, o que por su causa produzcan daño a terceros. Antes de las modificaciones realizadas por el legislador francés, y ante el mismo problema planteado, la jurisprudencia y la doctrina de aquel país habían resuelto que “en aras de la simplificación, era sin duda preferible considerar que los artículos 1792 y 2270 se aplicaran conjuntamente a todos los trabajos inmobiliarios y a todos los órdenes sin amarrarse a los términos “edificio” y “pérdida” del artículo 1792. Las pérdidas y defectos de todas las obras serían sometidos a las mismas reglas. (...)»

⁵ Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa. Tratado de la responsabilidad civil. Tomo III. Buenos Aires: La Ley, 2008. 469.

⁶ Enrique Barros Bourie. Tratado de responsabilidad extracontractual. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2006. P. 771.

⁷ Arturo Alessandri Rodríguez. De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2011. p. 307.

La ley de 1978, ya citada, zanjó cualquier discusión y hoy día puede decirse que en el derecho francés todo daño proveniente de un vicio de construcción hace responsables a los constructores.

No vemos por qué en el derecho colombiano no pueda hacerse extensiva la garantía a daños diferentes a los de la ruina. La voluntad del legislador al consagrar la garantía decenal es la de obligar a los constructores a edificar en forma adecuada. Piénsese, así mismo, que la mayoría de los defectos de construcción solo se pueden percibir al cabo de los años y, por tanto, prácticamente le es imposible al comprador o al dueño del edificio detectar los defectos de construcción que, en cierta forma, son imperceptibles al momento de la recepción de los trabajos, o durante los primeros meses posteriores a la entrega.

Sin embargo, creemos que el vacío legal no tiene mucha importancia, por cuanto nuestro artículo 2060 habla de que la garantía decenal es aplicable si el edificio “perece o amenaza ruina”. Esto quiere decir que cualquier defecto de construcción que haga eventual la producción de un daño debe considerarse amparado por la norma. Si, por ejemplo, el desnivel de un piso hace que el agua lluvia se precipite sobre una de las habitaciones, la responsabilidad del constructor existirá ante la amenaza de que las aguas lluvias produzcan el deterioro de la construcción interior o de sus accesorios. En conclusión, podemos decir que la garantía decenal de los artículos 2360 y 2351 del Código Civil es aplicable a todos los daños provenientes de un vicio en la construcción, independientemente de que haya ruina».⁸

Tales disposiciones son aplicables, según lo ha precisado la jurisprudencia, a relaciones extracontractuales y contractuales, y legitiman por pasiva tanto a los constructores como a quienes posteriormente comercializan el inmueble:

«El evidente auge de la construcción de inmuebles y la existencia de normas que regulan específicamente su desarrollo así como las obligaciones y parámetros técnicos a seguir, y la especialización de roles al interior de esa actividad que permite identificar sujetos distintos del constructor, tales como promotores inmobiliarios, dueños de la obra, vendedores, gerentes de proyecto, financiadores, arquitectos, ingenieros de suelos, ingenieros calculistas, diseñadores de elementos estructurales y no estructurales, e interventores o supervisores técnicos, entre otros, ha determinado que cuando dichos bienes presenten deficiencias, sean diversas las opciones del adquirente para reclamar su protección en relación con los varios intervinientes.

De ese modo, en relación con el vendedor, el comprador de la vivienda puede denunciar la presencia de vicios ocultos o redhibitorios y perseguir la rescisión de la venta, la disminución proporcional del precio o la indemnización de los perjuicios causados (arts. 1917 y 1918 C.C.), la resolución o rebaja del importe acordado tratándose de compraventa mercantil (arts. 934 y 397 C. Co.).

⁸ Javier Tamayo Jaramillo. Tratado de responsabilidad civil. t. i. Bogotá: Legis, 2011. p. 1368.

Respecto del constructor también puede denunciar el incumplimiento de las normas técnicas especiales relativas a la idoneidad, calidad y seguridad del bien ante las autoridades administrativas competentes para que sean impuestas las sanciones correspondientes, o solicitar la efectividad de la garantías de eficiencia y calidad, cuya protección procura el Estatuto del Consumidor y el artículo 78 de la Constitución Política, que consagra en beneficio del consumidor la exigencia de la «calidad de bienes y servicios».

A los otros sujetos que participan en el proceso constructivo puede atribuirles la obligación de reparar los daños causados con su conducta, la cual es independiente de la que recae sobre la persona que, en definitiva, está a cargo de todo el proceso constructivo, frente a quien, ninguna de esas actuaciones impide perseguir el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por vicios en la construcción, previa declaración de su responsabilidad civil, regulada únicamente por el numeral 3º del artículo 2060 y el canon 2351 del ordenamiento sustantivo de esa especialidad.

(...) si una persona natural o jurídica se encarga de la construcción de bienes raíces y una vez edificados procede a venderlos, él también es responsable en los términos del numeral 3º del artículo 2060, de los daños que se causen al comprador en caso de que la cosa perezca o amenace ruina total o parcialmente en los diez años siguientes a su entrega, siempre que tal situación obedezca a vicios de la construcción, del suelo o de los materiales.

Tal es el caso del demandado, quien luego de construir las unidades habitacionales de la Urbanización Ipanema procedió a su enajenación, por lo que la responsabilidad derivada de la actividad de la construcción, se rige por lo estatuido en esa previsión normativa, de ahí que al concluirse por el sentenciador de la segunda instancia que era esa la llamada a regir la controversia, no incurrió en la transgresión que le endilgó el casacionista por aplicación indebida de dicho precepto».⁹

Asimismo, están legitimados por activa tanto los compradores iniciales del inmueble como los subadquirentes:

«...en lo que respecta al cuestionamiento del censor relacionado con la indebida aplicación de esa misma disposición y la falta de aplicación del artículo 2351 de la ley sustantiva civil frente a la relación jurídica sustancial existente entre el demandado y la actora Norma Graciela Peralta Laiseca, en virtud de su condición de sub adquirente del inmueble, la Sala encuentra que tal desacierto tampoco halló configuración.

-

Si bien el canon 2060 alude a la responsabilidad contractual del constructor y el 2351 a la extracontractual, tipos que difieren según el deber de reparar los daños inferidos provenga del incumplimiento de las obligaciones singulares y concretas adquiridas por razón de su actividad, o dimanen de la transgresión del deber general de

⁹ CSJ SC14426-2016 del 7 de octubre de 2016. Radicación nº 41001-31-03-004-2007-00079-01.

no causar daños a los demás, en este asunto no existía limitación alguna para que la señora Peralta Laiseca encaminara sus pretensiones por la primera de dichas vías.

Lo anterior, porque aunque es cierto que ella no le compró directamente a Marco Tulio Díaz Serrano la casa localizada en la Calle 8C No. 39-64 del conjunto residencial Ipanema, sino que la adquirió por venta que de la misma le hicieron Jairo Polo Salcedo y María Consuelo Díaz, quienes a su vez recibieron el derecho de dominio de Jaime Enrique Duarte Espinel, y él lo obtuvo del constructor, no solo la citada demandante es causahabiente, por acto inter vivos, del primer adquirente, sino que junto con el inmueble éste le transmitió la garantía contractual que, por mandato de la ley, es otorgada por el constructor, consistente en que el bien no perecerá o amenazará ruina dentro de los diez años siguientes a su entrega.

En razón a que la aludida garantía legal está vinculada a la propiedad del inmueble, y el sub adquirente deriva su derecho del propietario inicial, por lo que es causahabiente suyo, el último comprador o dueño actual no puede considerarse un tercero que necesariamente debe demandar por vía extracontractual al constructor, al que, además, se le reclama el resarcimiento, no con fundamento en el deber general de no dañar a otro, sino con sustento en obligaciones particulares y concretas que incumplió al edificar, siendo una sola entonces, la fuente de responsabilidad demandada.

En ese sentido, esta Sala explicó que además de que el artículo 2060 del Código Civil no distingue entre adquirentes directos y sub adquirentes a efectos de reconocer su derecho a reclamar al empresario constructor la indemnización de los daños inferidos con la ruina o perecimiento de la edificación, «se entiende que como esa garantía se activa cuando el edificio pereciere o amenazare ruina, en todo o en parte, en los “diez años subsiguientes a su entrega”, causados por los vicios referidos, la responsabilidad del constructor durante ese lapso sigue siendo la misma, sin consideración a las mutaciones del dominio, puesto que, en últimas, por razones de seguridad se exige que los edificios se construyan con la estabilidad, solidez y la firmeza suficientes para evitar su ruina».

Y agregó el pronunciamiento citado:

Por esto, algunas legislaciones atribuyen a los adquirentes o causahabientes del dueño de la obra, en protección del interés que precisamente tienen en la construcción, lo cual trasciende a la persona misma del contratante, una pretensión autónoma contra el empresario constructor, como se hizo ver en el cargo propuesto. Pero que otras no consagren expresamente esa responsabilidad, como la nuestra, no debe seguirse que no pueda reclamarse, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la ley para el efecto, mucho más frente a hechos sensibles en la actualidad causados por el auge que ha tenido la actividad constructora y su comercialización.

Así que con independencia de otras acciones que pueda ejercitar el actual propietario del inmueble contra su vendedor, no cabe duda que tanto el dueño de la obra como aquél, según sea el caso, pueden beneficiarse de la garantía prevista en el artículo 2060, ordinal 3º del Código Civil, cuando el edificio

perezca o amenace ruina en el término de diez años siguientes a su entrega, por vicios de la construcción, del suelo o de los materiales, porque se trata de una garantía indisoluble y temporalmente ligada al edificio que no desaparece por las enajenaciones que del mismo o parte de él se hagan.

Por lo tanto, como la garantía en cuestión pervive, durante cierto tiempo, al edificio, resulta claro que en el caso de ser vendido, esto igualmente involucra, mientras esté vigente, dicha garantía, pues en caso de activarse, el enajenante no podría hacerla valer por ausencia de interés. Desde luego que exteriorizados los vicios en mención, con incidencia en la estabilidad, solidez y firmeza de la edificación, quien sufriría los daños es el propietario final, de donde absurdo sería no permitirle disfrutar de esa prerrogativa, pese a ser al único que beneficia.

En consecuencia, por tratarse de una garantía legal, que cobija también los eventuales daños a terceros que no deriven ningún derecho del dueño de la obra, causados por la “ruina de una edificación”, pero únicamente cuando provienen de un “vicio de construcción”, que no del suelo ni de los materiales (artículo 2351 del Código Civil), debe seguirse que siempre que se enajene un edificio o parte de él, la garantía en cuestión se transfiere automáticamente, para ser reclamada en el caso de que el edificio pereciere o amenazare ruina.

No se trata, por supuesto, de la transmisión de un derecho, como el de resarcimiento, sujeto a las normas de la cesión, porque para hablar de tal se requiere que la garantía decenal se haya activado, esto es, que el edificio se hubiere derrumbado o concretado la amenaza de ruina, de donde si esto no ha ocurrido en manos del contratante o dueño de la obra, es decir, antes de la enajenación, nada habría que ceder. Tampoco de una subrogación de los derechos de éste contra el empresario constructor, como en alguna parte se insinúa, porque en ese evento se necesita, entre otros requisitos, de la existencia cierta e indiscutida de una obligación y de un tercero que la paga, y esto no es precisamente lo que se predica en el caso (CSJ SC, 5 Jun. 2009, Rad. 1993-08770-01).

De las premisas que anteceden se colige que el juzgador ad quem no erró al aplicar a la solución del litigio el artículo 2060 del ordenamiento civil que versa sobre la responsabilidad contractual del constructor en lugar del artículo 2351 citado en el cargo, como quiera que a la demandante Norma Graciela Peralta Laiseca, en su condición de última adquirente, junto con el dominio del inmueble le fue transmitida la garantía legal consagrada en la primera norma, y por consiguiente, la pretensión de declarar civilmente responsable al constructor, se deducía en los términos de ese precepto».¹⁰

Además de las acciones extracontractuales referenciadas en los párrafos precedentes, el comprador de la vivienda tiene la opción de demandar al vendedor por vía contractual para perseguir la rescisión de la compraventa o la

¹⁰ CSJ SC14426-2016 del 7 de octubre de 2016. Radicación nº 41001-31-03-004-2007-00079-01.

disminución proporcional del precio, según le pareciere, de conformidad con las previsiones de los artículos 1914 a 1917 del Código Civil, con derecho a indemnización de perjuicios cuando el vendedor debía conocer los vicios por razón de su profesión u oficio (artículo 1918). De igual modo, cuenta con la posibilidad de solicitar la resolución del contrato de compraventa en los términos del artículo 1932 del Código Civil y de los artículos 934 y 937 del Código de Comercio.

Finalmente, el comprador del inmueble está amparado por la garantía decenal otorgada por el inciso final del artículo 8 de la ley 1480 de 2011 para reclamar los perjuicios ocasionados por vicios de estabilidad o errores de diseño, fabricación o construcción de la obra, y de un año para solicitar la reparación de los acabados, en virtud de la responsabilidad por productos defectuosos consagrada en el estatuto del consumidor.

3. A partir de una interpretación sistemática de la anterior dispersión normativa y siguiendo los lineamientos esbozados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, se logra concluir que el adquirente de un inmueble cuenta con las siguientes alternativas judiciales para perseguir la indemnización de los daños producidos por defectos de construcción:

3.1. Las acciones contractuales se restringen a las relaciones jurídicas que surgen entre vendedor y comprador, o entre quien encarga la obra y los profesionales o contratistas que las diseñan y ejecutan.

La acción resolutoria persigue deshacer el contrato o conminar a la parte incumplida a que cumpla lo pactado, con la correspondiente indemnización de perjuicios si a ello hubiere lugar.

La acción redhibitoria sólo procede cuando los vicios reúnen las calidades señaladas en el artículo 1915 del Código Civil, entre las cuales sobresale la condición de que el defecto exista al tiempo de la venta, de suerte que la sola probabilidad de su producción posterior al momento en que el riesgo se traslada al adquirente descarta el ejercicio de esta acción.

Se trata, como puede colegirse con facilidad, de acciones extremadamente limitadas tanto en la fuente obligacional de la que emana su ejercicio, como por los sujetos legitimados para promoverlas o para responderlas, las condiciones que las tornan viables, sus consecuencias jurídicas y el término para hacerlas valer.

Pero cuando el comprador no pretende la resolución de la compraventa, ni la rebaja del precio, o se trata de un defecto sobreviniente y no de un vicio oculto de la cosa, o busca que sea el empresario de la construcción (mas no el inmediato vendedor) quien le resarza los perjuicios sufridos por los errores o imperfecciones de la edificación, la ley le otorga una garantía de diez años para la protección de su derecho.

3.2. La garantía decenal con la que cuenta el adquirente del inmueble para reclamar los daños generados por defectos o vicios de construcción posee las siguientes características:

a) Es indiferente si la fuente de la obligación es contractual o extracontractual. Bien sea que se demande con sustento en la regla tercera del artículo 2060 del Código Civil, por remisión expresa del artículo 2351 *ejusdem*; ora por la vía de la responsabilidad por productos defectuosos, estatuido especialmente para amparar los derechos de los consumidores, tales acciones son aplicables indistintamente a relaciones contractuales o extracontractuales.

Según el inciso final del artículo 8° de la Ley 1480 de 2011, *“para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año”*. En ninguna parte la norma circunscribe el beneficio de indemnidad al primer comprador del inmueble. Por el contrario, al tratarse de una acción de largo tiempo, se entiende que la garantía por defectos de construcción se transfiere automáticamente, por virtud de la ley, al adquirente final del edificio o de una parte de él, es decir al consumidor del bien raíz.

Así se desprende de la definición legal de consumidor o usuario: *«Toda persona natural o jurídica que, como destinatario final, adquiera, disfrute o utilice un*

determinado producto, cualquiera que sea su naturaleza para la satisfacción de una necesidad propia, privada, familiar o doméstica y empresarial cuando no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica. Se entenderá incluido en el concepto de consumidor el de usuario». (Numeral 3º del Artículo 5º del Estatuto del Consumidor)

El principio de relatividad de los contratos sufre una erosión evidente en virtud de la relación de consumo, pues *«el consumidor puede ser un tercero ajeno a la compra, que no forma parte del negocio jurídico; sin embargo, bajo esta regulación se le da derecho al tercero que usó el producto a reclamarle a quien no fue su contraparte en un negocio»*.¹¹

En un sentido similar, la responsabilidad derivada de la regla tercera prevista en el artículo 2060 del Código Civil, cobija tanto relaciones contractuales como extracontractuales, tal como lo precisó la jurisprudencia reseñada líneas arriba, estando legitimado para reclamarla el adquirente final del inmueble: *«debe seguirse que siempre que se enajene un edificio o parte de él, la garantía en cuestión se transfiere automáticamente, para ser reclamada en el caso de que el edificio pereciere o amenazare ruina»*.¹²

b) La legitimación para responder por la garantía consagrada en el estatuto del consumidor está radicada, solidariamente, en el productor y el proveedor: *«5. Garantía: Obligación temporal, solidaria a cargo del productor y el proveedor, de responder por el buen estado del producto y la conformidad del mismo con las condiciones de idoneidad, calidad y seguridad legalmente exigibles o las ofrecidas. La garantía legal no tendrá contraprestación adicional al precio del producto»*.

Esta tesis ha sido acogida por la doctrina nacional y comparada, tal como se evidencia en el siguiente extracto: *«Esta acción puede ser presentada contra el fabricante o el vendedor del bien, quienes son solidariamente responsables por las fallas del producto. Desde el punto de vista económico, es válida la solidaridad, ya que los dos obtienen utilidad por la venta del producto, y con su comportamiento crearon el riesgo y de paso obtienen utilidad por ello»*.¹³

¹¹ Mauricio Velandia. Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 349.

¹² CSJ SC, 5 Jun. 2009, Rad. 1993-08770-01.

¹³ Mauricio Velandia. Derecho de la competencia y del consumo. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008. p. 348.

Por su parte, la regla tercera del artículo 2060 del Código Civil llama a responder de los daños generados por defectos en la construcción al *“empresario o las personas empleadas por él que hayan debido conocer”* los vicios de construcción en razón de su oficio, quienes serán solidariamente responsables en los términos del artículo 2344 de la ley sustancial.

Cualquiera sea la alternativa elegida por el demandante para reclamar la indemnización que se viene tratando, están legitimados para responder civilmente el constructor, empresario, promotor inmobiliario, dueño de la obra, vendedor, financiador, arquitecto, ingenieros, diseñadores de elementos estructurales y no estructurales, interventores o supervisores técnicos, y demás partícipes del proceso constructivo, quienes, debido a sus especiales conocimientos profesionales o técnicos, debían estar enterados del vicio o defecto.

Lo anterior no significa que los intervinientes en el proceso constructivo son automáticamente responsables por los daños derivados de los errores de la obra; pues la legitimación en la causa por pasiva sólo indica que los convocados a juicio están facultados para resistir las pretensiones. Si son o no responsables solidarios será una conclusión a deducir del respectivo debate probatorio.

c) La prescripción de la garantía por defectos de construcción es la decenal, pues así lo establecen de manera expresa tanto el artículo 8° del estatuto del consumidor, como la regla 3ª del artículo 2060 del Código Civil. Luego, para los efectos de la prescripción, es indiferente la vía a través de la cual se promueva la demanda.

d) Respecto del tipo de responsabilidad, impera el régimen objetivo con independencia de la opción que se escoja:

Si se trata de la acción judicial de efectividad de la garantía por producto defectuoso, sólo debe demostrarse el daño (consistente en la imposibilidad de satisfacer la necesidad de consumo por los defectos del producto), el hecho generador del mismo (la venta, construcción, fabricación o distribución de un producto defectuoso) y el vínculo causal entre ambos; sin que le sea exigible al

consumidor demostrar la culpa del productor o proveedor, pues éste adquiere para con aquél una obligación de resultado. En tal sentido, el demandado sólo podrá eximirse de responsabilidad si prueba que el defecto del producto se debió a fuerza mayor, caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, no siendo admisible la invocación de su diligencia o cuidado para exonerarse de la obligación de indemnizar.

La solución es la misma si se demanda con base en la tercera regla del artículo 2060 del Código Civil, pues el contrato de confección de obra al que alude la norma es eminentemente de resultado, lo cual excluye la posibilidad de relevar al deudor de responsabilidad con la demostración del cumplimiento de sus deberes de prudencia. De ahí que no es admisible imponerle al actor la carga de probar la culpa de su contraparte.

De este modo han quedado esbozados los rasgos distintivos del tipo de acción instaurada, los cuales sirven de sustento para negar la excepción de prescripción, toda vez que nada le impedía al demandante dirigir sus reclamos por la vía prevista en la tercera regla del artículo 2060 del Código Civil, por remisión expresa del 2351 *ibidem*, cuyo término extintivo es de diez años.

También la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva está llamada al fracaso, pues las dos demandadas admitieron en sus contestaciones haber celebrado el contrato de construcción por el sistema de administración delegada, en razón del cual Parque Central S.A. fungió como constructora y S.I. Sistema Integral Inmobiliario S.A. se comprometió a adelantar los estudios técnicos y diseños arquitectónicos, estructurales, hidráulicos, sanitarios, eléctricos, telefónicos y de ventilación, así como todos los diseños necesarios para la ejecución total de la obra [folio 318]; hecho que fue admitido por las convocadas.

Acerca de la función desempeñada por Sistema Integral, el señor José Antonio Rojas, quien trabajó para esa empresa como técnico administrativo, afirmó que esa entidad era la encargada de comercializar y gerenciar el proyecto inmobiliario. [Folio 275, c. 1]

De manera que no sólo la constructora está legitimada para responder por la obra de su propiedad, sino, también, la empresa que elaboró los diseños y comercializó el proyecto.

4. En lo concerniente a los elementos de la responsabilidad endilgada a los demandados, los mismos obtuvieron debida comprobación en el proceso.

4.1. El defecto de la construcción quedó suficientemente demostrado con los distintos medios de conocimiento allegados a la actuación:

Al respecto, el testigo Luis Hernando Munard Díaz, magister en derecho urbano, quien fuera llamado por el propietario para hacer una evaluación acerca del estado de conservación del inmueble, refirió: *«encontré humedades al interior del apartamento que provenían de la placa de cubierta y de las ventanas del apartamento (...). Las afectaciones continúan, observé que les han hecho algún tipo de tratamiento, pero la situación continúa igual»*. [Folio 259]

En el mismo sentido, el testigo Camilo Alfonso Arévalo Jiménez, arquitecto de profesión y vecino del demandante refirió: *«La construcción del Edificio Plaza 39, hasta donde yo sé, tiene problemas por diferentes aspectos, los más importantes son los acabados de las fachadas y las impermeabilizaciones de las terrazas y cubiertas y el sistema hidráulico de suministro de agua. Estos problemas los conozco desde el 2009 porque fui uno de los afectados por este tipo de problemas en mi apartamento»*.

Con relación a los problemas específicos del apartamento 325 indicó que lo visitó en fecha reciente a su declaración y vio: *«humedades en los techos de la alcoba principal y en los techos que dan sobre el frente de la terraza al Parque Nacional, humedades graves en las ventanas»*. [Folio 265]

Especial valor probatorio tiene el informe de verificación de hechos elaborado por la Secretaría de Hábitat de Bogotá, entidad que a partir de la inspección realizada el 5 de julio de 2010 puntualizó:

«1. En la visita efectuada se pudo constatar que la superficie del acabado de la placa de entepiso, ubicada en la alcoba principal del segundo nivel, registra deterioro por filtraciones que se manifiesta mediante manchas, abombamiento y disgregación del revestimiento, razón por la cual se establece que si bien el informe de verificación de hechos N°11-1480 de 26 de septiembre de 2011, consignó que el referente en mención fue objeto de intervención y en su momento se encontraba subsanado, el registro actual demuestra que el deterioro por filtraciones es evidente, razón por la cual se determina que persiste como una afectación grave.

2. La parte superior del vano de la ventana del hall de circulación, ubicado en el segundo nivel, registra manchas producto de filtraciones que generan deterioro y desprendimiento del acabado.

Para poder establecer el origen de la afectación se verificó la superficie externa que integra la fachada en la cual se evidencian signos de intervención mediante la aplicación de insumos que pretenden mitigar el impacto de filtraciones al interior del inmueble, no obstante, esta intervención no subsanó el inconveniente, razón por la cual se determina que persiste como una afectación grave». [Folio 196]

Coincide con las anteriores probanzas el concepto técnico rendido por el ingeniero Roberto Suárez Betancourt, quien luego de realizar una inspección técnica en el apartamento 325 del Edificio Plaza 39, concluyó:

«La construcción en general presenta varias humedades localizadas en diferentes áreas del apartamento.

En el primer nivel (piso 3) se hallaron humedades en la totalidad de los antepechos y dinteles de las ventanas, estas humedades comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura, siendo más notorio en los antepechos, pues los guarda-escobas de madera también se encuentran afectados y han comenzado a presentar hongos, lo cual es un signo de inicio de pudrición.

En el segundo nivel además de las humedades que se presentan en las ventanas (dinteles y antepechos), que también comprometen los acabados de pañete, estuco y pintura y guarda escobas de madera, existen además filtraciones de agua proveniente de la terraza que sirve como cubierta al apartamento.

Estas filtraciones han generado un grave deterioro físico de los cielos rasos de la alcoba principal y área del estar, con sus respectivas consecuencias en los acabados de muros en los que la pintura se encuentra en mal estado así como los pisos de madera.

Por lo anterior, hace que el apartamento en este momento NO se encuentre en condiciones de habitabilidad, pues esta condición ha hecho que se tengan que abandonar los espacios de la alcoba y el estar del segundo nivel, quedando reducido el espacio del apartamento a la sala comedor del primer nivel». [Folio 84, cuaderno 1]

En concordancia con lo anterior, el arquitecto Jorge Alberto Melo Navarro, quien fue contratado por Sistema Integral para hacer las reparaciones en el apartamento en mención, destacó: *«La primera vez que realicé el trabajo se me contrató como el mantenimiento de esa área que intervine cuando llegué encontré la terraza con hartas fisuras por todas partes; la segunda vez cuando regresé había ya fisuras sobre la media caña y nuevamente se presentaron en la terraza; por esta causa decidí volver a levantar el trabajo y volver a hacerlo»*. [Folio 30]

Las conclusiones que preceden fueron constatadas por el dictamen pericial rendido por el ingeniero Iván Fernando Parrado Granados, quien con relación a los daños conceptuó:

«Según los videos y fotos suministradas por el demandante (...) se observó que las afectaciones que aquejaron el apartamento 325 del Edificio Plaza 39 P.H., fueron una serie de humedades y filtraciones de agua localizadas en diferentes áreas del apartamento, como son:

- En el primer nivel: humedades en la mayor parte de los antepechos y dinteles de las ventanas, las cuales comprometen los acabados de los muros como es el pañete, el estuco y pintura, siendo más notorio sobre los antepechos.

- En el segundo nivel: humedades en la placa de cubierta en el área de la alcoba principal y en la placa de cubierta del estudio, lo que ha repercutido y afectado los acabados de los muros de estas áreas tanto la pintura como el estado de los pisos de madera». [Folio 85]

Las anteriores pruebas se estiman suficientes para tener por acreditado el daño padecido por el demandante como consecuencia de los defectos de construcción.

4.2. En lo que atañe a la relación causal entre el defecto de filtración de aguas lluvias y la conducta de los profesionales de la construcción, no hay que hacer mayores elucubraciones para deducir que si la placa superior del apartamento rezumó la humedad de las precipitaciones fue porque quedó mal construida. Ninguna otra explicación dictan las reglas del arte y de la experiencia, tal como lo corroboraron las siguientes pruebas:

Al ser inquirido por el origen del referido defecto, el testigo Luis Hernando Munard respondió: *«La principal causa es un mal desarrollo de la construcción. Creo*

que faltó haber desarrollado mejor el diseño arquitectónico y cuando éste no se hace de manera holística se cometen fallas por omisión y esto redundará en un mal producto constructivo (...). En la última visita que efectué, observé el mismo deterioro del apartamento por la persistencia de las humedades producto de las filtraciones de agua de la placa que sirve de cubierta al apartamento y de las ventanas. Esto se debe a que no se tuvo en cuenta desde el diseño inicial las características constructivas que fueren eficientes. Entonces, cuando uno observa los vanos de las ventanas, carecen de alfajías, los vanos de las ventanas tienen el desnivel hacia el interior del apartamento, lo que origina un represamiento de agua entre la ventana y el vano». [Folio 260]

Asimismo, el deponente informó sobre la persistencia del daño a pesar de las intervenciones realizadas por una de las demandadas: *«Lo que observé de esas reparaciones es que no están realizadas de manera técnica, lo que hace que se convierta en una solución paliativa o inmediata, pero no llega al fondo de lo que se quiere subsanar». [Folio 260]*

Insistió en que el apartamento no es habitable en las condiciones descritas *«porque el deterioro continúa, y mientras no se acometan acciones reales el problema va a persistir, porque el ambiente y su calidad están enrarecidos por las humedades, porque esas filtraciones de agua de la cubierta pueden tener consecuencias estructurales graves. Si los aceros que conforman la estructura de la cubierta con el concreto se deterioran por el agua, obviamente no van a resistir una solicitud sísmica. Su resistencia se minimizó. (...) preciso en que las condiciones en que se encuentra el apartamento actualmente, las personas que lo habitan presentan riesgo de contraer enfermedades respiratorias porque el ambiente está enrarecido, no es saludable. Uno como arquitecto busca que existan niveles de confort y este apartamento no lo tiene. El apartamento necesita urgentemente una intervención integral que solucione realmente los problemas que tiene, ya que las intervenciones que le han hecho y lo que observé, solo buscan como tranquilizar al propietario y no se da la solución al problema constructivo». [Folio 261-262]*

A su turno, el declarante Camilo Alfonso Arévalo Jiménez, aseveró que halló *«las causas de las humedades en las ventanas, en los marcos inferiores en las ventanas. Porque hay una contrapendiente del antepecho y porque no hay alfajías que hacen la función de goteros para que no haya este tipo de problemas». [Folio 266]*

A la misma conclusión llegó el informe técnico presentado por el ingeniero Roberto Suárez Betancourt:

«Causas del problema. Con respecto a las humedades provenientes de las ventanas, los problemas son:

- Los vanos presentan problemas en su fabricación, las caras laterales se encuentran desplomadas, y en las caras superior e inferior se evidencia que el desnivel se dejó hacia el interior del apartamento, permitiendo el ingreso de agua por debajo de los marcos de la ventanería.

- Adicionalmente la ventanería no se encuentra totalmente descuadrada.

- La ventanería de aluminio contempla están diseñadas con una alfajía del mismo material, el cual no se instaló para estas ventanas.

- Hizo falta resolver en el diseño el detalle constructivo de un elemento arquitectónico que se llama alfajía. Este elemento tiene tres finalidades: uno, alejar el agua de la ventana para evitar que ésta se filtre por debajo del marco; dos, evitar que el agua se escurra por los muros evitando que éstos se manchen; y tres, generar un remate arquitectónico en las ventanas.

Respecto a la filtración de agua por la terraza de cubierta:

- No se realizaron las pendientes convenientes para encausar el agua hacia los sifones del piso, lo que podría estar generando represamientos en distintas áreas de la terraza que posteriormente se filtra hacia el interior del apartamento.

- Los sifones de piso no fueron sellados convenientemente, dejando espacios entre la pared externa del sifón de PVC y el concreto de la torta superior del entrapiso.

- La placa de contra piso en la terraza no fue impermeabilizada de forma conveniente, ya sea porque no se utilizaron productos de buena calidad como mantos (fiber glass) o porque hubo descuido por parte de los operarios en el momento de la ejecución de los trabajos, lo que ha generado esta situación.

La filtración de agua por la terraza de cubierta está ocasionando la oxidación de los aceros de la torta superior e inferior como de las viguetas, lo que podría estar comprometiendo la estabilidad de la construcción.

Notas finales: La constructora ha realizado algunas intervenciones al mencionado inmueble sin que hasta el momento se haya dado una respuesta técnica definitiva que repare los daños físicos y asegure la solución integral del problema. Sus acciones se han limitado a la aplicación de silicona alrededor de los marcos de las ventanas y a resanar el cielo raso con estuco y pintura, y últimamente a la aplicación de pasta bituminosa por la parte de debajo de la placa, sin profundizar en las verdaderas causas del problema». [Folio 87, cuaderno 1]

Por su parte, el arquitecto Jorge Alberto Melo Navarro, con relación al origen de los daños manifestó que fueron *«consecuencia por filtración por cubierta, humedades en techos y obviamente perimetrales en muro porque el agua bajaba a través de los muros, eso en lo que compete a la intervención en la cubierta»*. [Folio 30]

Por último, debe analizarse el concepto del perito Iván Fernando Parrado Granados, quien, debido a la falta de planos aseguró no poder determinar si las afectaciones constructivas tuvieron como origen un error o defecto de diseño: *«Lo único que se puede notar –aseguró– es que debido a algunas fallas constructivas ya sea por omisión o por falta de una interventoría se cayeron en varios errores de construcción y de acabados. (...) Se puede determinar que las afectaciones constructivas que aquejaron el apartamento 325 del Edificio Plaza 39 P.H., tienen como origen un error en la instalación de los materiales empleados más que en la calidad, porque se pueden emplear buenos materiales pero si se instalan de manera inadecuada teniendo en cuenta los desplomes en las ventanas, o la aplicación del impermeabilizante en la terraza del apartamento 524 que sirve como cielo raso del apartamento 325 en su torta superior y la falta de un emboquillamiento adecuado de las tabletas instaladas en la superficie de dicha terraza entre otros, hace que se presenten dichas afectaciones»*. [Folio 85]

4.3. De ese modo han quedado demostrados todos los elementos constitutivos del tipo de acción invocada, sin que sea necesario adentrarse en el análisis del elemento subjetivo de la responsabilidad, pues al versar el artículo 2060 del Código Civil sobre una obligación de resultado, se presume que el incumplimiento de las prestaciones a cargo de las demandadas es atribuible a su negligencia o impericia, pues ninguna otra explicación razonable puede darse al hecho de haber entregado una obra con defectos de construcción, en los cuales un profesional eficiente no habría incurrido.

Por lo demás, el demandado en este tipo de obligaciones solo se exime de responsabilidad si demuestra que los daños se debieron a una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima), lo cual no ocurrió en este proceso. Luego, como la prueba de su diligencia o

cuidado no es un motivo suficiente para exonerarlo de la obligación de indemnizar, deviene irrelevante adentrarse en el examen de su culpa.

5. La tasación de los perjuicios.

5.1. Daños patrimoniales.

Ninguna modificación sufrirá la cuantificación de la condena correspondiente a la lesión económica padecida por el actor, pues el monto de \$2'827.153 al que ascendieron las reparaciones, fue el único que se probó en el proceso, tal como fuera advertido por el sentenciador de primera instancia.

No es procedente conceder el “*daño emergente consolidado*” por el valor del inmueble (\$215'000.000), pues el apartamento no quedó en estado de ruina total. Por el contrario, se demostró que se hicieron las reparaciones necesarias y no volvieron a presentarse las filtraciones. Por consiguiente, no hay motivo para otorgar la indemnización de un daño que no se ha producido.

En la sustentación de la apelación, el demandante increpó al juzgador de primer grado por no haber tenido en cuenta los documentos que corroboran el pago de cuotas de administración y del crédito hipotecario del apartamento durante siete años, aproximadamente. Sin embargo, no es posible darle la razón, pues la negativa a reintegrar tales rubros no obedeció a la ausencia de valoración de esas pruebas, sino a la inexistencia de un vínculo causal entre tales erogaciones y los defectos de la construcción. Con total independencia de los vicios de la obra, el comprador estaba obligado a pagar el precio del apartamento y las expensas de administración, sin que la presencia o ausencia de las filtraciones de agua tuviera la aptitud de variar mínimamente esa circunstancia.

Mucho menos es admisible reconocer el resarcimiento de las supuestas pérdidas por \$157'868.462 padecidas por el actor por la disminución de las ventas de su negocio, situación que atribuyó a “*la falta de descanso adecuado y los niveles de estrés*”. La razón de ello estriba en que, según el tenor del artículo

1616 del Código Civil, “*el deudor sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato*”. Más allá de ello, la parte incumplida no asume ninguna obligación, a menos que se le pueda imputar dolo, lo cual no aconteció en este caso. Las demandadas, en fin, no tienen el deber de resarcir perjuicios imprevisibles y causalmente desligados de su comportamiento.

Tampoco hay elementos de juicio que permitan inferir “*la pérdida de la oportunidad de vender el inmueble*”, pues su propietario no acreditó la frustración de una negociación lucrativa a causa de las filtraciones en el apartamento.

Una solución similar se dará a las conjeturas sobre la pérdida de objetos y documentos de gran valor para el demandante, pues tales afirmaciones no trascendieron el ámbito de la mera especulación.

5.2. Perjuicios extrapatrimoniales.

*«La tasación de los daños no patrimoniales –tiene establecido la jurisprudencia– está dada por el criterio de razonabilidad del juez, pues esta noción intelectual le permite determinar en cada caso concreto si la medida simbólica compensatoria es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de sus bienes inmateriales e inestimables en dinero, como son su integridad psicofísica, su honra y buen nombre, su dignidad, su proyecto de vida, o sus sentimientos o afectos».*¹⁴

5.2.1. Específicamente, con relación al perjuicio moral, la Corte Suprema ha reiterado que *«hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental.*

Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al

¹⁴ SC9193-2017 del 28 de junio de 2017. Rad.: 11001-31-03-039-2011-00108-01.

menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.

Lo anterior, desde luego, “no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces”. (CSJ, SC del 15 de abril de 1997) La razonabilidad de los funcionarios judiciales, por tanto, impide que la estimación del daño moral se convierta en una arbitrariedad.

*Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador».*¹⁵

Teniendo en cuenta los anteriores referentes, no es posible conceder la indemnización de este rubro, pues en el proceso no obran elementos de juicio que permitan inferir, con la razonabilidad característica del *arbitrium iudicis*, que los daños padecidos por el actor tuvieron la intensidad suficiente para provocarle un gran dolor, angustia, aflicción, pesadumbre o desasosiego en grado sumo, al punto de trastocar su estabilidad emocional o entereza espiritual, como sí ocurre, por ejemplo, cuando se trata de daños a la vida o la integridad psicofísica de los seres queridos.

Por el contrario, la experiencia muestra que las averías de las viviendas o edificaciones podrían producir a sus residentes perjuicios derivados de las incomodidades inherentes a las obras de reparación o mantenimiento, pero normalmente no son un detonante con la intensidad suficiente para alterar la esfera interior de una persona psicológicamente equilibrada.

Los defectos de construcción probados en el proceso, en suma, no periten elaborar una presunción judicial a partir de la cual pueda inferirse con alta probabilidad que la consternación anímica padecida por el demandante fue de tal magnitud que merezca ser resarcida por el derecho civil.

¹⁵ SC13925-2016 del 30 de septiembre de 2016. Radicación nº 05001-31-03-003-2005-00174-01.

5.2.2. A diferencia del daño moral que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, el atinente a la vida de relación constituye una afectación a la esfera exterior de la persona, la cual “*puede verse alterada, en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó ‘actividad social no patrimonial’*”¹⁶; por tanto, se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior, en tanto se refleja en el ámbito externo del individuo, manifestándose en dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas en su entorno personal, familiar y social.

Esa especie de perjuicio puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, así la jurisprudencia del Consejo de Estado ha explicado que aquel “*no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre (...), afectación que puede tener origen en una lesión física o corporal, como también, por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra personas, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o pérdida económica*” (destaca la Sala).

Es así como, entre las características del susodicho daño, la Corte Suprema de Justicia señaló: “(...) ‘d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o **derechos fundamentales**, e incluso en la de otro tipo de interés legítimos’ (...) g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad (...)”.¹⁷

¹⁶ C.S.J., Cas. Civ., Sent. de 13 de mayo de 2008, Exp.No.006 1997 09327 01

¹⁷ SC del 13 de mayo de 2008. Exp.: 1997-09327-01.

5.2.2.1 A partir del análisis del acervo probatorio, se deduce sin ninguna dificultad que el comprador del inmueble no pudo disfrutar de su adquisición debido a las constantes filtraciones de agua y humedades que las primeras originaron, defectos de los cuales bien puede inferirse que no sólo afectaron la estética de la edificación y deterioraron el mobiliario sino también impidieron gozar de la totalidad del área de la misma, incluso generando incomodidades y perturbando la tranquilidad de sus ocupantes, al punto de tener que abandonar la habitación y el estar del segundo nivel, lo que obviamente alteró sus actividades diarias, descanso y, muy seguramente, comportó estar trasladando de lugar sus pertenencias (vestuario, zapatos, entre otros objetos de uso diario), inclusive algunos enseres (televisor, mesa de noche, cama, etc.), cuestiones que, sin lugar a duda, le impidieron disfrutar a plenitud de la tranquilidad de su hogar durante un período aproximado de siete años, amén de incidir en el disfrute social del mismo (con familiares y amigos).

Por supuesto, esos defectos de construcción repercutieron en la materialización del derecho del actor a una vivienda digna, garantía fundamental que, conforme lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, comporta no solo la posibilidad de adquirir un inmueble para solventar la habitación, sino que ese acceso sea real y estable, en el sentido de que el bien permita su goce efectivo y se constituya en un espacio físico adecuado para que la persona y su familia pueda vivir en condiciones dignas, finalidad que aquí fue truncada por los aludidos desperfectos aparejando la afectación a la vida de relación del señor Rodríguez Flórez.

5.2.2.2 Esa situación indicativa de la alteración de las condiciones de vida del demandante fue atestada por Luis Hernando Munard Díaz, quien describió las humedades halladas al interior del apartamento e, igualmente, por Camilo Alfonso Arévalo Jiménez, el que dijo conocer de primera mano los problemas de impermeabilización del inmueble, tales como “humedades en los techos de la alcoba principal y en los techos que dan sobre el frente de la terraza al parque Nacional, humedades graves en las ventanas”.

Circunstancia, también, verificada por la Secretaría de Hábitat de Bogotá, pues en la visita practicada percató que *«la superficie del acabado de la placa de entrepiso, ubicada en la alcoba principal del segundo nivel, registra deterioro por filtraciones que se manifiesta mediante manchas, abombamiento y disgregación del revestimiento (...), que persiste como una afectación grave»* [Folio 196].

Asimismo, el ingeniero Roberto Suárez Betancourt, tras describir con gran detalle las averías encontradas, conceptuó: *«el apartamento en este momento NO se encuentre en condiciones de habitabilidad, pues esta condición ha hecho que se tengan que abandonar los espacios de la alcoba y el estar del segundo nivel, quedando reducido el espacio del apartamento a la sala comedor del primer nivel.»* [Folio 84, cuaderno 1].

A su turno, el arquitecto Jorge Alberto Melo Navarro refirió: *“cuando llegué encontré la terraza con hartas fisuras por todas partes; la segunda vez cuando regresé había ya fisuras sobre la media caña y nuevamente se presentaron en la terraza; por esta causa decidí volver a levantar el trabajo y volver a hacerlo”* [Folio 30].

En concordancia con lo anterior, el ingeniero Iván Fernando Parrado Granados refirió que *“las afectaciones que aquejaron el apartamento 325 del Edificio Plaza 39 P.H., fueron una serie de humedades y filtraciones de agua localizadas en diferentes áreas del apartamento, como son: (...) humedades en la mayor parte de los antepechos y dinteles de las ventanas, las cuales comprometen los acabados de los muros como es el pañete, el estuco y pintura, siendo más notorio sobre los antepechos. En el segundo nivel: humedades en la placa de cubierta en el área de la alcoba principal y en la placa de cubierta del estudio, lo que ha repercutido y afectado los acabados de los muros de estas áreas tanto la pintura como el estado de los pisos de madera”* [Folio 85].

5.2.2.3 Es evidente, entonces, que la imposibilidad del demandante de disfrutar el apartamento debido a los defectos de su construcción quedó suficientemente demostrada, hecho a partir del cual puede inferirse la afectación a su vida en relación, habida cuenta que una de las experiencias más

gratificantes y generadoras de expectativas dentro de un proyecto personal es la adquisición de un inmueble nuevo, toda vez que se supone que dará a sus propietarios grandes satisfacciones emocionales y mejorará su nivel de vida. Nadie compra una vivienda nueva para padecer incomodidades frecuentes producidas por prolongadas obras de reparación que obstaculizan la tranquilidad de sus residentes y se convierten en una fuente de riesgo para su salud, además, de afectar la estética del bien y, por contera, incidir en el disfrute del mismo con sus familiares y allegados.

Todo ello se vio frustrado en el presente caso, por las imperfecciones del diseño constructivo del bien adquirido por el demandante, las cuales anularon por completo las ilusiones que había puesto en su residencia nueva y mermaron su vida en relación al impedirle tener un espacio de confort para disfrutar con su familia y círculo social, no solo por las incomodidades generadas por las constantes obras superficiales realizadas por Sistema Integral, sino, además, por las condiciones de insalubridad en las que permaneció el apartamento durante todo ese tiempo.

5.2.2.4 Dicha afectación a la calidad de vida del demandante, amerita ser resarcida y, por ende, es menester, acudiendo al *arbitrium iudicis*, tasar la respectiva indemnización en treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de su pago (30 S.M.L.M.V.).

6. Por las razones que se han dejado expresadas, se modificará parcialmente la sentencia impugnada para incluir en la liquidación de perjuicios el rubro correspondiente al daño a la vida en relación. Debido a la prosperidad parcial del recurso, no hay lugar a imponer condena en costas de esta instancia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

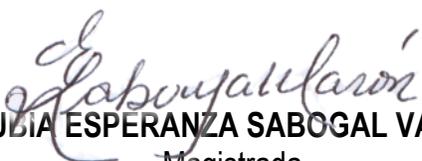
PRIMERO. MODIFICAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 18 de septiembre de 2019, por el Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso citado en la referencia, en el sentido de condenar a las demandadas a pagar a su contendor treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de su pago (30 S.M.L.M.V.), por concepto de daño a la vida en relación. Se mantendrá la negación del rubro por daño moral.

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás el fallo impugnado.

TERCERO. No hay lugar a imponer condena en costas de esta instancia.

CUARTO. DEVOLVER el expediente al despacho de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


NUVIA ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

-con aclaración y salvamento parcial de voto-


ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

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

Sentencia escrita conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020. Ponencia discutida y aprobada en Sala Civil de Decisión de 26 de agosto de 2020.-

Proceso: Ordinario.
Demandante: Amaury Eslava Pardo.
Demandada: Pirelli de Colombia S.A.
Radicación: 110013103011200700174 06
Procedencia: Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.

1

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación provocado por la parte demandante contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

1. Amaury Eslava Pardo, a través de apoderado judicial, instauró demanda contra Pirelli de Colombia S.A., en la que formuló las siguientes pretensiones:

1.1. Que la demandada debió pagar al demandante, propietario del establecimiento de comercio “La bodega de las llantas”, a la terminación de la agencia comercial de hecho establecida con éste, una suma equivalente a la

doceava parte del promedio de todo lo recibido por el demandante por concepto de comisiones, regalía o utilidad en los tres años, por cada uno de vigencia de la agencia que actuó en la distribución o venta de los productos de la sociedad demandada en todo el territorio de la República de Colombia.

1.2. Que la sociedad demandada no hizo dicho pago de manera oportuna, cuando ha debido hacerlo el día que dio por terminada unilateralmente la agencia comercial de hecho con el demandante, esto es, el 1 de febrero de 2004, por lo cual, la mencionada suma la deberá pagar con sus respectivos intereses moratorios comerciales más altos hasta cuando el pago se efectúe.

1.3. Que la sociedad demandada debió liquidar y pagar al demandante, cuando dio por terminada unilateralmente la agencia comercial de hecho establecida con éste, a partir del 1 de febrero de 2004, sin justa causa comprobada, una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos y servicios de la sociedad demandada durante 3 años.

1.4. Que la demandada no hizo dicho pago de manera oportuna, por lo que deberá pagarse con inclusión de los perjuicios moratorios a partir de la terminación unilateral sin justa causa (1 de febrero de 2004).

1.5. Se condene a la sociedad demandada a pagar al demandante \$303'591.887, suma equivalente a la doceava parte del promedio de todo lo recibido por el demandante por concepto de comisiones, regalía o utilidad en los tres años, por cada uno de vigencia de la agencia, más los respectivos intereses moratorios comerciales, conforme lo prescribe el artículo 1324 del Código de Comercio.

1.6. Se condene a la demandada a pagar al demandante la suma equivalente a una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos y servicios de la demandada durante tres años que duró la agencia comercial de hecho, con inclusión de perjuicios moratorios, por no haber liquidado la suma oportunamente, es decir, a la terminación unilateral del contrato que se dio el 1 de febrero de 2004.

2

2. Como soporte del *petitum*, se expusieron los hechos que se sintetizan como sigue:

2.1. El demandante, Amaury Eslava Pardo, en su condición de propietario de “La bodega de las llantas” desarrolló y ejecutó, desde el mes de enero de 2001, hasta el 1 de febrero de 2004, una agencia comercial de hecho con la firma Pirelli de Colombia S.A., en desarrollo del contrato el demandante “se constituyó en distribuidor de los productos de la referida sociedad” consistentes en llantas marca Pirelli para camión radial, Vantage para automóvil y toda su gama de productos, y CEAT para automóvil y camión, radial de camión marca Pirelli, venta y distribución en todo el territorio colombiano y en el hipermercado Makro de Colombia S.A.

2.2. El demandante asumió “en forma independiente y de manera estable”, a través de su establecimiento de comercio “La bodega de las llantas”, la promoción, “venta y distribución” de los productos de la marca de la sociedad demandada, creando el mercado para ellos en los sitios donde el demandante ejerció sus actividades mercantiles.

2.3. En ejecución del contrato de agencia comercial, el demandante estableció una cadena de promotores de venta que le colaboraban con la comercialización de los productos de la demandada, figurando él como agente, de modo que si facturaba a nombre de sus establecimientos de comercio, la demandada le daba una utilidad sobre dicha venta.

2.4. El demandante consiguió clientes para establecer el desarrollo y ejecución de la venta y distribución de los productos de la marca de la sociedad demandada, clientes como Insercol S.A., Transportes Iceberg de Colombia S.A., Comercializadora de Insumos, Flota la Macarena, Makro Supermayorista S.A., Concaay S.A., Exillantas Omar Ossa, Reencauchadora América, Invertrac S.A., Transportes Joalco S.A., Transportes Montejo, Dieceltec S.A., Credillantas – Germán Otálora, Cootrasandereanos, Kenworth de la montaña, Tractocarga Ltda., Turbomark, Fernando Castro, Transportes Línea Roja, Flota Santa Fe, Cooperativa Reina, Transportes Jogar, Aseo Capital, Ciudad Limpia, Expreso Los Comuneros, Velotax, Ultrallantas,

3

Vulcanizadora Santander, Transconfort, Coordinadora Mercantil, Transportes Vigía, Batallón de Sanidad, Batallón de mantenimiento, Batallón de abastecimiento, Batallón de transportes, Batallón de intendencia Las Juanas, Makro de Colombia S.A., a través de los cuales el demandante recibía como remuneración a su gestión como agente una comisión, cuando el empresario les facturaba directamente a los clientes sobre el producto vendido, y si era facturado por conducto del establecimiento de comercio del demandante, su remuneración estaba representada por una utilidad que percibía por la venta del producto.

2.5. El demandante desarrolló el contrato de agencia promocionando la venta y distribución de los productos de la demandada con altos niveles de rendimiento económico y comercialización, como lo reconoció la sociedad convocada respecto al producto “radial de camión” y la buena cantidad de unidades al mes facturados a Insercol S.A. la marca Vantage para automóvil y toda su gama de productos que fue entregada como marca de uso exclusivo a Makro de Colombia S.A.; la marca CEAT para automóvil y camión y toda su gama de productos, que el demandante ayudó a posicionar en el mercado, incluida la llanta radial de camión marca Pirelli.

2.6. Las relaciones entre las partes se desarrollaron normalmente hasta cuando el demandante no pudo cumplir unas obligaciones a favor de la demandada y ésta inició proceso ejecutivo en su contra, en el que se embargó su patrimonio, vicisitud que deterioró las relaciones comerciales, por lo que el 11 diciembre del año 2003 Pirelli de Colombia dio por terminada, mediante comunicación, la agencia comercial.

2.7. El demandante generó a favor de la demandada anualmente, en promedio, la suma de \$843'311.271, por lo que al calcular la doceava parte por concepto de comisiones y utilidades arroja como resultado \$101'197.352 anual y de \$303'592.056 por los tres años que duró el contrato de agencia comercial.

3. La demanda fue admitida mediante auto de 16 de mayo de 2017 (Folio 32, cuaderno 1).

4

4. La sociedad convocada, una vez vinculada, contestó la demanda en escrito en el que se pronunció sobre la *causa petendi*, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones que tituló: “*Inexistencia del contrato de agencia comercial; Inexistencia de obligación por parte del demandado; Terminación del contrato con justa causal; Contrato no cumplido; Compensación y Prescripción y caducidad*” (Folios 137 a 15, cuaderno 1)

5. El 22 de febrero de 2010, se llevó a cabo la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en la cual se declaró fracasada la conciliación y se agotaron las otras etapas (Folios 182 y 183, cuaderno 1)

6. Abierto el debate a pruebas, en diferentes audiencias se recibieron los interrogatorios a las partes y los testimonios decretados.

El dictamen ordenado fue presentado y objetado por error grave por la parte demandada; por lo que dentro del trámite de la objeción se practicó experticia por perito contador.

7. El 24 de septiembre de 2019, se llevó a cabo la audiencia de que trata el artículo 373 de la Ley 1564 de 2012, en la cual, se escucharon los alegatos de conclusión y se indicó el sentido del fallo adverso a las pretensiones de la demanda (folios 2053 a 2055, cuaderno 1G).

8. El 9 de octubre de 2019, se profirió la sentencia materia de impugnación en la que se resolvió: declarar no probada la objeción por error grave a la experticia rendida por la auxiliar Carrillo Álvarez; impróspera la tacha de sospecha de algunos testigos; declaró probada la excepción de “*inexistencia del contrato de agencia comercial*” y la “*falta de interés para obrar en el demandante*”, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Luego de hacer una cronología de la actuación, el *a quo* planteó como problemas a resolver 1. Si al demandante Amaury Eslava Pardo le asistía interés para incoar las pretensiones y 2. Determinar si se reunían los

presupuestos para declarar la existencia de la agencia comercial de hecho, que diera lugar al reconocimiento de la cesantía prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio.

Frente al primero de los problemas planteados, señaló que el actor Eslava Pardo no invocó que se declarara la existencia del contrato de agencia comercial y tampoco allegó documento que acredite la celebración de un convenio de esa naturaleza, por lo que no tiene vocación para solicitar el reconocimiento de la cesantía mercantil. Agregó que, en todo caso, no se probaron los elementos del tipo de contrato que se asegura haber celebrado, dado que las pruebas recaudadas permitieron concluir que el demandante no actuó como agente de la sociedad Pirelli, sino que la actividad de venta y distribución de productos la desarrolló y ejecutó en causa propia.

Para arribar a ello, estudió las pruebas aportadas sobre las cuales destacó que permiten aseverar que el demandante compraba los productos a la demandada para revenderlos, al precio que éste mismo fijaba.

Añadió que no se demostró que al demandante le hubiera sido concedida la promoción y comercialización de los productos de la demandada en una zona específica del territorio nacional, de lo que dan cuenta los testimonios de Amparo Rodríguez de Fajardo, Fredy David Castro, Carlos Alberto Cruz Zamora e Hildebrando Castañeda Usuga.

De otro lado, dijo que los testimonios de Carlos Arturo Martínez Jiménez, Miguel Ángel González Rodríguez, Manuel Enrique Sánchez Romero y Rafael Sarmiento Apolinar afirmaron que el actor era el puente para gestionar negocios directamente con la sociedad Pirelli de Colombia, lo que permite concluir que no se trataba de una agencia comercial, sino de otro tipo de contrato de intermediación empresarial.

LA APELACIÓN

El apoderado de la parte demandante formuló recurso de apelación, concretando sus reparos en una indebida

6

valoración probatoria, pues en su sentir se omitió examinar las pruebas documentales que revelan la existencia del contrato de agencia comercial y tuvo en cuenta testimonios de subordinados de la demandada.

Al respecto, señaló que la carta del 11 de diciembre de 2003 enviada por la demandada al señor Eslava permite ver que Pirelli estaba finalizando un convenio de colaboración, como lo es el de agencia. Destacó que obran en el expediente varios correos electrónicos cruzados entre las partes en los cuales se acuerdan cuestiones de la distribución de los productos de Pirelli. Apuntó que se desconoció que en el interrogatorio absuelto por el demandado reconoció la existencia de un contrato de distribución, que es una de las formas que presenta la agencia comercial, según lo ha dicho la doctrina, también aceptó que le pagaba una comisión al demandante a través de notas de crédito.

De igual forma, otros testimonios de grandes clientes de Pirelli que reconocen al demandante como el agente exclusivo de la demandada, porque les distribuía las llantas con buenos descuentos y sistemas de prueba, entre otros beneficios de su gestión.

Añadió que el dictamen pericial de Lucia Inés Carrillo Álvarez no fue estudiado, pese a que en él se reflejan las utilidades que la demandada obtuvo en los años 2001, 2002 y 2003; así como los gastos en que incurrió el demandante para que Pirelli asumiera el pago de publicidad, eventos, lechonas, asados, productos publicitarios.

Dijo no ser cierto que la agencia deba ser exclusiva, sin embargo, en este caso, los testigos fueron claros en decir que el actor solo representaba a la marca Pirelli.

Criticó que el juez en un exceso de ritualismo y de fórmulas sacramentales exigió una pretensión que en realidad si está en ese sentido, pues debe observarse que en la pretensión inicial se pide que se decrete la agencia comercial de hecho y por lo tanto el pago de la indemnización correspondiente (folios 2062 a 2068, cuaderno 1G).

Al sustentar su disenso ante esta instancia, insistió en que el *a quo* no hizo un análisis probatorio adecuado,

7

pues con las pruebas recopiladas se demostró la existencia de un contrato de agencia por distribución de las llantas de Pirelli y su exclusividad; refirió que no se tuvo en cuenta el acta de no acuerdo de conciliación del 26 de diciembre de 2006, en el que Pirelli manifestó no estar de acuerdo en la existencia de un contrato de agencia, pero ofreció a cambio una suma de \$26'000.000; ni los correos electrónicos que remitió el señor Eslava para renegociar condiciones económicas para el pago de las deudas con Pirelli, y otros en los que se observa que el demandante *“era el puente de comunicación de las llantas pero quien definía las formas, medios y valores de esa comercialización era PIRELLI”*; así como se evaluó la escritura de dación en pago de la Notaría 20 de 5 de mayo de 2005 mediante la cual el demandante entregó 5 inmuebles para pagar las deudas con Pirelli; se dejaron de evaluar las respuestas de los diferentes clientes de las llantas Pirelli.

Adujo que el juzgador no tuvo en cuenta el interrogatorio del demandado en que aceptó *“que ESLAVA era el distribuidor de las llantas de la compañía”* y que el contrato terminado con la carta de diciembre de 2013 *“era un contrato de distribución”* que según el abogado *“es una de las formas que puede tener la agencia”*, calidad de distribuidor que le atribuyeron los testigos Miguel González, Manuel Sánchez, Rafael Sarmiento y Juan Carlos Martín; incluso los testimonios de empleados de Pirelli y *“UN DISTRIBUIDOR RESENTIDO Y COMPETENCIA DE ESLAVA”* lo reconocieron como distribuidor.

La abogada de Pirelli (hoy Prometeon Tyre Group Colombia SAS), se pronunció sobre la dicha sustentación y a vuelta de rememorar la actuación procesal enfatizó que la sentencia de primera instancia debía confirmarse por ajustarse a la ley y al desarrollo jurisprudencial en materia de agencia comercial, pues a más de no haberse pedido que se declarara su existencia, se probó que dicha relación no existió: pues la demandada no otorgó exclusividad alguna al demandante, cuyo negocio era la reventa de productos Pirelli como se nota en las facturas obrantes al plenario y los testigos dan cuenta de otro tipo de relación comercial, cuya declaratoria tampoco se solicitó. La censura descontextualiza las pruebas y hace un análisis parcializado de las mismas.

CONSIDERACIONES

1. Con la presencia de los llamados presupuestos procesales de la acción y sin que se advierta la incursión en causal que pueda viciar de nulidad lo actuado, están dadas las condiciones para que esta Corporación decida de fondo sobre el recurso de apelación propiciado contra la sentencia que en primera instancia se expidió.

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

3. Empieza la Sala por destacar que, contrario al dicho del apelante, en el libelo genitor no se planteó como pretensión expresa la declaratoria de la existencia de un contrato de agencia comercial de hecho; sin embargo, ello no resulta ser óbice para dispensar solución judicial a la controversia planteada, pues precisamente en aras de garantizar el acceso a la administración de justicia y el debido proceso, incumbe al juzgador hacer un mínimo esfuerzo intelectual para desentrañar su esencia y objetivo de una apreciación integral del escrito de demanda, con el propósito de hacer efectivo el derecho sustancial finalidad última de los procedimientos como desde la Carta Política se impone en su artículo 228 y se desarrollaba en el 4° del Código de Procedimiento Civil, postulado que igualmente hoy se consagra en el artículo 11 de la ley 1564 de 2012: *“Es evidente que para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador interpretar la demanda cuando esta es oscura o imprecisa, en aras desentrañar la pretensión en ella contenida, sin que tal facultad llegue al extremo de enmendar desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas o decidir sobre hechos no invocados”*¹; sin que en tal laborío, claro está, el juez se exceda al punto de desconocer el principio dispositivo que caracteriza el proceso civil, distorsionar la petición del demandante y soslayar el principio de congruencia:

9

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de enero de 2000, M.P. Nicolás Bechara Simancas, Exp. No. 5346

“2.1. Lo anterior, porque el Juzgador al definir el alcance de una demanda a fin de poder determinar el curso del litigio y la solución del mismo, ésta limitado únicamente a no variar la causa petendi, pero no así el derecho aplicable al juicio la denominación a la acción o tipo de responsabilidad, dado que en virtud del principio *iura novit curia* las partes no tienen la carga de probar el derecho, salvo contadas excepciones como cuando se trata de derecho extranjero o consuetudinario.

De ahí, que los descuidos, imprecisiones u omisiones en que incurren los litigantes al invocar un tipo de responsabilidad –extracontractual o contractual- deben ser suplidos o corregidos por el juez, quien no se encuentra vinculado por tales falencias, sino a los hechos fundamento de las peticiones.

En tal sentido, la Corte indicó que, «en razón del postulado “*da mihi factum et dabo tibi ius*” los jueces no quedan sujetos a las alegaciones o fundamentos jurídicos expresados por el actor, porque lo que delimita la acción y constituye la causa petendi no es la fundamentación jurídica señalada en la demanda –la cual puede ser muy sucinta y no tiene que coincidir con lo que el funcionario judicial considere que es el derecho aplicable al caso–, sino la cuestión de hecho que se somete a la consideración del órgano judicial». (CSJ SC13630-2015, 7 Oct. 2015, Rad. 2009-00042-01)

Criterio que ha sido reiterado por esa Alta Corporación:

10

[...]. Al respecto esta Corporación, en sentencia N° 208 de 31 de octubre de 2001, expediente 5906, indicó:

“...el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, `son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia´ (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Si están probados los hechos, anotó en otra ocasión, `incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores de las súplicas: *da mihi factum, dabo tibi ius*´ (G.J. No. 2261 a 2264, pág. 137).”²

3.1. Atendiendo los precedentes derroteros y evaluado integralmente el libelo introductorio, es incuestionable que a todo lo largo del mismo se hizo referencia a una “*agencia comercial de hecho*” que según el demandante

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC6507-2017, de 11 de mayo de 2017.- MP. Ariel Salazar Ramírez

existió entre las partes, contrato que fue terminado unilateralmente por la demandada sin que hubiese cancelado la cesantía comercial; de allí que, para pronunciarse sobre las declaraciones y condenas para la solución de tal concepto más los réditos generados, lo primero que debe verificar el juzgador es la existencia del mentado contrato.

De otro lado, asiste al demandante interés para obrar, pues lo que persigue es reportar un resultado jurídico benéfico que redundará en un provecho económico; lo anterior, sin perjuicio claro está, de la fundabilidad de sus aspiraciones.

Por lo demás, el juez pese a concluir que el actor carecía de interés por no deprecar se declarara la existencia de un contrato de agencia de hecho, la tarea argumentativa para negar las pretensiones se erigió en la inexistencia de elementos que acreditaran que efectivamente entre las partes se ejecutó un contrato de agencia comercial, y menos de “hecho”.

4. Dilucidado lo anterior, y como se anunciara, el eje toral de la controversia se circunscribe a determinar si confluje prueba de los elementos que estructuran un contrato de agencia comercial de hecho, que irradie los efectos perseguidos por el apelante.

4.1. El artículo 1317 del Código de Comercio concibe el contrato de agencia comercial como aquel en que *“un comerciante asume, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”*; relación jurídica que a voces de la jurisprudencia se caracteriza por:

“a.-) Que como su objeto es “promover o explotar negocios” del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados. b.-) Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del

agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente. c.-) Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem. d.-) Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales e.-) Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional.”³.

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, reiteró sobre la agencia:

“[M]ediante su concurso, un comerciante asume en forma independiente y estable, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios de sus productos.

5.4.1. Los requisitos de permanencia e independencia, implican que el agente, para dichos propósitos, es dueño de una empresa organizada, distinta a la establecida por el agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. En el manejo de una y otra industria, por tanto, entre los intermediarios y los empresarios no puede haber interferencias o intromisiones recíprocas de ninguna índole”⁴.

De esta manera, conforme a su definición legal, aparecen como principales características del contrato de agencia comercial, de una parte, la intermediación comercial especial que persigue con *"el encargo (independiente y estable) de promover y explotar negocios"* que hace un comerciante (agente) con relación a otro (empresario), y, de la otra, que dicha intermediación sea exclusivamente subjetiva (como representante o agente promotor o explotador de negocios del empresario) u objetiva (como fabricante o distribuidor de productos del empresario, que a la vez promueve y explota), o bien en ambas formas. De allí que sea explicable la exigencia de la estabilidad de la relación contractual, así como la *independencia o autonomía* del

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil de Casación, fallo de 24 de julio de 2012, Exp. 1998-21524-01, citada en la sentencia de 10 de septiembre de 2013, MP. Fernando Giraldo Gutiérrez Bogotá, Exp. 1100131030222005-00333-01

⁴ Sala de Casación Civil, Sentencia del 9 de septiembre de 2019. MP Luis Armando Tolosa Villabona. Expediente No. 3645-2019 Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-01.

agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o recuperar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado al primero el desempeño de esa labor. De esta suerte, en el desarrollo de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario; es claro entonces que el contrato de agencia, no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca.

4.2. De lo dicho, se infiere que la actuación del agente es por cuenta ajena, como quiera que el resultado del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado, mientras que por sus labores de conexión aquel recibe una remuneración preestablecida. Por lo mismo, esta circunstancia separa a la agencia comercial sustancialmente de los vínculos en que el intermediario adquiere los productos para la reventa, en esta última, poniendo en funcionamiento todas sus capacidades se aprovecha de la diferencia de precios de compra y enajenación, corriendo los riesgos de cartera propios de quien ejerce actividades de comercio.

4.3. A fuerza de repetir, debe reiterarse que existiendo una clara regulación del contrato de agencia en los artículos 1317 al 1331 del Código de Comercio, cuando se pide su declaración o la prevalencia frente a cualquier otro nexo presunto, es imprescindible que confluyan todos los presupuestos necesarios para su conformación, pues, de faltar uno solo no tiene cabida acceder a tales reclamos, por corresponder a otro tipo de relación. Al respecto la Corte precisó que *“no obstante la autonomía de que goza la agencia, la característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ninguno de ellos, ya que tiene calidades específicas que, por lo mismo, lo hacen diferente, razón por la cual,*

su demostración tendrá que ser inequívoca. De suerte, que una persona bien puede recibir estos encargos mediante dichos contratos y no ser agente comercial, pero dentro de aquella actividad también puede la misma recibir el especial de promover y explotar los negocios del empresario ora como representante o agente, pero en virtud de un contrato de agencia (...)"⁵.

4.4. Desde otra óptica debe resaltarse que lo que es contundente en el contrato de agencia mercantil, a más de la conjugación de sus elementos jurídicos esenciales, es que debe su presencia en la realidad mercantil a la finalidad económica que lo mueve y que no es otra que la de hacer apertura de un mercado, como que es allí donde se justifica el encargo que se confiere para promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, aspectos estos últimos –producto y punto geográfico- que no son más que el binomio conceptual necesario para estructurar un mercado relevante en el que el agenciado busca afianzarse mediante la labor del agente mercantil.

Es la necesidad de penetrar en un mercado la que lleva a un comerciante a adoptar la postura de agenciado y constituir un agente que, como profesional, cuenta con las destrezas suficientes o la experiencia para conquistar una clientela, cautivar las preferencias de un público hacia los productos de aquél y desempeñar todas las tareas idóneas para conseguir el ingreso de dicho comerciante al pretendido mercado y lograr un porcentaje de participación del mismo, la acreditación de la marca, su recordación, la consecución de la clientela, la preservación de la clientela conquistada y la cautiva; en general, el posicionamiento y la consolidación del comerciante⁶.

Además, el éxito de la pretensión encaminada a la declaratoria de existencia de un contrato de agencia comercial, descansa en la prueba idónea e inequívoca de la finalidad económica que el demandado como presunto agenciado, se proponía satisfacer con el contrato diseñado con la demandante y con ello, debe aparecer explícita la prueba de la exigua presencia de dicho comerciante en el respectivo mercado antes de la contratación, junto con la evidencia del crecimiento

⁵ Sentencia de 10 de septiembre de 2013 *ut supra* referida.

⁶ En este sentido, véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, de 28 de febrero de 2005, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 7504.

ostensible de su clientela con posterioridad a la misma, la ponderación de sus marcas, su aceptación por los consumidores o los demás efectos en que pueda concretarse la labor de agenciamiento. Si no existe evidencia de esta situación jurídica y fáctica, la relación comercial no puede menos que corresponder a otra especie de contrato, sea de distribución, suministro o cualquier otra clase de intermediación comercial, que no la anhelada aquí agencia mercantil.

4.5. En lo atinente a la forma y contenido del contrato el artículo 1320 del Código de Comercio, establece:

“El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil. No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos”.

Importante es que se defina claramente el área geográfica donde se desarrollará la agencia, a fin de cumplir con el principio de exclusividad a que se refiere el artículo 1318 del ordenamiento que se viene anunciando.

15

4.6. Referente a la independencia y autonomía del agente comercial la Corte Suprema de Justicia en la sentencia que se viene memorando, señaló:

“La intervención del empresario en la ejecución del objeto jurídico de la agencia comercial, esto es, en el encargo de promover o explotar negocios ajenos y dentro de una zona prefijada, y no en la organización empresarial del agente, también tiene su razón de ser, en que aquél, es quien a la postre se desprende de precisas facultades o potestades (artículo 1320 del Código de Comercio).

Esa injerencia igualmente abrevia, según el artículo 1321, ibídem, en los correlativos derechos del productor de bienes y servicios de velar porque su representante cumpla las labores confiadas, y en la obligación que éste tiene de informar a aquél las condiciones del negocio en el territorio asignado y en cuanto sean útiles al empresario para valorar la conveniencia de continuar en el mercado”.

4.7. Así las cosas, probatoriamente debe emerger de manera inequívoca la agencia comercial; como quiera que ésta clase de contrato guarda similitud en algunos de sus rasgos característicos con otros negocios como el de distribución o la reventa en el que los comerciantes adquieren productos para venderlos y explotar su propio

negocio, asumiendo todas las contingencias de la operación⁷; con el de corretaje, del que se distingue porque el corredor es libre e imparcial y solo promueve o busca clientes, pero nunca contrata con ellos por cuenta de su mandante, además que no soporta exclusividad; se diferencia del suministro en que en éste se actúa por cuenta y a nombre propio, sin que tampoco exista exclusividad; en la concesión, el concesionario compra, a nombre propio, la mercadería para revenderla, quedando vinculado jurídicamente con el comprador y no siempre es exclusivo, su lucro está en la diferencia entre el precio de compra y el de reventa, aunque no exista subordinación jurídica si tiene dependencia económica y técnica con el concedente.

De allí que, en línea de principio general, ni la penetración en los mercados, ni la comercialización de bienes o servicios dentro de una zona prefijada, ni la intervención de los empresarios o productores en dicha actividad, independiente del grado en que esa intromisión ocurra, constituyen elementos para caracterizar, sin más, un contrato de agencia comercial, puesto que son aspectos comunes a otras formas de distribución e intermediación, como el del simple suministro.

4.8. Los presupuestos anteriores son aplicables a la agencia comercial de hecho, pues así lo exige el artículo 1331 del Ordenamiento Mercantil: “A la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente Capítulo”, de donde se colige claramente que la agencia comercial puede ser voluntaria por acuerdo expreso de voluntades o simplemente de hecho.

Por tanto, lo dicho para la agencia expresamente consensuada es predicable de la agencia comercial de hecho, porque una relación de esa misma naturaleza haya sido el fruto de un consentimiento recíproco, para la configuración de una u otra, al decir de la Corte, “resulta indistinto que sea o no de hecho”⁸.

El precepto, a fin de cuentas, tiende a proteger, bajo los mismos lineamientos que regulan el pacto expreso de

⁷ CSJ. Civil. Vid. Sentencia SC1121 de 18 de abril de 2018, expediente 00128. En el mismo antecedente la Corte también denotó las diferencias de la agencia con otras modalidades de colaboración empresarial, como el corretaje y la concesión.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias de 10 de septiembre de 2013, expediente 00333.

agencia comercial, las circunstancias que en el campo fáctico se corresponden, empero, no ante la ausencia absoluta de un acuerdo mutuo, sino a partir de su existencia, solo que esa voluntad está implícita en los mismos hechos espontáneos que al respecto exteriorizan quienes concurren en la relación.

4.9. Debe quedar claro que son disímiles el contrato de distribución y el de agencia comercial, como lo ha explicado la jurisprudencia:

“1.5. El de distribución, es un convenio que otorga al comercializador el derecho de vender los productos del empresario en una zona geográfica determinada bajo las condiciones impuestas por este, obteniendo como ganancia la diferencia entre el precio de compra al productor y el de venta al cliente final, denominada margen de reventa.

El beneficio del distribuidor resulta de su propia actividad, por cuanto adquiere las mercancías y debe pagar su valor al productor con independencia de la suerte que corra al revenderlas (actúa por su cuenta y en nombre propio), por lo que el incumplimiento del cliente solo lo perjudica a él, y debe soportar todos los riesgos de los productos desde que estos quedan a su disposición.

Cuando el empresario recurre a esta figura «se compromete a remitir... las unidades, en las cantidades que éste lo requiera, dentro de ciertos márgenes, pero tales unidades le son enviadas en propiedad al distribuidor, quien es deudor del precio ante la empresa fabricante. A su vez, el distribuidor es quien le vende al cliente y, en consecuencia, es quien factura y adquiere todos los derechos y asume todas las obligaciones de vendedor».⁹

El comercializador se obliga a «efectuar las ventas del producto; pero, fundamentalmente, se obliga a pagar el precio de la mercadería que recibe en las condiciones y plazos pactados. Se obliga, más que a vender, a adquirir una cantidad mínima de mercadería dentro de los períodos previstos. Es natural que el distribuidor se esfuerce en vender esa cantidad mínima, pues de otro modo, acumulará un stock a pura pérdida. Claro está que el fabricante o proveedor pueden no conformarse con esa venta mínima y requerir al distribuidor una mejor política de ventas, para aumentar así la política de colocación del producto en el mercado»¹⁰ (subrayado no es del texto).

En resumen, como elementos diferenciadores de las figuras del agente y del distribuidor, se resaltan las siguientes:

⁹ FARINA, Juan M. op. cit., p. 439.

¹⁰ p. 416

a) Aunque ambos se encuentran integrados en la red de comercialización del empresario, desde el punto de vista económico, en tanto la inversión del agente, por lo general, está relacionada con la organización de su empresa, la del distribuidor se extiende a la compra de productos al fabricante para revenderlos.

b) El agente recibe una remuneración del empresario; en cambio, el distribuidor obtiene las ganancias del margen comercial de la reventa.

c) En su relación con los clientes, el distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia, por lo que debe correr con el riesgo y la suerte de las ventas que realice; el agente, no asume esas contingencias porque realiza su actividad profesional para el *dominus negotii*, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario.”¹¹

5. Estudiando la situación concreta que ofrece el *sub lite*, bajo la égida de las directrices legales y jurisprudenciales plasmadas en precedencia, debe adelantarse que la censura formulada no tiene vocación de enervar la decisión cuestionada como se pasa a explicar.

Tal como se expuso en extenso tanto a la agencia comercial contractual o convencional como a la de hecho se les aplica la misma normativa y su declaratoria deviene del acervo probatorio que se arrime al plenario; carga demostrativa que gravita en el demandante, a quien no le bastaba acreditar algunos supuestos, al propósito perseguido le incumbía mostrar con contundencia todos los elementos estructurantes de la agencia comercial de hecho alegada.

5.1. En el justiprecio de las probanzas acopiadas, apreciadas una a una y en conjunto, no aparecen con nitidez los rasgos característicos de la agencia comercial.

Empezando por el mismo escrito de demanda, el demandante refiere que su gestión de agente la realizó haciendo la promoción, “venta y distribución” de los productos Pirelli; al absolver interrogatorio dijo el señor Eslava: “yo iba a los clientes personalmente por mandato de PIRELLI y tenía que cumplir con mis labores de venta de los productos (...) los señores de PIRELLI apenas estaban abriendo su

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, SC13208-2015 de 30 de septiembre de 2015. MP. Ariel Salazar Ramírez. Radicación n° 11001-31-03-014-2004-00027-01

oficina en Colombia, por lo que requirieron mis servicios de agenciamiento y representación. Con la mencionada experiencia se fueron visitando cada uno de los clientes y ellos, me daban la orden de a cuales si podía darles distribución, a cuales no otro”; reiteró más adelante: “mi labor como agente de PIRELLI, desde que se estableció la relación comercial, se basaba en ir por mandato de PIRELLI a conseguir distribuidores, donde se realizaran dichas actividades. Yo actuaba como un vendedor, no tenía autonomía de colocar precios, fijar condiciones comerciales, y una vez yo llevaba los clientes a la organización, ellos me decían que debía hacer yo, para terminara (sic) otorgándole a estos clientes una distribución en retribución y sobre lo que PIRELLI facturaba a los clientes, o en su defecto de otras modalidades, yo recibía una bonificación o una comisión como pago a dicha labor”, y culminó su intervención insistiendo en que “Como agente representante o por así decirlo vendedor mi labor era llevar a PIRELLI clientes que tenía que pasar por todo lo que exigía la compañía PIRELLI para obtener producto, por lo tanto PIRELLI, me decía a mi si aceptaba dicho cliente”¹².

Al sustentar el recurso, todo el análisis se erige en que de las probanzas se extrae la existencia de un contrato de distribución, relación negocial diversa de la agencia comercial y de la que era tarea del demandante diferenciar sus elementos estructurales, temática que fue la sometida a decisión por la jurisdicción.

19

Lo primero que se echa de menos, son las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que supuestamente el señor Eslava fue requerido por Pirelli para prestar sus servicios de agente, nada se indicó acerca de quién, cómo, cuándo se hizo tal llamamiento, ni los términos en que se ajustó el convenio; omitió decir quién era ese funcionario de Pirelli que le pidió agenciara a la empresa y lo autorizó para ello; así como también pretermitió referir quienes fueron las personas empleadas de la demandada que le otorgaron el “mandato” para “vender” sus productos, o que autorizaban como distribuidores a los clientes que presentaba.

En todo caso, de la narración que hiciera el demandante sobre la forma en que se realizaba la operación, emerge totalmente ausente la independencia y autonomía del agente; e incierto el mecanismo de retribución o remuneración.

5.2. Sobre el tópico, el representante legal de la sociedad demandada fue enfático en desconocer la existencia de

¹² Folios 232-236 del cuaderno 1

una agencia comercial con el señor Eslava, de quien señaló era uno de sus distribuidores, adquiría los productos y los vendía a sus clientes, relató que el demandante pidió le vendieran unas llantas para ser pagadas a plazos, a lo que Pirelli accedió dado que acreditaba capacidad de pago, y cuando requería un número mayor de llantas, sin tener respaldo económico, pidió que se hiciera la venta directa para él no perder esos negocios de distribución. Indicó que nunca le pagaron comisiones, ni le dieron márgenes de utilidad por sus ventas¹³.

5.3. De la copiosa prueba documental, se extrae que a través de su establecimiento de comercio “La bodega de las llantas”, el señor Eslava vendía a sus clientes llantas Pirelli por cuenta propia, tal como se observa en los cuadernos “C” a “F”.

Respecto a las notas crédito y cuentas por pagar de Pirelli de Colombia a favor de Eslava Pardo Amaury, debe resaltarse que las mismas corresponden a un porcentaje de las sumas sufragadas por concepto de publicidad, camisetas y estampados de las mismas; asesoría técnica; soporte técnico; apertura tienda de Makro Pereira; pendones; amplificación de sonido eventos Surtimax y Kenword de la Montaña; lechona; bebidas; fletes de envíos; valor pagado a Makro por concepto de aniversario especial de diciembre de 2001 y aviso en el periódico Taxi 1; bebida evento en la Kra 32 No. 8-96; solicitud de oferta No. 70/01 Fuerzas Militares; tarjetas invitación evento Exillantas; participación Surtimax mail mes de diciembre de 2001; valor póliza Ministerio de Defensa Nacional; participación en Surtimaxmail en enero de 2002; participación en Makromail de enero de 2002; tiquetes evento Brasil; descuentos comercial, entre otros¹⁴; tampoco sirven al fin buscado por el actor, pues no puede decirse que las notas créditos correspondían al pago de comisiones.

Además, se ratifica la carencia del carácter independiente y autónomo del agente en el desarrollo de su gestión de promover los negocios del empresario supuestamente agenciado, cuando los eventos precisamente eran auspiciados y patrocinados por la demandada.

¹³ Folios 263-267 cuaderno 1

¹⁴ Folios 209-282 cuaderno 1B

Por otro lado, debe recordarse tal como lo ha sostenido la jurisprudencia la intervención de los empresarios en actividades de cooperación, como publicidad, mercadeo o en materia de restricciones, no desvirtúan la figura de la distribución.

5.4. Respecto de la carta del 11 de diciembre de 2003, en que finca el actor la terminación de la agencia comercial, debe anotarse que de su contenido no se extrae que la entidad demandada haya terminado un contrato de tal naturaleza, pues lo que allí se indica es la decisión de *“terminar unilateralmente las relaciones comerciales que durante varios meses ha sostenido Pirelli de Colombia SA (en adelante “Pirelli”) con La Bodega de las Llantas S.A.”* debido a que *“desde diciembre de 2002, La Bodega suspendió los pagos de la mercancía vendida por Pirelli, pese a las múltiples oportunidades y facilidades que ésta le brindó”*¹⁵; motivación que tiene coincidencia con el proceso ejecutivo que debió emprender la aquí demandada contra el demandante a mediados del año 2003, y que finalmente terminó por transacción, previa dación en pago de unos inmuebles que hiciera el deudor Eslava a su acreedor Pirelli.

21

Ininteligible en ese sentido es el argumento del apelante encaminado a decir que la causa ejecutiva terminada con la dación en pago, sea un hecho indicador de la pluricitada agencia; cuando lo único que de ello se puede extraer es que el señor Amaury Eslava consciente de las obligaciones insolutas frente a la entidad demandada, derivadas de la compraventa a plazos de llantas, decidió solucionarlas y para ello entregó cinco predios de su propiedad al acreedor. Por otro lado, llama la atención el que ejercido el cobro judicial de tales obligaciones, el deudor Eslava no haya opuesto la compensación con la remuneración y cesantía que a cuenta de la agencia comercial que posteriormente a través del proceso que distrae nuestra atención se reclama.

5.5. Las facturas y listados de referencia dan cuenta, como el mismo recurrente lo señala, que el señor Eslava comercializaba llantas Pirelli; pero no lo es menos, como lo refrendaron los dictámenes, que en el inventario de su establecimiento también se registraban llantas de otras marcas.

¹⁵ Folio 12 cuaderno 1

5.6. En los mensajes electrónicos, la mayoría generados por el demandante, no hay indicadores de una agencia mercantil, su contenido alude a pedidos de llantas. Y en los remitidos por Pirelli a Eslava da instrucciones e informa sobre precios e inventarios. Con ellos lo que se revela es la ausencia de independencia y autonomía, rasgo característico de la agencia mercantil.

5.7. El ofrecimiento de pagarle una suma de dinero que hiciera la luego demandada al señor Eslava, no tiene la connotación de confesión que persigue se asigne por el recurrente, máxime si se evalúa en el contexto integral de la manifestación en la que el representante de Pirelli quien se mostró extrañado por lo solicitado, “*negando que existiera a agencia comercial invocada. Sin embargo, propone la suma de VEINTISEIS MILLONES PESOS, DE PAGO TOTAL por todo concepto*”; luego, sin soslayar que sólo se trató de una fórmula de arreglo, lo cierto es que fue precedida del enfático desconocimiento de la existencia de un vínculo que pudiera calificarse como agencia comercial.

5.8. Evaluado el dictamen pericial presentado por la contadora Carrillo Álvarez, tampoco se desprende elemento de juicio que de siquiera indicios de la agencia comercial, pues sencillamente contestó las preguntas planteadas luego de revisar la contabilidad del establecimiento del demandante, de sus respuestas se extrae que “*las llantas y los productos de la marca Pirelli eran registrados en el inventario del Señor Amaury Eslava Pardo en su calidad de propietario del establecimiento comercial La bodega de las llantas*” como un activo “*identificados bajo la fuente 11 que corresponde a las compras*”¹⁶, teniendo en cuenta para sus cálculos sólo los productos Pirelli, porque en los inventarios también aparecían productos de otras marcas; sin que hubiese advertido que en los registros contables apareciera algún ingreso que, proveniente de Pirelli se hubiere calificado como “*retribución*” o “*remuneración*” o “*comisión*”; y las notas créditos hacen alusión a “*Descuento Comercial*” y “*Descuento publicidad*”, notas en las que aparece “*Ciente: 0000200003 ESLAVA PARDO AMAURY*”¹⁷.

El concepto del contador Ariza Tarazona, extenso en transcripciones, no agrega mayor cosa, pues al igual que

¹⁶ Folio 198 cuaderno 1 B

¹⁷ Folios 209 a 282 cuaderno 1B

su colega dio cuenta que “*las anheladas compras*” de llantas Pirelli fueron registradas en los inventarios del establecimiento del señor Eslava como un activo; y las “*facturas de compra*”, soportaban los respectivos asientos contables; por lo demás, recalculó las operaciones que hiciera la señora Carrillo.

Pero, de ninguno de los conceptos se puede determinar que los dineros obtenidos por el demandante corresponden a utilidades o comisiones; ni que ello redundó en beneficio de la supuesta agenciada.

5.9. De los múltiples testimonios recaudados tampoco se establecen los elementos de una agencia comercial.

El señor Miguel González, dijo que conoció a Amaury Eslava quien a través de uno de sus vendedores le ofreció los productos Pirelli para su empresa Transportes Iceberg de Colombia, aclaró que “*fue directamente el gerente de la compañía quien me vendió las llantas y para mi, siempre fue claro que él era un distribuidor de la marca, uno de los distribuidores de la marca.*”, inicialmente le hacía los pedidos “*a él o a su proveedor y me facturaban ellos o sea la BODEGA DE LAS LLANTAS*”, el precio lo negociaba con Amaury y los problemas de calidad “*con su representante PEDRO NIÑO y/o con él*”.

La declarante Amparo Rodríguez, señaló que conoció al señor Eslava en una de las reuniones de distribuidores de Pirelli; relató que con su esposo llevan 37 años en el mercado de servicio preventivo para automóviles y decidieron comercializar llantas, empezaron “*como distribuidores haciéndole a LLANTAANDINA que era el representante de PERRLI (sic) en ese momento, compramos 40 llantas y empezamos nuestra distribución*”, luego cuando llegó Pirelli a Colombia comprándole a ésta directamente.

Fredy Castro, Carlos Cruz e Hildebrando Castañeda, si bien se desempeñaron como empleados de la demandada Pirelli, precisamente por razón de tal vínculo laboral tuvieron conocimiento, según manifestaron en sus deposiciones, que la empresa no tenía agentes comerciales; que al señor Eslava para su negocio La Bodega de las Llantas le facturaban como a cualquier cliente las llantas que pedía y que conforme a sus políticas comerciales él a su vez vendía, y se presentaba como un distribuidor de llantas Pirelli; relación que

inicialmente fue buena pero después no pagaba en los plazos acordados y por eso se terminó el vínculo.

Manuel Sánchez, quien fuese jefe de compras del área de ferretería y accesorios para automóvil de Makro, señaló que Amaury Eslava era proveedor de la línea de llantas desde 1999, vendía llantas de oriente y Norte América; Makro buscaba un producto marca propia o relacionada y *“solicitó a AMAURY que consiguiera una llanta marca propia o relacionada para que él nos la vendiera”* fue así como en el año *“2000”* se presentó con el gerente de Pirelli y le dijo que *“a partir de ese momento había conseguido una marca exclusiva para MAKRO DE COLOMBIA, marca VANTAGE”*, relató que Amaury podía vender otras marcas Pirelli de Colombia, *“durante aproximadamente 3 años, toda negociación o toda solicitud que MAKRO necesitara para la venta de productos PIRELLI él no me la autorizaba inmediatamente, hasta que él solicitaba esa autorización a PIRELLI”*, y aunque calificó al señor Eslava como representante de Pirelli ante Makro, fue reiterativo en señalar que *“toda negociación tenía que ser autorizada por PIRELLI, el manejo de volúmenes y de inventario era manejado directamente por PIRELLI”*, que era con él con quien se entendía; explicó que por política de Makro se dispuso instalar en los parqueaderos una serviteca, por lo que los proveedores se reunieron y acordaron que Amaury la montara lo que en efecto hizo con autorización de Pirelli, aunque allí el servicio no era exclusivo para productos de ésta sino para los clientes de Makro en cualquier línea de mercancías del ramo.

24

Testificó también el señor Rafael Sarmiento, representante de Flota La Macarena, dijo que el señor Eslava se presentó como representante de Pirelli y en efecto la compañía adquirió llantas para sus buses *“hacía un pedido al señor AMAURY ESLAVA, quien preguntaba a PIRELLI, si había la disponibilidad del producto que nosotros estábamos refiriendo, para que PIRELLI nos despachara, porque el señor ESLAVA no manejaba inventarios”*

Por su parte Juan Patiño, dijo que fue representante legal de Insercol, ente encargado de la comercialización de insumos para el parque automotor de Copetrán, en razón de ello conoció La Bodega de las llantas y al señor Eslava *“como representante distribuidor de la marca Pirelly”* y por su intermedio se hicieron negociaciones y promociones del producto en Bucaramanga, lo que ocurrió *“como en el año 1999 a 2003 o 2004”*, indicó que *“viajamos a Bogotá a hacer una negociación anual de aproximadamente mil quinientas llantas, con*

forma de pago a 5 meses, aprobada por el presidente de la compañía (sic) Pirelly en ese momento,, que era Vicente Marino”; pero luego al preguntársele sobre la magnitud de las operaciones dijo que “era entre todas las referencia como ciento cincuenta llantas mensuales, como una mil quinientas al año” y que en algún evento “vendimos setecientas en una tarde”¹⁸.

6. Del análisis crítico de la prueba no concurren los elementos individualizadores de la agencia comercial: no se demostró la independencia y autonomía de la gestión del demandante; tampoco, que hubiese desplegado su labor en una zona geográfica determinada con antelación; ni que para la demandada posicionó sus productos en el mercado o amplió su cobertura, desde antes de la fecha en que dice el actor inició la agencia ya se distribuían las llantas Pirelli a través de Llanta Andina; no se probó que la actividad del “agente” hubiese tenido repercusiones en la situación financiera y patrimonial del “agenciado”; ni que éste le hubiere reconocido contraprestación, remuneración o retribución alguna.

Luego el discurso del recurrente encausado a hacer ver algunos rasgos de la agencia, no son suficientes para configurarla, pues lo probado es una tarea de intermediación en la comercialización de mercancías como distribuidor. De allí que las pretensiones no podían tener acogida.

7. Corolario de lo así explicado y por las razones aquí consignadas se confirmará la sentencia cuestionada, y se condenará en costas a la parte apelante a voces del artículo 365 de la Ley 1564 de 2012.

DECISIÓN

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

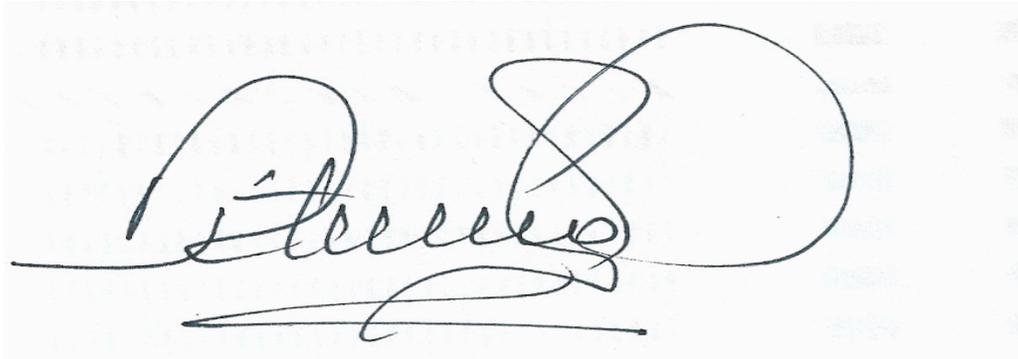
¹⁸ Folios 143-145 cuaderno 1 B

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida el 9 de octubre de 2019 por el Juzgado 48 Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al recurrente vencido; la Magistrada Sustanciadora señala como agencias en derecho la suma de \$5'000.000,00.

NOTÍFIQUESE,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada



MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

26

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

11001 31 03 032 2018 00532 01

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **DEVOLUTIVO** el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada, en contra de la sentencia emitida el 17 de julio de 2.020, por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, dentro del asunto de la referencia.

Por Secretaría, una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuentan las partes para sustentar la alzada interpuesta, conforme lo consagra el artículo 14 del Decreto 806 de 2.020.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'JP Suárez Orozco', written in a cursive style.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte
(2020)

Expediente No. 034201500405 01

De los dictámenes presentados por la parte demandante, se corre traslado a la parte contraria por el término de tres (3) días.

NOTIFÍQUESE

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:

**b97f1123eb31de609792e3db18d8608fc12af46320a55f2bc7db32e1e9b6d
df5**

Documento generado en 17/09/2020 10:37:42 a.m.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Sustanciadora**

Bogotá D. C., Diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Decide la Sala, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada contra el auto proferido por el 24 de julio de 2020 por el Juez Diecinueve Civil del Circuito de esta ciudad, que denegó las nulidades propuestas en audiencia.

I.- ANTECEDENTES

1.- A solicitud del apoderado de Banco Colpatria - Scotiabank Colpatria S.A., se adelanta el proceso ejecutivo de mayor cuantía contra Construcciones Ferglad y Cia. Ltda., Construcciones Lamda y Cia. Ltda., Fernando Ramírez Salgado, Carlos Arturo Ramírez Salgado, Ricardo Ramírez Salgado y Gladys Salgado de Ramírez, para el recaudo de \$2.734.884.170, conforme al pagaré adosado con la demanda.

2.- Por auto del 15 de febrero de 2019 se libró la respectiva orden de pago; notificados los demandados su apoderado interpuso contra esa decisión recurso de reposición, el cual fue declarado impróspero y en su defensa

propusieron excepciones mérito, cuyo traslado a la ejecutante se corrió por auto del 14 de agosto de 2019.

3.- En audiencia del 24 de julio de hogaño, una vez, fue declarada fracasada la etapa de conciliación, el apoderado de los ejecutados propuso la nulidad procesal prevista en el artículo 121 del C. G. del P., por falta de competencia tras haberse superado el término de un para que la Jueza resolviera el asunto de fondo, en el mismo sentido propuso la invalidez de la actuación por haberse configurado la causal 1ª del artículo 133 del C.G.P., motivada en que el auto que convocó a audiencia se profirió cuando los términos procesales se encontraban suspendidos y la tipificación de la causal 8ª de la misma normativa sustentada en que el auto del 14 de enero de 2020, carece de firma de la Juez y de inserción del sello del estado conforme al art. 295 de la codificación procesal.

4.- La jueza de instancia encontró imprósperas las nulidades propuestas, tras considerar que con ocasión de la suspensión de términos judiciales decretada como consecuencia de la pandemia por el virus Covid19, el hito temporal para proferir sentencia no se encontraba vencido, por lo que no se ha perdido la competencia para conocer del asunto. De otro lado, los autos que convocaron a la audiencia prevista en el artículo 371 del C. G. del P. calendados el 14 de enero y 4 de junio de 2020 fueron objeto de recursos y se encuentran en firme, por lo que no hay lugar a invalidar la actuación.

II. CONSIDERACIONES

5.- Se advierte, desde ahora, que se confirmará la providencia apelada, con fundamento en las siguientes razones:

5.1.- Falta de competencia de la Juez para resolver el juicio ejecutivo, tras el vencimiento del término previsto en el artículo 121 del Código General del Proceso:

En lo pertinente, la norma en cita es del siguiente tenor literal: “*Artículo 121. Duración del Proceso. Salvo interrupción o suspensión del proceso por causa legal, no podrá transcurrir un lapso superior a un (1) año para dictar sentencia de primera o única instancia, contado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo a la parte demandada o ejecutada. (...)*”

Vencido el respectivo término previsto en el inciso anterior sin haberse dictado la providencia correspondiente, el funcionario perderá automáticamente competencia para conocer del proceso (...)”

El segundo inciso de este artículo, fue declarado exequible de forma condicionada por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-443-19 de 25 de septiembre de 2019, así: “*en el sentido de que la pérdida de competencia del funcionario judicial correspondiente sólo ocurre previa solicitud de parte, sin perjuicio de su deber de informar al Consejo Superior de la Judicatura al día siguiente del término para fallar, sobre la circunstancia de haber transcurrido dicho término sin que se haya proferido sentencia.*”

En el sub iudice, la notificación del mandamiento de pago a los demandados, se realizó de manera personal el 22 de marzo de 2019, es decir, que el año preceptuado en la norma, culminaba el 22 de marzo de 2020; empero, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, suspendió los términos judiciales, medida que por salubridad pública continuó manteniendo por acuerdos PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11527, PCSJA20-11528, PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, 11567 hasta el 30 de junio de 2010, inclusive.

Aunado a lo anterior, mediante Decreto 564 artículo 2, “*se suspenden los términos procesales de inactividad para (...) los términos de duración del proceso del artículo 121 del Código General del Proceso desde el 16 de marzo de 2020, y se reanudarán un mes después, contado a partir del día siguiente al del levantamiento de la suspensión que disponga el Consejo Superior de la Judicatura.*” Entonces, para el caso en concreto,

tal inactividad podía extenderse hasta el 31 de julio de 2020, conforme lo explicó el *a quo*.

Se resalta que, a pesar de la activa intervención del apoderado de los demandados, no planteó la pérdida de competencia del Juzgado 19 Civil del Circuito para continuar conociendo del litigio, en los términos señalados por la Corte Constitucional en sentencia C-443-19, sino que su propuesta fue la tipificación de la nulidad, que no logró configurarse fácticamente, no solo por la omisión aludida, sino porque para el 24 de julio de 2020, aún no había transcurrido el lapso estatuido en la ley procesal. Razón de más, para mantener incólume el proveído cuestionado.

Además, antes de acaecida la fecha precitada (31 de julio de 2020), el Juzgado en la audiencia celebrada el 24 de julio, con fundamento en el inciso quinto del art. 121 del C.G.P., prorrogó el término resolver la instancia respectiva, hasta por seis meses más, decisión que no fue objeto de reparo por las partes.

5.2.- La aparente configuración de las causales 1ª y 8ª del art. 133 del C.G.P., porque se emitió el auto que convocó a audiencia, al parecer cuando los términos se encontraban suspendidos y, la ausencia de firma e inserción del sello del estado conforme al art. 295 procesal, respecto del proveído del 14 de enero de 2020.

En primer lugar, incumbe analizar la oportunidad preceptuada en el art. 135 del Código General del Proceso, según la cual “*no podrá alegar la nulidad quien (...) después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla*”.

En auto del 14 de enero de 2020, el Juzgado 19 Civil del Circuito citó a las partes para la celebración de la audiencia prevista en los artículos 372 y 373 del C.G.P., la cual se llevaría a cabo el 19 de marzo y decretó pruebas, resolución que, ante el silencio de las partes, quedó ejecutoriada. Posteriormente, en auto del 4 de junio de 2020, se convocó nuevamente a las partes y sus apoderados, dado que, para la fecha antes

prevista, se presentaron circunstancias imprevista que impidieron el acceso a los despachos judiciales, decisión que fue conocida por el apoderado de los demandados, quien ejerció el derecho de contradicción, interponiendo recurso de reposición, resuelto en proveído del 03 de julio del año en curso.

Considera, la Sala que la suspensión de términos ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura, *no conlleva a la falta de jurisdicción o de competencia*¹ del Juez que conoce del juicio ejecutivo, lo cual significa que no concurre nulidad alguna en el auto del 4 de junio de 2020; si bien, la decisión se emitió en vigencia de los acuerdos PCSJA20-11529, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, 11567, con el objeto de realizar los actos preparatorios para la reapertura de la actividad judicial, el enteramiento a las partes y sus apoderados, se hizo de manera acuciosa, no solo porque fue notificada en estado electrónico del 05 de junio², sino al enviar comunicación electrónica a los correos y resolver el recurso propuesto por el letrado del extremo pasivo, luego de lo cual, los interesados permanecieron silentes, convalidando de este modo la actuación de la Juez.

Así las cosas, el apoderado decidió actuar interponiendo un recurso y no la causal de nulidad de manera inmediata a su presunta ocurrencia, entonces, bajo las directrices del art. 135 citado, precluyó la oportunidad para plantear la inconformidad ahora reclamada; razón por la cual, no se vislumbra la ocurrencia de las nulidades reclamadas por el apelante, máxime cuando continuó actuando en el desarrollo del proceso, sin proponer sus argumentos al respecto, dando lugar a la convalidación de cualquier irregularidad que hubiese podido suscitarse.

5.3.- Corolario de lo anterior, el Tribunal desestima el recurso de alzada propuesto por el apoderado de los demandados.

¹ Causal 1 del art. 133 del C.G.P.

² Numeral 8 ibídem. Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que se haya saneado en la forma establecida en este código

III.- DECISIÓN

Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. **RESUELVE**

PRIMERO: Confirmar el auto proferido en audiencia del 24 de julio de 2020, por el Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta urbe, dentro del proceso ejecutivo incoado por Banco Colpatria - Scotiabank Colpatria S.A., contra Construcciones Ferglad y Cia. Ltda., Construcciones Lamda y Cia. Ltda., Fernando Ramírez Salgado, Carlos Arturo Ramírez Salgado, Ricardo Ramírez Salgado y Gladys Salgado de Ramírez, conforme a lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas, por no aparecer causadas.

TERCERO: Devolver oportunamente el proceso al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

MAGISTRADA PONENTE: HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

I.- OBJETO Y ANTECEDENTES.

La parte demandada interpuso recurso de súplica contra el auto de fecha 10 de marzo hogaño, por medio del cual se negó la concesión del recurso de casación; mecanismo que, de conformidad con proveído del 26 de agosto de los corrientes, emitido por la Magistrada Martha Patricia Guzmán Álvarez, resultó ser improcedente, dando paso al de reposición que será desatado por la suscrita Ponente.

La inconformidad del recurrente radica en que, a su juicio, si bien es cierto, las pretensiones de la demanda inicial, efectivamente corresponden al valor de \$464.372.983.00, suma que efectivamente no sobrepasa el monto para recurrir según el artículo 338 del C.G.P., también lo es que, el *petítum* de la demanda de reconvención, sumado en un total, desfavorables por haber sino negadas, superan más de (1000) Salario Mínimos Legales Mensuales; por lo que solicitó la revocatoria del proveído censurado,

y se tengan en cuenta las pruebas que demuestra el cumplimiento de aquella cifra.

II. CONSIDERACIONES

Conforme al art. 318 del C.G.P., el recurso de reposición procede, salvo norma en contrario contra los autos que dicte el juez, contra los del magistrado sustanciador no susceptibles de súplica y contra los de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, para que se reforme o revoque, presupuestos que se cumplen en el presente asunto.

En relación con el recurso extraordinario el art. 338 del *ibídem* determina que: *“Cuando las pretensiones sean esencialmente económicas, el recurso procede cuando el **valor actual de la resolución desfavorable al recurrente** sea superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1000 smlmv)...”* (Lo resaltado es fuera del texto.)

Reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia vigente sobre la procedencia de la casación ha establecido entre otros argumentos que:

“[...] la viabilidad o no del recurso extraordinario quedará supeditada, entre otros aspectos formales, a la demostración de quien recurre de la afectación patrimonial por él sufrida, en cuantía equivalente o superior a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha en que se profirió la sentencia impugnada, y con ocasión de la decisión adversa contenida ella, pues esto será lo que demarcará su interés para recurrir en casación, al margen de si lo pedido pudiera ser o no acogido o el soporte factico o jurídico de la pretensión, caso contrario devendrá imperativa la improcedencia del recurso.”¹

¹ C.S.J., Sala de Casación Civil, AC3600-2017 del 08 de junio de 2017, expediente 11001 02 03 000 2017 00403 00, Magistrada Ponente Margarita Cabello Blanco.

Así lo ha postulado la misma Corte en la misma línea jurisprudencial de la siguiente manera:

“Sin embargo, el agravio inferido en manera alguna puede estar vinculado a la razón o realidad jurídica del derecho reclamado, por ello, independientemente del respaldo legal que asista el afectado en sus reclamos judiciales, la cuantía de esa aspiración, en el evento de serle negada, es la que, en últimas, determina el monto del daño y a la vez, la que permite cuantificar el interés para invocar la casación”². (Subraya el Despacho)

Descendiendo al presente asunto tenemos que, contrario a lo afirmado por el censor, tal como se dispuso en el proveído combatido, lo desfavorable de la sentencia dictada por esta Colegiatura que involucraba a la recurrente en casación, en este juicio declarativo de resolución de contrato, consistió, en el valor de las condenas en restituciones mutuas, dictadas en su contra previstas en el literal e) del ordinal 1º, al resolverse el recurso de alzada formulado por la parte activa, cuya suma asciende a la cifra de **\$464'372.983.00**, valor éste que fue el único en que se condenó al extremo pasivo en el fallo de segundo grado, y resulta ser el agravio sobre el cual podría aquél edificar la cuantía del interés para recurrir, dado que aquel extremo procesal no formuló recurso de apelación contra la decisión de primera instancia del 18 de septiembre de 2019 emitida por el *a quo*, que en su ordinal segundo denegó las pretensiones de la demanda de reconvención; debiendo en todo caso el *quantum* antes señalado, adverso a sus intereses en la decisión proferida en la segunda instancia, sobrepasar la cifra de los 1.000 smlmv cuyo sustento es el *“valor actual de la resolución desfavorable al recurrente (...)”*; lo cual no acaeció en este asunto.

² Auto de 4 de noviembre de 2009, Expediente. 2009 00976 00.

Aunado a lo anterior, el hecho que la demandada ahora se muestre inconforme con la negativa dispuesta por el juez de primera instancia en cuanto a su contrademanda, no le permite justipreciar con base en esas pretensiones el interés para recurrir en el recurso extraordinario de Casación, puesto que esta Corporación debía ceñirse a lo estrictamente apelado por la parte actora, y en la providencia que resolvió su recurso, lo desfavorable para la parte Casacionista, lo cual se encuentra acorde con el límite de la competencia del Superior para decidir el recurso de apelación, previsto en el art. 328 del CGP.

Así entonces, el auto atacado se mantendrá incólume, por las razones expuestas en precedencia.

III. DECISIÓN.

Por lo expuesto, la suscrita Magistrada Sustanciadora,
RESUELVE:

PRIMERO: MANTENER el proveído de fecha 10 de marzo de 2020, dadas las consideraciones de la parte motiva de ésta providencia.

NOTIFÍQUESE,



HILDA GONZÁLEZ NEIRA

Magistrada

(07201800418 01)

Firmado Por:

HILDA GONZALEZ NEIRA

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 009 SUPERIOR SALA CIVIL DE LA
CIUDAD DE BOGOTA, D.C.-SANTAFE DE BOGOTA 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:

**a2cb183ab7b9e922ff55c31864a601d34a43d578c69cd4938450f77
b4acb3f26**

Documento generado en 17/09/2020 04:34:39 p.m.

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

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

Magistrado Ponente: **Germán Valenzuela Valbuena**

Radicado: 1100 1310 3032 **2015** 00984 **03** - **Procedencia:** Juzgado 32 Civil del Circuito.
Proceso: Martha Lucía del Consuelo de Lourdes Sáenz Pinto Vs. Itaú Corpbanca Colombia S.A. y otra.
Asunto: Apelación sentencia
Aprobación: Sala virtual n°. 36 (10/09-2020)
Decisión: Confirma.

En cumplimiento de lo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020¹, se resuelve por escrito el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 4 de septiembre de 2019, proferida por el Juzgado 32 Civil del Circuito de esta ciudad.

ANTECEDENTES

1. Martha Lucía del Consuelo de Lourdes Sáenz Pinto instauró demanda en contra de Itaú Corpbanca Colombia S.A. y Art Condominios Sas, para que:

(i) Se declare la resolución de la promesa de compraventa de opción de compra de inmueble, contrato que suscribió el 19 de octubre de 2010 con Art Condominios Sas. Y como consecuencia, se condene a dicha sociedad al pago de costas y perjuicios.

(ii) Se declare la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 1513 de 16 de junio de 2011 de la Notaría 54 de Bogotá, mediante la cual el hoy Itaú Corpbanca Colombia S.A., transfirió a la demandada Art Condominios Sas el derecho de dominio del inmueble que se identifica con la matrícula inmobiliaria No. 50C-1416225. Por ende, se debe ordenar la cancelación del negocio jurídico; que el bien se entregue a la demandante y que la

¹ Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de la justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

propiedad le sea otorgada bajo la figura del leasing habitacional de vivienda familiar. Además, pidió que los demandados sean condenados solidariamente a asumir al pago de perjuicios e impuestos del predio.

2. Como fundamento de sus pretensiones adujo:

a) Entre Martha Lucía del Consuelo de Lourdes Sáenz Pinto (locataria) y Leasing de Crédito S.A. [hoy Itaú Corpbanca Colombia S.A.], se suscribió en el año 2004 el contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda No. 10702, negocio donde se estipularon los requisitos para que se adquiriera el derecho a hacer uso de la opción de compra sobre el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50C-1416225.

b) El 19 de octubre de 2010 la demandante celebró un contrato de ‘promesa de compraventa de opción de compra de inmueble urbano’ con Art Condominios Sas, en el que prometió vender la opción de compra que tenía sobre el inmueble descrito en el leasing habitacional. Los contratantes decidieron elevar a escritura pública el acuerdo y fijaron para ese efecto el 15 de junio de 2011, pese a que era suficiente el documento privado.

El 17 de mayo de 2011 la promitente vendedora solicitó autorización al banco para transferir a favor de Art Condominios Sas la opción de compra que tenía en el contrato de leasing habitacional. En esta solicitud manifestó haber pagado el valor final. Sin embargo, no obtuvo respuesta de la entidad financiera, circunstancia que la colocó en imposibilidad de firmar la escritura pública que contenía la promesa de venta.

Art Condominios Sas no estaba dispuesta a cumplir el contrato, porque en vez de acudir a la Notaría a firmar la escritura pública, acordó directamente con el banco la transferencia del derecho de dominio del

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

inmueble, sin pagar el ‘saldo insoluto del precio de que trata el Numeral 2° de la Cláusula Tercera de la mencionada promesa’.

c) El 16 de junio de 2011 -día siguiente al pactado para solemnizar ante el Notario 54 la promesa de venta-, el actual Itaú Corpbanca Colombia S.A., transfirió directamente a Art Condominios Sas el predio objeto del proceso, donde la demandante no figuró como otorgante. Para solemnizar este acto los allí contratantes se valieron de la comunicación que la locataria suscribió el 17 de mayo de 2011, pero ese documento no puede interpretarse como una cesión de la opción de compra, sino como una autorización para ceder el derecho.

Por lo anterior, en sentir de la actora ‘salta a la vista’ la nulidad absoluta y el proceder ilegal de los otorgantes, por no existir causa ni finalidad lícitas, pues no son ciertos los hechos que motivaron la enajenación del inmueble. Además, arguye, se quebrantó norma imperativa -Decreto 1787 de 3 de junio de 2004-. Y agrega que también existe objeto ilícito porque Art Condominios Sas no fue parte en el contrato de leasing habitacional y se está enriqueciendo sin justa causa.

3. Las sociedades demandadas fueron legalmente notificadas y dentro del término legal contestaron la demanda, se opusieron a las pretensiones y formularon las siguientes excepciones de mérito:

3.1. Por parte del Itaú Corpbanca Colombia S.A.

a. Ilegitimidad de la demandante para reclamar derechos cedidos a terceros: la actora carece de titularidad para reclamar los derechos a que válidamente renunció, porque cedió a Art Condominios Sas la opción para la adquisición del predio. Por ende, no puede alegar la nulidad de la Escritura Pública No. 1513 de 2011.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

b. Inexistencia de opción o derecho a favor de la demandante: no se acreditó la intención de ejercer la opción de compra para sí misma. Por tanto, en caso de admitirse la invalidez, terminación o extinción del negocio en litigio, de todos modos estaría ‘fenecida’ la prerrogativa sobre el predio por renuncia.

c. Ilegitimidad de la demandante para invocar nulidades respecto de actos jurídicos en los que no es parte: cualquier persona distinta a las que participaron en la Escritura Pública No. 1513 de 2011 carece de legitimidad para invocar eventuales vicios.

d. Saneamiento de las nulidades que eventualmente hayan podido producirse: en el evento de que se determine que existe vocación para proponer nulidades, la demandante saneó los vicios que pudieran generarse porque: entregó materialmente el inmueble, recaudó el precio, emitió paz y salvo, pidió autorización para ceder la opción de adquisición, presentó al cesionario y se abstuvo de otorgar el instrumento público prometido.

e. Cumplimiento del demandado Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A.: la entidad financiera acató el contrato de leasing No. 10702 de 2004 y en la ‘transacción inmobiliaria’ su intervención consistió en transferir un predio de su exclusiva propiedad a un tercero, del cual la demandante no ejerció su derecho de opción de compra y tan sólo pidió autorización para cederlo.

f. Ilegitimidad por pasiva: el banco no participó en la promesa de compraventa, por ende, no pueden dirigirse en su contra las pretensiones fundadas en la infracción de ese negocio.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

g. Inexistencia de nulidad absoluta: no hay motivo de invalidez de la Escritura Pública No. 1513 del 16 de junio de 2011, porque el objeto y los motivos que la propiciación están revestidos de licitud plena.

h. Inexistencia de daño: no existe daño derivado de los hechos que deba ser indemnizado.

i. Inexistencia de culpa del Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A.: su actuar se ajustó estrictamente a las instrucciones de la locataria-demandante, quien jamás tuvo el derecho para adquirir preferencialmente la opción de compra. Por lo tanto, la transferencia del dominio a favor de Art Condominios Sas tiene plena legalidad y es producto de la cesión de la opción de compra.

3.2. Art Condominios Sas propuso como excepciones: ausencia de legitimación en la causa; modificación de los términos contractuales de la promesa de venta; contrato no cumplido por la demandante; ausencia de constitución en mora; inexistencia de objeto ilícito; validez del contrato de venta; existencia de cláusula penal, e inexistencia de daño. Además objeto el juramento estimatorio.²

LA SENTENCIA APELADA

1. El a-quo desestimó ‘las pretensiones’ encaminadas a la resolución de la promesa de compraventa de opción de compra, pero declaró oficiosamente la nulidad del parágrafo segundo de la cláusula tercera de dicho contrato, ordenando, como consecuencia, que Art Condominios Sas debe pagar a la demandante \$425.000.000, que indexados a julio de 2019 ascienden a \$580.925.507.90, más intereses de mora comerciales causados desde el vencimiento del término que fijó para el cumplimiento del pago.

² La sustentación fue conjunta para todas las excepciones (folio 758 a 768 del cuaderno 2).

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

De otro lado, no accedió a declarar la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 1513 de 16 de junio de 2011 corrida en la Notaría 54 de Bogotá. Dispuso que la demandante debía pagar costas a Itaú Corpbanca Colombia S.A. y se abstuvo de condenar por gastos del proceso a Art Condominios Sas.

2. Al efecto y en lo fundamental, señaló que en el contrato titulado ‘promesa de compraventa y opción de compra de bien urbano’, la demandante en su calidad de locataria³ prometió vender a Art Condominios Sas la opción de compra que tenía sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-1416225, negocio que los contratantes decidieron elevar a escritura pública, pero ninguno asistió a la Notaría 54 de Bogotá el 15 de junio de 2011.

La parte demandante pretendió justificar su inasistencia en la no obtención de la autorización que requería del banco para ceder su posición contractual en el leasing, acto que estimó el juez no le es oponible a Art Condominios Sas, porque el hecho de un tercero no puede exhibirse como excusa. Por ende, consideró que la promitente vendedora incumplió y no puede reclamar por el ‘cumplimiento de la otra parte’.

Adujo que la comunicación que remitió la demandante el 17 de mayo de 2011⁴ fue un soporte para que entre los demandados se transfiriera el derecho de dominio del inmueble, prueba de la que infirió que Art Condominios Sas tenía conocimiento de la escritura pública a su favor y el *‘despacho entiende de que se iban a pretermittir ese paso ya previsto [asistencia a la Notaría el 15 de junio de 2011], bajo el entendido de que el banco estaba autorizando el traspaso de dominio a Art Condominios Sas’*.

³ Calidad que contrajo en el contrato de leasing habitacional que suscribió con el hoy Itaú Corpbanca Colombia S.A.

⁴ En este documento solicitó al hoy Itaú Corpbanca Colombia S.A. ‘que la opción de compra se haga a favor de Art Condominios Sas’ (f. 61 c. 1)

3. Para declarar la nulidad del párrafo segundo de la cláusula tercera de la promesa de venta, expuso que es un ítem accesorio en el que la demandante asumió el compromiso de adquirir un porcentaje de parqueaderos en la construcción que el promitente comprador iba a edificar en el predio. Y que el valor de esa futura compra se fijó en \$425.000.000 (valor que se descontaba del precio total del negocio que fue por \$2.375.000.000).

Esa estipulación según el a-quo carece de eficacia jurídica⁵, porque atañe a la transferencia de dominio del terreno o de los parqueaderos que allí se hace mención, pero no se cumple con los requisitos del artículo 89 de la Ley 153 de 1887, ya que no se mencionó la fecha ni la Notaría donde se formalizaría esa eventual escritura de venta. Entonces, debe pagarse el faltante del precio de la promesa en la forma general que se convino, más indexación.

4. Manifestó que la demandante no tiene interés para demandar la nulidad absoluta de la escritura pública celebrada entre Itaú Corpbanca Colombia S.A. y Art Condominios Sas, porque se comprometió a ceder los derechos derivados de la opción de compra y para cuando presentó la acción la transferencia del dominio ya se había consumado.

De todos modos, indicó que de los hechos de la demanda no surge una circunstancia que configure una causa ilícita, porque el banco interpretó que la instrucción que dio Martha Lucía Sáenz el 17 de mayo de 2011 era para transferir el dominio del predio, y bajo ese entendimiento procedieron los contratantes en el negocio jurídico. Tampoco encontró un objeto ilícito porque la entidad financiera era la dueña del inmueble y si no se cumplió el contrato de leasing en punto a la opción de compra,

⁵ Apoyó su decisión en lo previsto en el inciso segundo del artículo 898 y artículo 902 del Código de Comercio, y en que ese específico pacto no corresponde a la obligación esencial del contrato.

compromete su responsabilidad contractual, pero no puede decirse que exista objeto ilícito.

LA APELACIÓN

1. Inconforme con tal determinación, la parte demandante apeló y sustentó ante el Tribunal lo siguiente:

a. Art Condominios Sas ha sostenido que pagó la totalidad del precio, con el argumento de que la promesa de compraventa de opción de compra hacía parte de un negocio global encaminado a la construcción de un edificio que requería la adquisición de cuatro lotes, pero no discriminó a qué bien correspondía cada pago, qué cantidad sufragó en moneda colombiana y en dólares americanos.

Si bien el señor Jorge Leonardo Sáenz (representante de la demandante), declaró haber recibido el pago a entera satisfacción en un documento que firmó el 1 de febrero de 2011, esa manifestación se contraía a las sumas que debían ser satisfechas con corte a esa data, pero no están incluidos los valores posteriores. Se demostró que después del 15 de junio de 2011 quien sufragó el valor restante fue su hermano y apoderado general.

b. La no comparecencia a la Notaría 54 de Bogotá el 15 de junio de 2011 obedeció a que el banco titular del leasing no dio la autorización para ceder la opción de compra. Por ende, estuvo allanada a cumplir con el contrato, puesto que: entregó el inmueble, pagó oportunamente los compromisos derivados del contrato de leasing, canceló el valor de la opción de compra y pidió la autorización para la cesión a favor de Art Condominios Sas.

c. Art Condominios Sas obtuvo la propiedad del inmueble, sin someterse a las condiciones de la promesa de compraventa de opción de compra,

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

pues no acudió a firmar la escritura pública y arregló anticipadamente con el banco la transferencia del dominio.

d. La declaratoria de nulidad oficiosa del párrafo segundo de la cláusula tercera del contrato de promesa de opción de compra no desvirtúa el incumplimiento en que incurrió Art Condominios Sas respecto al numeral segundo de esa cláusula (pago del precio).

f. El banco no estaba facultado para otorgar la Escritura Pública No. 1513 de 16 de junio de 2011, porque Art Condominios Sas no acreditó ser la cesionaria de la opción de compra y la carta de autorización no equivale a una cesión. Entonces se dispuso indebidamente de un derecho de la demandante, comportamiento que va mucho más allá de la simple responsabilidad contractual que configura una nulidad absoluta y una vía de hecho.

g. No se discute la decisión de declarar oficiosamente la nulidad del párrafo de la promesa de venta, pero se discrepa sobre la decisión de reconocer solamente un ajuste del Ipc, porque ello conlleva un enriquecimiento ventajoso de Art Condominios Sas, ya que con el dinero de la demandante se construyó un edificio sobre el lote. Por ende, debió reconocerse intereses moratorios desde el 15 de junio de 2011.

h. Solicita que se condene en costas a Art Condominios Sas y a Itaú Corpbanca Colombia S.A.

Cuando sustentó el recurso de apelación, señaló que: *“Comienzo por atacar la absolución total al HELM BANK S.A., hoy ITAÚ y la de la sociedad ART CONDOMINIOS, que conlleva haber desechado la pretensión de nulidad absoluta de la escritura pública No 1513 del 16 de junio de 2011 de la Notaría 54 de Bogotá, por las graves implicaciones que ello tiene, no solamente por lesionar gravemente los intereses de mi*

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

representada, sino también por la repercusión que tiene para la sociedad colombiana en general tan gratuita indulgencia para con un tipo de conducta culposa de los intervinientes, especialmente, de la entidad bancaria que tras vincular un cliente a un contrato de adhesión que le reporta ingentes ganancias al banco, como es el leasing inmobiliario, al final viola dicho contrato, así como las normas que lo regulan, en forma notoria y por escritura pública, en concierto con un tercero”, respecto de lo cual efectuó una amplia explicación en 38 numerales.

2. La parte no apelante se pronunció de la siguiente forma:

2.1. Art Condominios Sas solicitó que la ‘condena’ se mantenga, pero sin incluir intereses, en razón al riesgo que tomó la demandante en el ‘Proyecto Art Hotel’ y porque esa obligación emana del convenio de ‘Construcción y Entrega de Parquaderos’. El pago de réditos no debe ser pagado dentro de los 20 días después de la sentencia de primera instancia, sino desde la decisión del Tribunal.

2.2. El Itaú Corpbanca Colombia S.A., señaló que la demandante carece de legitimidad para impugnar la Escritura Pública No. 1513 de 2011 ya que esa prerrogativa está reservada para el ‘vendedor’ y el ‘comprador’. Agregó, que en la apelación no se identificó cuál sería la ilicitud en el objeto y causa que se atribuye al referido contrato, y que las ‘infracciones’ que se endilgan al banco sobre el contrato de leasing No. 10702 de 2014 no tienen vocación de invalidar la escritura de ‘compraventa’. Por último, reseñó que no tiene cabida los eventuales incumplimientos de Art Condominios Sas en la promesa de venta.

CONSIDERACIONES

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

1. Para la parte actora las sociedades demandadas fueron absueltas al desecharse la pretensión de nulidad absoluta de la escritura pública No. 1513 de 16 de junio de 2011 de la Notaría 54, por acarrearle graves implicaciones económicas, “indulgencia” que en su sentir asimismo repercute en la sociedad colombiana, pues el banco vinculó a un cliente a un contrato de adhesión, como es el leasing inmobiliario, para luego, en forma notoria, por escritura pública y “en concierto con un tercero”, violar ese contrato y las normas que lo regulan. La amplia explicación al respecto, que apenas se trajo en la sustentación de la alzada en esta instancia, constituye reparos adicionales que por esta razón no pueden ser materia de pronunciamiento alguno de conformidad con lo dispuesto por los artículos 322 y 328 del Cgp, ya que el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia (inc. final, art. 327 *ibidem*).⁶

De otro lado, tampoco se pueden atender las peticiones que formuló la sociedad Art Condominios Sas en el escrito de réplica, habida cuenta que al provenir la apelación solamente de la parte demandante, han de atenderse las limitaciones propias para resolver la alzada, previstas por el artículo 328 del Cgp, en concordancia con el principio constitucional de la *no reformatio in pejus*, que impide hacer más gravosa la situación del apelante único, principios complementados por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que imponen al superior un marco de actuación referido a los términos de la alzada.⁷

⁶ “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).

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de octubre de 2009, Ref: Exp. No 05360-31-03-001-2003-00164-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

2. Se confirmará la sentencia recurrida, en la medida en que son válidos los razonamientos que se hicieron en torno a los problemas jurídicos relacionados con cada una de las pretensiones de la demanda, como a continuación pasa a explicarse.

En el presente caso el objetivo medular perseguido con la apelación interpuesta por la accionante es que se acojan sus pretensiones, por conducto de las cuales perseguía la resolución del contrato ‘*de promesa de compraventa de opción de compra de inmueble urbano*’ que celebró con Art Condominios Sas⁸. Y la declaratoria de nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 1513 de 16 de junio de 2011 de la Notaría 54 de Bogotá, donde participaron Helm Bank S.A. (hoy Itaú Corpbanca Colombia S.A.) y Art Condominios Sas, en la que ésta última se hizo al dominio del inmueble de la Calle 96 No. 12-23 de esta ciudad, en virtud de la opción de compra prevista en el contrato de leasing habitacional que inicialmente contrajo Martha Lucía del Consuelo de Lourdes Sáenz Pinto.⁹

3. Frente a la resolución del contrato preparatorio se invocó en el libelo, de manera por demás profusa, que Art Condominios Sas no cumplió el convenio de marras, pues no satisfizo su obligación de acudir a la Notaría 54 de Bogotá a suscribir la correspondiente escritura pública. Sin embargo, la recurrente deja de lado que en el contexto que ella misma expone, el alegado incumplimiento del acuerdo no sería causa que

⁸ En este negocio la demandante, como promitente vendedora en la relación contractual, se comprometió a “*vender al promitente comprador y éste promete comprar la opción de compra que tiene sobre el inmueble que se describe a continuación dentro del contrato de leasing inmobiliario No. 10702 cuyo titular es Leasing de Crédito S.A. Helm Financial Services...un lote de terreno... al que le corresponde la matrícula inmobiliaria No. 50C-1416225*” (fs. 48 y 49 c. 1)

⁹ Contrato de leasing habitacional para la adquisición de vivienda familiar No. 10702 de 16 de diciembre de 2004, celebrado entre Martha Lucía del Consuelo de Lourdes Sáenz Pinto (locataria) y el actual Banco Corpbanca (la leasing). En este negocio se entregó a la locataria en arriendo con opción de compra el predio ubicado en la Calle 96 No.12-23de Bogotá. (fs. 355 a 360 c. 2)

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

resuelva la negociación, habida cuenta que la obligación fundamental perseguida en la promesa se cumplió a cabalidad.

En efecto, nótese que la intención de los contratantes consistió en que la opción de compra que la demandante tenía a su favor en el contrato de leasing habitacional, fuera ejercida por Art Condominios Sas. Ahora, en la Escritura Pública No. 1513 de 2011 de la Notaría 54 de Bogotá¹⁰ se recogió la voluntad contractual de la apelante en el contrato preparatorio -ceder su posición contractual en el leasing-, tanto que Itaú Corpbanca Colombia S.A., transmitió el derecho de propiedad del predio identificado con la matrícula inmobiliaria No. 50C-1416225 a Art Condominios Sas, sobre el cual recaían tanto el leasing como la promesa de ceder la posición contractual para comprarlo, a tal punto que en los antecedentes de ese instrumento público se hizo referencia a la cesión del “derecho de adquirir la propiedad” de tal inmueble (f. 57, c.1).

En lo que atañe a la naturaleza y objeto del contrato de promesa la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“El objeto de la promesa –según lo tiene establecido la jurisprudencia– es la conclusión del contrato posterior. De ahí que “siendo el contrato de promesa un instrumento o contrato preparatorio de un negocio jurídico diferente, tiene un carácter transitorio o temporal, característica esta que hace indispensable, igualmente, la determinación o especificación en forma completa e inequívoca del contrato prometido, individualizándolo en todas sus partes por los elementos que lo integran”. (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724)

“La promesa de celebrar un contrato –en términos de ALESSANDRI– puede definirse diciendo que es aquella convención por la cual los contratantes se obligan a celebrar otro contrato dentro de cierto plazo o al evento de una condición. La promesa es un antecedente del contrato prometido; no es el mismo contrato, sino diverso de éste”. (Op. Cit. Pág. 841)

El contrato de promesa, por tanto, no puede confundirse con el prometido, pues es su antecedente; y la realización de éste es el objeto de aquélla. “La promesa no es sino una convención que sirve para celebrar otra, por lo que no produce más efecto que poder exigir la celebración de éste. Ahí termina su misión. Celebrado el contrato prometido desaparece la promesa.” (Ibid, 842)

Por ello, ha sido reiterada la posición de esta Corte al considerar que la promesa tiene un “carácter preparatorio o pasajero, lo cual implica por naturaleza una vida efímera y destinada a dar paso al contrato fin, o sea, el prometido...” (Sentencia de 14 de julio de 1998. Exp.: 4724)

¹⁰ Folios 56 a 117 c. 1.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

*La promesa y el contrato prometido jamás pueden coexistir en el tiempo, pues el nacimiento de éste acarrea la extinción de aquélla*¹¹. (Destacado fuera de texto)

En el asunto *sub judice* el contenido y la negociación que se llevó a cabo en la Escritura Pública N° 1513 de 16 de junio de 2011 es suficiente para desestimar la pretensión resolutoria del contrato de promesa, porque ésta perdió su eficacia frente a la obligación fundamental, comoquiera que se materializó el compromiso de vender la opción de compra. Y es que no otra cosa puede concluirse al respecto, porque si el fin de los otrora contratantes era cambiar la posición del locatario en el contrato de leasing, ello tenía como objetivo que a la postre la sociedad Art Condominios Sas se hiciera con la propiedad del inmueble ubicado en la Calle 96 No. 12-23 de Bogotá, como efectivamente sucedió.

Lo expuesto no decae por el hecho de que la demandante no hubiera participado en el documento público final, pues su actividad se debía restringir a *‘solicitar la autorización para opción (sic) de compra en favor del promitente comprador’* (f. 50 c. 1), quien a la larga adquirió el predio. Sin que sobre advertir que no era ella quien debía firmar la venta por no ser la titular del derecho de dominio, calidad que se reservó el banco en el contrato de arrendamiento con opción de compra.

Ahora, si bien es cierto que la promesa de vender y el acto de enajenación poseen unos elementos característicos que los hacen distintos, para este caso están relacionados en el entendido que el perfeccionamiento del segundo constituyó en gran parte el objeto del primero, luego, se insiste, cumplido el fin del contrato preparatorio éste pierde su razón de ser, y por ende, pretender su resolución resulta irrelevante pues ningún efecto práctico tendría comoquiera que la transmisión del dominio del bien ya se produjo, cuya tradición se efectuó en la forma legalmente establecida y

¹¹ CSJ, sentencia de diciembre 16/13, Exp. 11001-3103-023-1997-04959-01.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

cuyos efectos jurídicos se mantendrán hasta tanto no exista decisión judicial que disponga lo contrario.

3.1. No obstante, pese al carácter preparatorio del contrato de promesa (obligación de hacer), también ha sostenido la jurisprudencia que no existe impedimento para que los contratantes, en ejercicio de su autonomía, establezcan pactos adicionales que, en principio, son marginales al contrato prometido, toda vez que:

“Por sabido se tiene que el contrato de promesa naturalmente es fuente de una y principal obligación: hacer el contrato prometido. Otorgar la escritura pública que perfeccione el contrato de compraventa del inmueble, cuando este es el tipo de bien sobre el cual se versa. Sin embargo, como con claridad lo ha explicado la Corporación, nada obsta para que las partes en el cuerpo de una misma convención combinen diferentes tipos de contratos o prestaciones, o tratándose del contrato de promesa, hacer una mixtura donde además de contraer la obligación de hacer o celebrar el contrato prometido, se anticipe el cumplimiento de prestaciones propias de este contrato fin, lo cual resulta válido por virtud de los principios de la autonomía privada y de la libertad contractual, en tanto el surgimiento de estas obligaciones no precise de una solemnidad diferente a la establecida para el contrato de promesa por el art. 89 de la ley 153 de 1887. De allí que estilen los contratantes cuando de promesa de compraventa se trata, estipular obligaciones sobre el pago del precio y la entrega material de la cosa, que naturalmente sólo vendría a generar el contrato prometido”. (Cas. de 4 de septiembre de 2000, Exp. 5420)

Por consiguiente, cuando en un mismo documento las partes se comprometen a celebrar posteriormente el contrato definitivo, pero además adelantan estipulaciones sobre prestaciones que han de regir el convenio conclusivo, tales como las condiciones de pago, la forma de entrega de la cosa, y las garantías, entonces es preciso admitir que esas obligaciones tienen plena vigencia una vez se perfecciona el acuerdo prometido –siempre que se trate de uno consensual y que los contratantes no hayan convenido otra cosa–; sin que ello signifique que la promesa coexista con el negocio principal, pues el pacto de realizar el contrato a futuro quedó extinto por completo, y solo las cláusulas referidas a regular el convenio final se entenderán incorporadas en éste, independientemente del documento o acto en el que se hayan establecido.”¹²

Frente al cumplimiento de la parte demandante, es claro que no compareció a la Notaría 54 de Bogotá el día 15 de junio de 2011 y en los reparos pretende justificar esa omisión en el hecho de que no estaba en condiciones de cumplir, porque en su sentir el banco no otorgó la autorización para ceder la posición del locatario; sin embargo, de esa circunstancia no hay forma de inferir un motivo de allanamiento a

¹² CSJ, Cas. Civ. Sent. Dic 16/2013.

cumplir el convenio, y por el contrario, es palmario el incumplimiento de los compromisos adquiridos.

Nótese que la ahora apelante solicitó el citado permiso a la entidad financiera el 17 de mayo de 2011 (f. 61 c. 1) -un mes antes de la firma de la escritura- cuando esa autorización debía obtenerse, según el contrato, antes del 31 de octubre de 2010 (parágrafo primero cláusula tercera), es decir, hubo un retardo injustificado en esa obligación. Por demás, si no se estaba en capacidad de cumplir, en vez de abstenerse de ir ante el notario, la buena fe, la lógica y la costumbre mercantil le imponía a la promitente vendedora el deber de informar al contratante, y de ser el caso, postergar mediante *otro sí* el otorgamiento de la escritura pública¹³, o cuando menos, asistir a la Notaría para que se certificara la situación que según la apelante obstaculizaba el negocio, pero ninguna de esas dos actividades desplegó.

En cuanto al pago del precio acordado y la extensa argumentación que al respecto se propone, baste decir que la misma apelante al absolver el interrogatorio de parte señaló que “*yo no estoy discutiendo de las platas, las platas las pagaron*”¹⁴ y más adelante reiteró “*yo lo único que le digo es que lo de la plata sí lo cumplieron*”¹⁵.

Así, entonces, se concluye que el contrato de promesa perdió eficacia, o sobrevino la carencia de su objeto, dado que el contrato perseguido, esto es la venta del inmueble al adquirente de la opción, se efectuó en la forma que lo habían previsto. De todos modos y en aras del debate, frente al clausulado adicional la apelante no estaba legitimada para reclamar el cumplimiento de su contraparte, por no haber honrado sus deberes

¹³ Solemnidad que no se requería para este tipo de contrato, pero que las partes decidieron estipular.

¹⁴ Ver 1:07:18 audiencia de 17 de julio de 2019.

¹⁵ 1:08:09 *ib.*

contractuales, sin que pueda aducirse que la sucesión en el tiempo de las obligaciones pactadas determinó, o justificó su desatención, comoquiera que en dicha materia hay que valorar la relación de causalidad que existe entre ellas. Es decir, en este caso no se advierte que cada incumplimiento¹⁶, fuera determinante del que puede atribuirse a la contraparte, motivos que son suficientes para confirmar este segmento de la decisión, sin que sea necesario ahondar en los demás reparos propuestos en contra de este aparte de la fallo¹⁷, toda vez que la decisión no cambiaría en el hipotético caso que a la apelante le asistiera razón.

4. Para negar la declaratoria de la nulidad absoluta de la Escritura Pública No. 1513 de 16 de junio de 2011, el fallador de instancia dijo que la demandante no tenía interés para cuestionar el contrato, pero además indicó que no había objeto ni causa ilícitas en la negociación.

Contra lo así resuelto, la recurrente orientó su argumentación a poner de presente que Itaú Corpbanca Colombia S.A. no tenía facultades para otorgar el instrumento público, comoquiera que Art Condominios Sas no acreditó ser la cesionaria de la opción de compra. También planteó la interpretación que en su sentir debe darse a la comunicación de 17 de mayo de 2011. Sin embargo, aunque fuera cierto que las cosas ocurrieron del modo que lo señala, la sentencia de primera instancia le seguiría resultando igualmente adversa a la parte demandante, pues no combatió todos los fundamentos de la sentencia de primera instancia entre los cuales el Juez no halló legitimidad de la apelante para impugnar el contrato.

¹⁶ La sociedad demandada tampoco acudió a la Notaría para el 15 de junio de 2011.

¹⁷ Se alegó que: a) Art Condominios Sas obtuvo la propiedad del inmueble, sin someterse a las condiciones de la promesa de compraventa de opción de compra, pues no acudió a firmar la escritura pública y arregló anticipadamente con el banco la transferencia del dominio, y (b) que el representante legal de Art Condominios Sas aportó un documento sin fecha que fue tenido en cuenta por el a-quo nominado 'convenio construcción y entrega de parqueadero'.

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

En esas condiciones, como la apelante no propuso reparos contra todos los fundamentos que conllevaron a negar las pretensiones, carga en la cual no puede ser sustituida por este Tribunal, al que está vedado adentrarse en el análisis del fallo en materias que no sean cuestionadas de manera certera por las partes al momento de sustentar el recurso, se impone, sin ninguna consideración adicional, desestimar el recurso planteado.

5. Despejado lo anterior, sólo resta referirse a las condenas impuestas en la sentencia por la nulidad parcial que se decretó y las costas procesales.

Pues bien, los intereses moratorios son los que debe pagar un deudor como indemnización por el retraso en que ha incurrido; es una forma de reparar el daño sufrido por el acreedor ante el incumplimiento del otro contratante, tipo de rédito que no es viable disponer en este caso desde junio de 2011, porque no hubo desacato contractual declarado; la orden de cancelar el monto de \$425.000.000 fue consecuencia de la nulidad oficiosa que el juez declaró respecto del parágrafo segundo de la cláusula del contrato de promesa de venta y lo acertado era la actualización de esa cifra para el momento de la sentencia conforme al Ipc, como así lo dispuso el a-quo.

Para finalizar, no procede la imposición de condena en costas que echa de menos la impugnante, pues es evidente que entre demandante y Art Condominios Sas no hubo parte vencedora, pero al Itaú Corpbanca Colombia S.A. sí deben ser reparados los gastos en que incurrió para atender el litigio, habida cuenta que las pretensiones propuestas en su contra fueron negadas. (núm. 1 art. 365 Cgp)

Apelación Sentencia: 1100 1310 3032 2015 00984 03

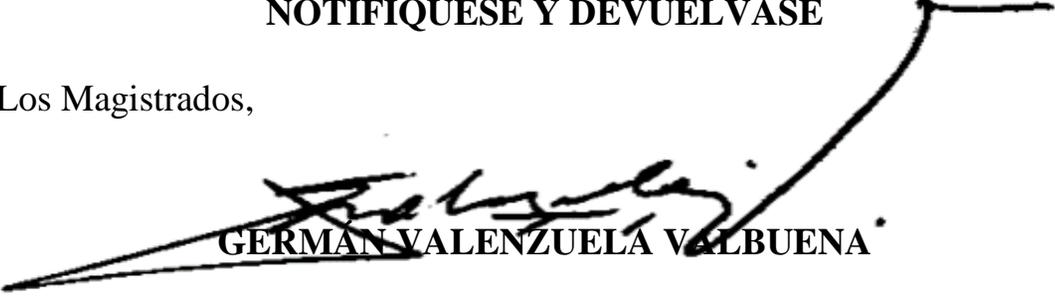
Sin ninguna consideración adicional se confirmará la sentencia apelada. Y ante los resultados del recurso se impondrá condena en costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CONFIRMA** la sentencia apelada, proferida el 4 de septiembre de 2019 por el Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá. Costas a cargo del apelante. El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de segunda instancia la suma de \$1.000.000. Líquidense (art. 366 Cgp).

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

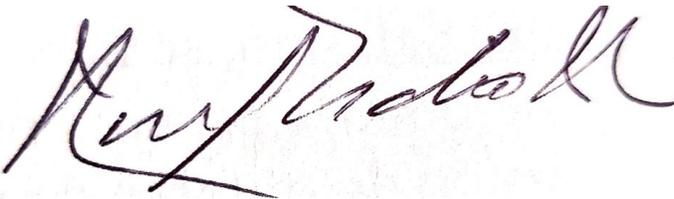
Los Magistrados,



GERMÁN VALENZUELA VALBUENA



ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA



MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

Radicado: 1100 1310 3032 2015 00984 03

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

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

Radicado: 11001 31 03 030 2017 **00641** 01

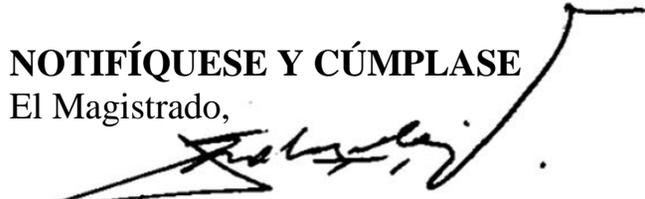
Atendiendo al poder aportado, se reconoce personería a Guillermo Luis Vélez Murillo como apoderado de la demandante Zeinlert Zerlitsalem Alfonso Blanco.

En lo que atañe a la petición de prórroga del lapso para sustentar los reparos de la apelación, ésta resulta improcedente, comoquiera que los términos legales no pueden alterarse si no media causal de interrupción o suspensión, lo que acá no acontece. De todas maneras, la pieza procesal que se solicita se enviará al correo electrónico del apoderado.

Ahora, teniendo en cuenta que desde la notificación del auto mediante el cual se reanudó el proceso transcurrió el término de ejecutoria del auto admisorio y que luego de ello empezó a correr el lapso para sustentar los reparos de la alzada formulada en primera instancia, una vez culmine este último término y transcurra el de la réplica, vuelva el expediente al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

El Magistrado,


GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 030 2017 00641 01

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

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

Proceso : Verbal
Demandante : María Marcela Carvajal Pérez
Demandado : Back Office and Technology S.A.S., Pardo y Asociados Estrategias Tributarias S.A., Emilui S.A.S., Vinsa Inversiones S.A.S., Heinsohn Business Technology S.A., Alejandro Arango Mejía y Rodrigo de Jesús Arias Jaramillo
Motivo : Apelación auto.

ASUNTO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto proferido en audiencia el 6 de agosto de 2020, por el cual la Delegatura para Procedimientos Mercantiles de la Superintendencia de Sociedades resolvió sobre las pruebas solicitadas.

ANTECEDENTES

En la providencia cuestionada se rechazaron las siguientes pruebas: (i) dictamen pericial solicitado por la demandante, elaborado por una perito contable “porque no está orientado a corroborar los hechos objeto del litigio”, toda vez que el acuerdo privado de accionistas “no hace parte de este proceso”, en tanto lo que se está verificando es la nulidad o eventual nulidad de unas decisiones sociales adoptadas en el seno del máximo órgano social de BOT y por aquella circunstancia cualquier discusión relacionada con el cumplimiento o no del acuerdo privado de accionistas no puede ser tomada en cuenta por el Despacho (4:35:45-4:36:56); y (ii) y las declaraciones, solicitadas por la contraparte, de Santiago Pardo Ramírez, en su calidad de representante legal de Pardo y Asociados Estrategias Tributarias, porque “forma parte del objeto del litigio y de la controversia como demandado”, y si se permitiera su comparecencia a

declarar como tercero “se estaría permitiendo la citación de un mismo extremo procesal, lo que conllevaría a la preconstitución de pruebas”. En el mismo sentido la de Luis Fernando Acuña, quien había sido solicitado como el representante de Emilui S.A.S. (4:37:46-4:38:37).

Las partes impugnaron la decisión, pero a continuación solo se relacionarán los reparos de la demandante quien fue la única que acudió a la alzada en subsidio del recurso de reposición.

LOS RECURSOS

La censora alegó que el dictamen pericial busca establecer una de las pretensiones formuladas en la demanda, como lo es por ejemplo “la eliminación de una de las cuentas, cómo se determina, que, en efecto, una cuenta se eliminó o no y sigue obrando de alguna manera en la contabilidad de la sociedad, pues un experto contable es quien tiene que entrar a revisar los estados financieros”, como lo hizo la contadora en la experticia aportada. Así mismo, permite verificar “si hubo dilución sistemática del porcentaje y si la capitalización de los honorarios dejados de pagar, ocurrió o no” (4:40:35- 4:42:35).

La contraparte solicitó que se confirme la providencia.

El *a quo* confirmó su decisión y concedió la alzada (4:48:47).

CONSIDERACIONES

1. En la demanda se solicitó que se tuviera en cuenta el dictamen pericial que aportó, elaborado por Claudia Patricia Flórez Nieto, y aunque allí no se precisó su objeto en la experticia se explicó que con esta se pretendía resolver los siguientes interrogantes:

“1. Con base en los registros contables suministrados por la sociedad BOT para los años comprendidos entre 2008 y 2014, ¿los honorarios no cobrados por la señora María Marcela Carvajal Pérez fueron capitalizados con lo estipulado en el Acuerdo Privado de Accionistas?

2. ¿el valor del aporte industrial fue reconocido en los estados financieros de la sociedad BOT y capitalizado según el Acuerdo Privado de Accionistas?”.

A su vez, revisado el petitum de la demanda se advierte que la actora busca:

“TERCERA: Que se declare que existió abuso del derecho de voto por parte del grupo mayoritario de accionistas de la sociedad BACK OFFICE AND TECHNOLOGY S.A.S., esto es, PARDO & ASOCIADOS ESTRATEGIAS TRIBUTARIAS S.A.; EMILUI S.A.S.; VINSA INVERSIONES S.A.S.; HEINSOHN BUSINESS TECHNOLOGY S.A.; ALEJANDRO ARANGO MEJIA y. RODRIGO DE JESUS ARIAS JARAMILLO, en las decisiones correspondientes a la eliminación de los estados financieros la cuenta para ir liberando aporte en Know How en las provisiones (nota 11 de los estados financieros de 2015) donde aparece bajo el título de "APORTES SOCIOS DE INDUSTRIA" y aparecen cada uno de los socios en industria tales como MARIA MARCELA CARVAJAL.

(...) QUINTA: Que se ordene a la sociedad BACK OFFICE AND TECHNOLOGY S.A.S. pagar a la señora MARÍA MARCELA CARVAJAL los honorarios descontados no capitalizados equivalentes a DOSCIENTOS MILLONES CIENTO QUINCE MIL DOSCIENTOS DIECISIETE PESOS M/CTE (\$200.115.217).

(...)

SÉPTIMA: Que se ordene a la sociedad BACK OFFICE AND TECHNOLOGY reversar la operación mediante la cual eliminó la cuenta

del aporte en industria (know how) y se reconozcan como pasivo cierto de la sociedad en favor de la demandante”.

2. En esas condiciones, para el Despacho es claro que el objetivo del dictamen presentado no es discutir el Acuerdo Privado bajo el cual, se dice en la demanda, operó la sociedad, sino, en realidad, de cara al mismo, constatar si en efecto, por decisiones proferidas en ejercicio abusivo del derecho de voto de los accionistas mayoritarios, se dejaron de capitalizar los honorarios percibidos por la demandante y si se eliminó de los estados financieros la cuenta correspondiente a su aporte industrial, que son básicamente los hechos que fundamentan las pretensiones.

Y es que así la experticia de alguna manera se llegara a desviar de lo que busca la presente acción, pues como lo advirtió el *a quo* esta no recae sobre el Acuerdo Privado de accionistas propiamente, el juez siempre podrá evaluar el efecto probatorio de la prueba sobre los hechos que la soportan, en la oportunidad que le brinda el artículo 232 del C.G.P., más no es acertado descartarla de entrada dejando así, de cierta forma, desprovisto de prueba el dicho de la actora, más aún si su contraparte no la contradijo como le permitía el artículo 228 ib.

3. No puede olvidarse que en materia probatoria, prima el derecho de las partes a probar los hechos que le sirven de fundamento a sus pretensiones y excepciones, por lo que es deber de los jueces adoptar las medidas necesarias para facilitar su ejercicio, desde la oportunidad misma para pedir pruebas, pasando por el decreto de ellas, hasta su recaudación; así como “[e]mplear los poderes que [la codificación procesal] le concede en materia de pruebas de oficio para verificar los hechos alegados por las partes”. En ese entendido, si la prueba ha sido solicitada formalmente y en oportunidad, solo podrá rechazarse, “mediante providencia motivada”, cuando sean ‘ilícitas’, ‘notoriamente impertinentes’, ‘inconducentes’ y ‘manifiestamente superfluas o inútiles’,

en los términos del artículo 168 del C.G.P., lo que aquí no resultaba evidente.

De acuerdo con la exposición realizada, se revocará la providencia recurrida.

RESUELVE.

PRIMERO: REVOCAR el auto de fecha y procedencia referidas, de acuerdo con las razones anotadas. En consecuencia, se ordena tener como prueba el dictamen pericial aportado por la demandante María Marcela Carvajal Pérez, en su escrito de demanda.

SEGUNDO: Sin costas ante la prosperidad del recurso.

TERCERO: Oportunamente, devuélvanse las diligencias a la dependencia de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REÚBLICA DE COLOMBIA



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

Correo: des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Radicado (001) 2020-09277-01

Bogotá, diecisiete (17) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Ref.: VERBAL DE BAYPORT COLOMBIA SAS CONTRA E-CREDIT SAS Y LUIS HENRY VARON QUIMBAYO

Estando el proceso al despacho para resolver, se observa que el link enviado que contiene el proceso escaneado, no se deja descargar, y cuando se intenta abrir exige un correo electrónico y clave; en consecuencia, se dispone **Requerir** a la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales - Grupo de Competencia Desleal y Propiedad de la Superintendencia de Industria Y Comercio, para que en el término de **cinco (5) días** a partir del recibo de la comunicación, remitan el en un formato que permita ser descargado o deje abrir el expediente digital para su revisión.

El link, enlace que contiene el expediente digital de la referencia, deberá ser remitido a los siguientes correos: secstibsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co, con copia al des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cúmplase,

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:

**949a2c32188f8e3f25a4e96e230ad71460d811bb0db5311261f06
6cc6cb90cd9**

Documento generado en 17/09/2020 08:42:46 a.m.