

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110013103011-2013-00036-03
Demandante: Celcosta Ltda.
Demandado: Comunicación Celular Comcel S.A.
Proceso: Ordinario
Trámite: Apelación sentencia – admite

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Verificado este asunto, obsérvase que si bien la sentencia apelada y el recurso de apelación frente a ella, se suscitaron antes de producirse el aislamiento y la pandemia del Covid-19, que actualmente siguen vigentes, tal medio de impugnación fue concedido tiempo después y con posterioridad al decreto 806 de 2020, razón por la cual, para evitar dudas sobre las normas aplicables, es necesario adecuar el trámite, a raíz de las medidas procedimentales adoptadas por las autoridades nacionales, para enfrentar dicha crisis.

1. Conocido es que, a raíz de la pandemia generada por dicho virus, se han expedido medidas para tramitar los procesos judiciales, por parte del Consejo Superior de la Judicatura con los acuerdos PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 entre otros, y el Gobierno Nacional con otros actos, como el decreto legislativo 806 de 4 de junio de 2020.

2. Con ese decreto se busca atender y agilizar los trámites judiciales, como las reglas del art. 14 para apelación de sentencias en áreas civiles y de familia, el cual determinó que, cuando no haya pruebas que practicar, en firme *“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. De la sustentación se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días.*



Vencido el término de traslado se proferirá sentencia escrita que se notificará por estado. Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto” (inc. 3º). En contraste, si hay que practicar pruebas, se surtirá en audiencia, acorde con art. 327 del CGP, (inc. 4º).

3. Esas normas extraordinarias son de aplicación inmediata y deben aplicarse a los trámites procesales en curso y subsiguientes, de atender las razones de orden público que las inspiraron, en una emergencia económica, social y ecológica, decretada para enfrentar los efectos de la pandemia mundial generada por el Covid-19, amén de que entre las razones anotadas en la parte motiva del decreto, se dijo que *“es preciso tomar medidas extraordinarias, estrictas y urgentes”* para frenar los efectos del virus en la vida social y económica, entre ellas, unas que faciliten reanudar los términos procesales para el trabajo de los servidores judiciales y los usuarios de la justicia, así como evitar el riesgo de contagio, habida consideración que algunas disposiciones pueden dificultar actuaciones virtuales.

Por cierto que también se consideró en el decreto 806 de 2020 que las medidas *“se adoptarán en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición de este decreto”* (se resaltó); y que en *“segunda instancia en materia civil y familia para que esta se pueda tramitar, en los casos en que no se decreten pruebas en segunda instancia, sin que tenga que adelantarse la audiencia para la sustentación del recurso, y por el contrario la sustentación, su traslado y sentencia se hará a través de documentos aportados por medios electrónicos...”*

4. De manera que se ajustará la apelación al decreto 806 de 2020, y con arreglo a otras de las motivaciones de este, debe darse *“un término prudencial para la reanudación de los términos legales o judiciales, para que los sujetos procesales puedan cumplir con los actos procesales que se interrumpieron o no se pudieron realizar por la suspensión de términos judiciales, se garantice el ejercicio de los derechos y se evite la aglomeración de personas en los despachos*



judiciales una vez se levante la suspensión de términos judiciales por parte del Consejo Superior de la Judicatura”, para garantizar los derechos de acceso a la justicia, la defensa, la seguridad jurídica de las partes y la salud de todos los partícipes, con “la flexibilización de la atención al usuario de los servicios de justicia y la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este”. Todo sin perjuicio de aplicarse las normas del CGP en lo pertinente.

A lo anotado se suman las dificultades de los servidores judiciales y las partes para acceder a las sedes judiciales y a los expedientes, así como los problemas planteados por el cambio de paradigma de las actuaciones hacia el manejo de los procesos por medio de las tecnologías de la información y de las comunicaciones (TIC), al igual que la digitalización de los documentos necesarios, de acuerdo con las regulaciones legales y del Consejo Superior de la Judicatura. Y aunque eso no ha podido ejecutarse en su totalidad para los asuntos anteriores a la pandemia, por insuficiencia de los medios requeridos, en lo posible deben cumplirse los turnos de los procesos.

Del mismo modo, en el punto relativo a las alegaciones, a partir de este auto deberán cumplirse las cargas de sustentación del recurso, conforme al art. 14 del citado decreto 806 de 2020. Y visto que ese medio de impugnación fue concedido ya avanzada la pandemia, luego de las digitalizaciones pertinentes, ya no es necesario un enteramiento por medio distinto de la notificación por estado.

Con base en lo expuesto, este magistrado sustanciador del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, **resuelve:**

1. Disponer que, para continuar con el trámite de este recurso de apelación, se siga lo previsto en el art. 14 del decreto 806 del 2020.



2. En el efecto suspensivo, admítase el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de 24 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito.

De acuerdo con el art. 14, inciso 3º, del decreto 806 de 2020, deberán atenderse las cargas para sustentación del recurso contra la sentencia y la réplica correspondiente. Con la prevención de que si no se sustenta el recurso en oportunidad “*se declarará desierto*”.

El(los) apelante(s) deberá(n) tomar en cuenta que, acorde con el art. 327, inciso final del CGP, la sustentación debe sujetarse exclusivamente a “*desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

3. Para precaver posibles dificultades, de acuerdo con el artículo 121 del Código General del Proceso, se prorroga el término de este recurso de apelación por el máximo permitido.

Los escritos que las partes presenten, deberán dirigirse exclusivamente al correo electrónico que se disponga e informe por Secretaría.

Notifíquese.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

(FIRMA SEGÚN ARTS. 11 DEC. 491/2020, 6 AC. PCSJA20-11532 Y OTROS)

República de Colombia

Rama Judicial



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

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 110013103011-2016-00251-02 (Exp. 5196)
Demandante: Distribuidora Valdemar Líder SAS y otros
Demandado: Cementos Tequendama SAS
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia
Para discusión en Sala de 8 de abril de 2021

Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil veintiuno (2021).

Decídese el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 23 de junio de 2020, proferida por el Juzgado 12 Civil del Circuito, en este proceso verbal de Distribuidora Velmar Líder SAS, Distribuidora Velmar Ltda. en liquidación, Servilogística el Aguila SAS y Oscar Iván Velásquez Martínez contra Cementos Tequendama SAS (los dos últimos demandantes desistieron de la demanda en la audiencia inicial).

ANTECEDENTES

1. Pidió la parte actora se declare que Cementos Tequendama SAS celebró sendos contratos de suministro, el primero con Distribuidora Velmar limitada vigente entre agosto de 2008 a junio de 2010, y el segundo con Distribuidora Velmar Líder SAS y Servilogística el Aguila SAS, vigente entre julio de 2010 a diciembre de 2014, en los cuales el fabricante incumplió con sus obligaciones y generó perjuicios, por los que debe pagar las siguientes indemnizaciones:



	Daño emergente	Lucro Cesante
Distribuidora Velmar Ltda		\$6.654.000.000
Distribuidora Velmar Líder SAS	\$192.485.389	\$6.134.600.000

2. Según la reforma de la demanda, el sustento fáctico se resume en que la demandada negoció con Oscar Iván Velásquez Martínez en 2008, para que él y sus empresas distribuyeran el producto denominado *cementos Tequendama* en la región de la Orinoquía, operación que comenzó con Distribuidora Velmar Ltda. y cuotas de venta de 1800 toneladas mensuales.

Dicha empresa distribuidora se encargó del transporte del cemento desde la fábrica en Suesca-Cundinamarca, a partir de agosto de 2008 hasta junio de 2010, labor que posteriormente realizó Sevilogística el Aguila SAS a partir de julio de 2010 hasta diciembre de 2014, empresa de la que también es dueño el señor Velásquez. El valor de los fletes era descontado del total de las ventas.

Para la operación se estableció la obligación de diligenciar el *formato de solicitud de pedido*, en el que debía figurar el tipo de transporte utilizado, la ciudad de entrega, la cantidad de la mercancía y el valor de los fletes, además las ventas se registraban mediante facturas, actos a cargo de la distribuidora como asesor comercial del fabricante.

En los últimos 5 meses de 2008 se despacharon 8.727 toneladas de cemento de las 9.000 programadas, desabastecimiento que se agravó en el siguiente año, pues se recibieron 12.766 toneladas de 21.600 programadas. Para el 2010 la cuota de venta fue de 30.000 toneladas anuales, pero el fabricante solo entregó 15.913, además exigió informar, en el formato de solicitud de pedidos, los destinos del cemento y las cantidades, y requirió disponibilidad de vehículos para cargar el producto, para tener control logístico y comercial.



Para ese momento Distribuidora Velmar Ltda. tenía deteriorada su imagen por esos inconvenientes y uno de sus socios falleció, motivo por el cual el señor Velásquez relanzó la imagen junto con la reestructuración de la operación comercial y logística, con las empresas Distribuidoras Velmar Líder SAS y Servilogística el Aguila SAS, las cuales continuaron la ejecución del contrato desde julio de 2010.

El distribuidor recibió 18.058 toneladas en 2011 y 15.613 en 2012, de las 21.600 que se esperaban para cada uno de esos años. En 2013 el compromiso fue de 43.200, pero solo entregaron 26.225. En 2014 se había pactado la entrega de 40.750 toneladas, pero solo despacharon 28.584, con el agravante de que la demandada, a partir de marzo de 2014, comenzó a vender directamente el producto con menor precio a los clientes de la zona asignada a la Distribuidora Velmar, también desvió clientes a otros distribuidores, incluso, aumentó el precio a la demandante so pretexto de que estaba vendiendo el cemento a un precio inferior al fijado por la fábrica.

El 10 de diciembre de ese año la fabricante dio por terminado el contrato de distribución, lo cual divulgó en medios de comunicación nacional, esto generó el cierre definitivo de los establecimientos de la parte actora, el despido masivo de trabajadores y perjuicios.

La demandada justificó esa decisión unilateral en el supuesto incumplimiento de los pagos del crédito rotativo para la distribución, pero en realidad los pagos estaban al día, tanto que se habían hecho consignaciones adicionales con dinero de los clientes que no fueron procesados en debida forma.

Las demandantes hicieron importantes inversiones en tractocamiones, vehículos, bodegas, montacargas, logística, personal, entre otros, además de campañas publicitarias, gestión de mercadeo puerta a puerta e incentivos a clientes. Los bienes de Servilogística el Aguila SAS respaldaban las acreencias con la fábrica, aun así, esta última



procedió a embargar y secuestrar otros bienes de los demandantes, que los llevó a la quiebra y la destrucción de su imagen comercial.

3. La demandada se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y formuló las excepciones de *falta de legitimación por activa de Oscar Iván Velásquez y de Servilogística el Aguila SAS, falta de legitimación de la demandada, prescripción de las indemnizaciones derivadas del contrato de agencia comercial, inexistencia de agencia comercial, cumplimiento del contrato de compraventa, contrato no cumplido, nadie puede alegar su propia culpa, buena fe, ausencia de requisitos de responsabilidad civil, inexistencia de perjuicios, no existió una única relación negocial, cualquier otro medio defensivo que se encuentre probado.*

En la audiencia inicial Oscar Iván Velásquez y Servilogística el Aguila SAS desistieron de la demanda, la cual aceptó el juez.

4. El juzgado declaró que Cementos Tequendama SAS celebró contrato de “*suministro para la distribución*” con la Distribuidora Velmar limitada en liquidación, desde agosto de 2008 a junio de 2010, y posteriormente con la Distribuidora Velmar Líder SAS, entre julio de 2010 a diciembre de 2014; negó las demás pretensiones de la reforma de la demanda y la tacha de los testigos Carlos Mauricio Villamizar y Carolina Bustamante Blanco; condenó en costas a Servilogística el Aguila SAS, decisión similar adoptó respecto de las distribuidoras demandantes, pero reducidas al 90%.

Para esa decisión consideró, en resumen, que los documentos aportados al proceso (facturas, correos electrónicos), determinan que el vínculo contractual entre la demandada y las demandantes fue de suministro de cemento para la distribución, entre agosto de 2008 a junio de 2010 con la Distribuidora Velmar Líder Ltda., y entre junio de 2010 a diciembre de 2014 con Distribuidora Velmar Líder SAS., hechos fueron corroborados por los interrogatorios de las partes.



Expuso que la finalización del primer contrato fue de común acuerdo, con el fin de continuar la relación comercial con Distribuidora Velmar Líder SAS., según está confesado en las declaraciones de parte, en consecuencia, no es procedente atribuir incumplimiento, situación que conlleva a denegar las pretensiones de la demanda sobre el particular.

Afirmó que, frente al segundo contrato, las demandantes adujeron incumplimiento de la demandada por retraso en el cargue del cemento en los vehículos en la plata de producción, no entrega de las toneladas acordadas por falta de abastecimiento y aumento del precio.

Al respecto, observó que la demandada manejaba un mismo precio para distribuidores, según zona donde vendían el producto, sin que la parte demandante haya probado que el precio de reventa fuese impuesto. Tuvo en cuenta que las zonas geográficas para la distribución eran Meta, Casanare y Bogotá, operación que presentó algunos pormenores por el retraso en el cargue del cemento, solicitudes de pedidos y aumento de cupo de crédito para el distribuidor, según los correos electrónicos suscitados entre las contrapartes.

Precisó que la tacha de sospecha de los testigos Carlos Mauricio Villamizar y Carolina Bustamante Blanco no prospera, porque si bien tienen dependencia laboral con la demandada, sus declaraciones fueron espontáneas, dijeron lo que sabían, coincidieron con otros testigos, conocían directamente los hechos y no mostraron parcialidad.

Apreció las pruebas para inferir que la demandada asignaba toneladas de cemento que podía adquirir la demandante (1800, 2500 y 3000), sin que fuera de cumplimiento forzoso, pues el suministro estaba sujeto a condiciones, como la capacidad de producción, el pedido que hiciera el distribuidor, el cupo de crédito sin obligaciones vencidas y la posterior programación de entrega. Manifestó que los retardos en la



carga no son incumplimiento de la demandada, pues obedeció a factores como la hora de llegada del camión y la cantidad de otros vehículos en espera, circunstancias propias de la actividad.

Agregó que la programación de los pedidos la hacía la parte actora, quien no demostró que la fabricante incumpliera con la entrega del producto, por el contrario, quedó demostrado que los pedidos 10090116, 10090117 y 10090118 de 9 de diciembre de 2014 no fueron liberados por mora, según dijeron los testigos Carlos Mauricio Villamizar y Carolina Bustamante Blanco, en contraste con los documentos, y si bien la Distribuidora Velmar Líder aportó consignaciones de esa misma fecha y otras del día siguiente, en todo caso para el momento del cargue no estaban en la contabilidad de Cetesa, de allí que el motivo del bloqueo de la entrega fue la mora en cartera, sin que el demandante haya desvirtuado esa circunstancia.

Destacó que el representante de la demandada y algunos testigos, determinaron que la fabricante definía el precio a sus distribuidores, dependiendo la zona de venta, quienes luego podían revenderlo al precio que consideraran, según competencia del mercado, hecho aceptado por Velmar Líder SAS, quien además alegó que incurrió en gastos de acreditación de la marca con publicidad, actividad esta última que no ostenta ninguna incidencia en el litigio, pues es propia de la compra para la reventa conforme a la jurisprudencia.

Explicó que la parte demandante no demostró ser contratante cumplida, por el contrario, ella aceptó y se acreditó que en varias ocasiones incurrió en mora en el pago de la cartera, tanto que hay un proceso ejecutivo en su contra.

Hizo alusión al dictamen practicado a cargo de la demandada, para concluir que es usual suspender el cupo de crédito para mitigar la materialización del riesgo de la cartera, y que en el caso, Distribuidora Velmar SAS, año tras año, tenía saldos de \$691.962.643, circunstancia



que para 31 de julio de 2014 conllevó al bloqueo de sus pedidos, incluso, en un correo electrónico de esa fecha la fábrica informó el saldo de \$149.585.818 como vencido, situación que de similar manera se presentó en momentos anteriores según se pudo corroborar con la diligencia de exhibición de documentos (correos electrónicos).

El dictamen de la parte actora lo calificó de impreciso, no exhaustivo ni detallado, porque se basó en información carente de certeza sobre la imposición de cantidad toneladas para el distribuidor, además de que el perito se basó en un borrador de un contrato no suscrito y tampoco dijo cuáles eran los fundamentos técnicos de sus conclusiones, es más, el experto no aportó documentos sobre su idoneidad profesional ni soportes de la información que utilizó para elaborar el trabajo.

Agregó que la demandada, en procura de apoyar la labor de Velmar Líder, accedió a liberar pedidos bloqueados por cartera vencida y le aprobó aumentos de cupo de crédito, pero ante el incumplimiento de la distribuidora, terminó el contrato, decisión que no fue abrupta e intempestiva, pues previamente la fabricante le había advertido que el no cumplimiento de las obligaciones en mora las consideraba falta grave, lo cual era un preaviso del rompimiento contractual.

Procede la condena en costas a Segilogística el Aguila SAS, en tanto que desistió de la demanda en la audiencia inicial, sin estar amparada de pobreza.

EL RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante sustentó oportunamente el recurso y expresó, en resumen, las siguientes críticas:

En el proceso jamás se probó que el contrato entre Cementos Tequendama SAS y Distribuidora Velmar Ltda. en liquidación se



hubiere cedido o liquidado, por el contrario, abundan documentos sobre el incumplimiento de la demandada que generó perjuicios, según el dictamen presentado por la parte actora, así, era procedente que se analizara ese contrato.

Obran correos electrónicos en los que la demandada impuso cantidades de cemento que las demandantes debían comprar mes a mes, compromiso que incumplió la fabricante por problemas y por lo cual debe responder, dado que el contrato es ley para las partes (1602 y 1603 del C.C.), y en caso de duda de esa obligación, debe aplicarse el artículo 969 del C. Co.

El juez se concentró en el último año del contrato, dejó de lado los sucesos del comienzo documentados por correos electrónicos, en donde la demandada impuso cantidades de suministro de cemento como metas, pero que ella misma incumplió por problemas en la producción, además de que ocasionó retrasos en el cargue del producto, es más, hay pruebas de que la fabricante se comprometía a restablecer las cantidades no entregadas en procura de completar la cuota.

También se acreditó las fuertes sanciones económicas que la demandada impuso a la Distribuidora Velmar, por vender al público con valores inferiores a los fijados por ella (24.000 bulto), y deslealmente vendió el producto a los mismos clientes en \$22.500. Y se evidenció desigualdad con otros distribuidores, pues Velmar adquiría el cemento a \$17.845, mientras que sus competidores compraban a \$12.798, es más, la demandada también se llevó los clientes para que los atendiera a otro distribuidor.

Por la naturaleza de la distribución la demandada otorgó un cupo de crédito a la Distribuidora Velmar Líder SAS, quien siempre lo honró, incluso hasta el 10 de diciembre de 2014.



En la sentencia el juez expresó que no se tendría en cuenta el dictamen pericial presentado por la parte demandada por no cumplir con los requisitos exigidos en los numerales 3, 7, 8 y 10 del artículo 226 del CGP, sin embargo, aun así lo valoró para justificar la terminación unilateral de la relación negocial por parte de Cetesa SAS.

El juzgado omitió el auto de 29 de septiembre de 2016, que concedió amparo de pobreza a la Distribuidora Velmar en liquidación y la Distribuidora Velmar Líder SAS.

CONSIDERACIONES

1. Como no hay reparo en torno a los presupuestos procesales ni vicio que impida decidir la apelación, limitada la competencia del Tribunal a los puntos objeto de recurso vertical, el debate se centra en dilucidar si fue acertada la sentencia de primera instancia que denegó las pretensiones indemnizatorias de la demanda, por encontrar que la parte actora fue incumplida, conforme a las normas respectivas, frente a los argumentos esgrimidos por el apelante.

La respuesta a ese interrogante conlleva a la improsperidad del recurso, pues las decisiones del *a quo* en ese tema se fundaron en forma apropiada y las alegaciones esbozadas por la parte demandante no permiten derruir lo decidido.

2. En efecto, menester es dejar sentado, en primer lugar, que lo relativo a las negociaciones que en su momento adelantaron la codemandante Distribuidora Velmar limitada en liquidación y la demandada, antes de mediados de 2010, y el hecho de que hubiese habido o no cesión de esas negociaciones a la otra demandante Distribuidora Velmar Líder SAS, con quien siguieron las ventas de productos a partir de dicho año, es irrelevante para fundar las pretensiones, porque de ninguna manera están acreditados los



incumplimientos de la demandada durante esa primera etapa negocial y mucho menos los perjuicios reclamados.

En segundo lugar, tampoco tienen pábulo las pretensiones respecto del negocio con Distribuidora Velmar Líder SAS, desde luego, que de ninguna forma fue comprobado que en el desarrollo de esa nueva etapa, se hubiesen presentado las situaciones de responsabilidad contractual de Cetesa SAS – demandada – que ahora le endilga aquella, pues sin prueba quedó alguna especie de exclusividad o compromiso forzoso en las ventas (distribución o suministro), por una cantidad de prestaciones concretas que hubiese incumplido dicha demandada, además de que tampoco quedó demostrado que esta última infringiera obligaciones de unas ventas en particular, porque antes bien, fue la citada demandante quien incumplió en varias ocasiones las obligaciones a su cargo.

3. Como desarrollo del primer argumento, quedó acreditado en el expediente que la relación contractual entre la Distribuidora Velmar Ltda. en liquidación y la demandada, suscitada entre agosto 2008 y junio de 2010, terminó por mutuo acuerdo, sin que en ese momento surgiera controversia sobre las obligaciones ejecutadas que conllevara a la necesidad de una liquidación contractual.

En efecto, el representante legal de la demandada, en su interrogatorio, precisó que la relación con Distribuidora Velmar limitada terminó para 2010, “*por decisión de los accionistas de liquidar esa compañía*”, agregó que paralelamente también se encontraba como cliente comprador de cemento la Distribuidora Velmar Líder SAS¹.

El representante de Distribuidora Velmar limitada explicó que en 2010 se presentó una calamidad doméstica y tenían muchas deudas generadas por todos los problemas suscitados con la distribución, así

¹ 17:30 audiencia inicial.



decidieron crear Distribuidora Velmar Líder SAS para evitar inconvenientes, empresa con la que continuó el negocio con Cetesa en las mismas condiciones², y precisó que ese primer contrato terminó en el 2010 porque “yo decidí continuar con Velmar Líder SAS”³.

El juez determinó con aquiescencia de las partes, que el primer contrato con la Distribuidora Velmar limitada terminó a mediados de 2010, como un hecho de la fijación del litigio⁴, circunstancia que guarda consonancia con el hecho 2.11. de la reforma de la demanda⁵.

Bernardo Ponce de León Fandiño, quien ha trabajado con Cetesa SAS en el área logística y la parte comercial, con la responsabilidad de los despachos de cemento a los compradores de la empresa, conector de los clientes, las negociaciones y los acuerdos comerciales⁶, detalló que se terminó la relación anterior, “entre otras cosas, por solicitud del cliente, porque tenía una nueva razón social, el 29 de junio de 2010”⁷.

Con base en esos elementos de juicio, se concluye que ese primer negocio culminó a mediados de 2010, puesto que Distribuidora Velmar limitada sería disuelta y liquidada, según se corrobora en su certificado de existencia y representación legal⁸, sin que se haya realizado cesión de su posición contractual a Distribuidora Velmar Líder SAS, por el contrario, ambas partes coincidieron en que se trató de dos relaciones negociales diferentes.

En ese contexto no puede alegarse incumplimiento de la fabricante, en la medida en que las obligaciones suscitadas durante la vigencia del primer negocio con Distribuidora Velmar Ltda. en liquidación, fueron

² 1:12:38 audiencia inicial.

³ 1:31:41 audiencia inicial.

⁴ 2:09:25 audiencia inicial.

⁵ Pdf: *ReformaDemandaSubsanación060720reforma demanda y subsanación*.

⁶ 3:15:00 de la audiencia de 18 de septiembre de 2020.

⁷ 3:32:14 audiencia de 18 de septiembre de 2020.

⁸ Subcarpeta: 33Cd 1 Cuaderno 1 Tom04AnexosVelmar.



atendidas de mutuo consentimiento, sin que en ningún momento se hubiesen reclamado incumplimientos y perjuicios, de tal manera que cualquier inconveniente que eventualmente se hubiera presentado en esa época, quedó purgada precisamente por la aquiescencia de los contratantes.

La demanda de esa actora ningún reproche hizo sobre la finalización de su negocio a mediados de 2010, sino que se remitió a la terminación unilateral de Cetesa SAS con Distribuidora Velmar Líder SAS, como se evidencia en la circular de 10 de diciembre de 2014 que esta última remitió a sus clientes⁹, planteamiento que no puede acogerse, pues no hay vaso comunicante entre esas dos situaciones, pues se reitera, se trataron de dos vínculos negociales diferentes.

Y no parece razonable que las partes de un negocio quieran desconocer sus propios actos, como es la terminación de mutuo acuerdo del contrato, no solo porque lo impide el carácter vinculante de ellos, sino también por el conocido principio jurídico fundado en la buena fe, conforme al cual a nadie le es lícito venirse contra sus propios actos (*venire contra factum propriam non valet*), salvo la configuración de una causa legal en contrario que aquí no está acreditada.

Tampoco puede olvidarse que Distribuidora Velmar Ltda. se encuentra en estado de liquidación, situación que por sí misma le impide hacer la reclamación pretendida, en la medida en que el artículo 222 del C.Co. determina que “*disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación*”, en consecuencia, “*no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación*”.

⁹ Folio 260 a 264 pdf: *01ExpedienteDigitalizadoCuadern01Tom01150920*.



4. En desarrollo del segundo argumento, tiénese que la parte actora alegó incumplimiento de su contraparte porque se comprometió a entregar determinadas toneladas de cemento para la distribución, pero continuamente despachó cantidades inferiores por problemas en la planta de producción, situación que no le permitió desarrollar su actividad en los volúmenes que necesitaba para sustentar económicamente sus gastos operacionales.

Citó los correos de los folios 286, 392, 405, 409, 410, 426, 542, 603, 605, 728, 1026, 1029 del cuaderno 1A, sobre asignación de cuotas de distribución, los folios 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 206, 329, 330, 355, 356, 357, 362, 370, 371, 372, 373, 379, 380 y 381 del cuaderno 1A, concerniente a correos relativos a inconvenientes en la carga de cemento. Respecto a los problemas de producción trajo a colación los de los folios 414, 415, 417, 453, 454, 455, 464, 465, 467, 468, 469, 482, 484, 486, 487, 500, 501, 502, 503, 505, 506, 507, 512, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 533, 536, 539, 548, 549, 556, 559, 564, 576, 577, 578, 582, 583, 584, 590, 597, 598, 600, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 611, 613, 694, 695, 703, 704, 705, 706, 707, 750, 773, 776, 777, 781, 782, 783, 811, 812, 823, 824, 825, 828, 829, 858, 859, 860, 868, 885, 889, 901, 904, 905, 921, 923, 925, 951, 957, 958 del cuaderno 1^a y el folio 181 del cuaderno 1J.

En relación con la sanción económica que la fabricante le impuso por vender cemento a precio inferior del fijado al público, citó los elementos obrantes en los folios 753, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 861, 862, 863, 864 y 891, del cuaderno 1^a; y ventas directas a los mismos clientes a menor precio, los folios 793, 945, 963, 964, 967, 972, 973, 974, 975, 980, 984, 985, 986, 987, 988, 1011, 1018, 1019, 1020, 1024, 1025, 1061, 1078, 1129, 1184 del cuaderno 1A, folios 6949, 6950, 6951 del cuaderno 1H y los folios 216 y siguientes del cuaderno 1N. Además la desviación de clientela para otro distribuidor, según folios 1209, 1302, 1306, 1308, 1314,



1326, 1327, 1332, 1341, 1342, 1343, 1344, 1345, 1349, 1359, 1375
1376 y 1384 del cuaderno 1A.

4.1. Los anteriores argumentos no tienen acogida, puesto que si bien hay multitud de correos electrónicos sobre el cupo para la distribución, de su lectura no puede inferirse una obligación expresa, seria, formal y fehaciente de entregar sin falta una cantidad determinada de cemento con pacto de venta exclusiva a favor de Distribuidora Velmar Líder SAS, so pena de responder por los perjuicios en caso de no entregar las cantidades fijadas, pues para acoger la argumentación de la parte actora en ese sentido, habría que hacer una serie de inferencias que darían lugar a meras probabilidades. No fue invocada ni mucho menos acreditada un pacto de exclusividad.

Por el contrario, el representante legal de la demandada y los testimonios de Bernardo Ponce de León Fandiño y Carlos Mauricio Villamizar concordaron en que esa cuota se trataba de planeación o proyección de metas de posicionamiento en el mercado, pero no el compromiso de producir una cantidad mínima de cemento, como también lo expresó el perito Jorge Arango Velasco.

En efecto, el experto explicó que el cupo obedece a unas estrategias y expectativas comerciales que deben ser sanamente discutidas entre las partes; así, pueden pactarse montos mínimos de venta, pero para eso cual se necesitarían unos recursos financieros fijos que soportaran la operación, como sería el cupo de crédito de un banco que respaldara el negocio, que en el mercado se conoce como *stan by* o cupo de crédito, situación que no aconteció en este caso, además de que el cemento no es un mercado monopolista, porque hay otros consumidores o compradores que afectan el despacho y consumo del producto, motivo por el cual hablar de cifras fijas, sería desconocer las condiciones



financieras internas del negocio, así como las externas sobre la demanda y la oferta¹⁰.

4.2. En esa medida, las hipótesis del artículo 969 del C. Co., sobre cuantía del suministro, no se ajustan a este asunto, primero, porque se carece de una fidedigna estipulación mutua, esto es, acordada entre las partes, sobre la cantidad de cemento a despachar, y en todo caso la parte actora no acreditó cuál era el ordinario consumo del producto que comercializaba, o la costumbre aplicable, de allí que dicha norma invocada en la apelación no pueda ser aplicada.

El anterior análisis encuentra mayor credibilidad si se compara con el dictamen de Luis Fernando Rodríguez Naranjo, quien sobre el tema se basó únicamente en los correos electrónicos que trajo a colación la parte demandante y les dio la misma interpretación pregonada en la demanda, sin analizar el mercado, las circunstancias de la relación contractual ni la capacidad de la producción¹¹.

4.3. En relación con las dificultades logísticas y operativas sobre el despacho y cargue de cemento, nunca fueron obstáculo para que la relación negocial continuara, pues la distribuidora siguió con la adquisición de cemento para la reventa, de allí que se aprecien como dificultades operativas normales de la actividad.

Al respecto, con el método análogo, cuando se trata de contratos de tracto sucesivo, se presenta incumplimiento y la otra parte acepta y continúa con el negocio, lo que hace es purgar ese incumplimiento o purgar la mora del otro.

Sobre el particular, cumple recordar la doctrina nacional expuesta por el profesor José Alejandro Bonivento Fernández, quien al discernir

¹⁰ 2:06:59 audiencia de 18 de septiembre de 2019.

¹¹ 10:05 audiencia de 18 de septiembre de 2019.



sobre el incumplimiento de la obligación de pagar una obligación periódica, estimó que cuando el arrendador recibe el pago de los cánones atrasados libera al arrendatario de la mora en que se había colocado, por cuanto la esencialidad del término está íntimamente ligada la naturaleza del vínculo y las conductas que asuman las partes durante el mismo, tienen el efecto de servir de pauta interpretativa del negocio, para luego anotar que *“si es el mismo acreedor el que, mediando un acto positivo de aceptación, recibe el valor del crédito fuera del tiempo, está conviniendo, sin alterar los alcances del negocio, en el pago, y, por consiguiente impone una conducta tendiente a debilitar o desaparecer el quebrantamiento inicial del contrato”*. Luego concluye que *“entonces se destruye la mora, puesto que se ha purgado (purgatio mora). Lo que era un incumplimiento del contrato, generador de efectos propios, como para demandar la terminación judicial del mismo, se convierte en un simple retardo excluyente, de esa manera, de la mora del arrendatario. Es el consentimiento, como propósito volitivo de aceptación, en el arrendador, que constituye una facultad inherente a éste, el que elimina el retardo como medio de accionar judicialmente, en forma exitosa”*¹².

En el mismo sentido, el tratadista Francesco Messineo considera que el incumplimiento de un plazo libremente estipulado justifica la terminación del contrato únicamente cuando es esencial, cual ocurre cuando la desatención del término quita todo interés al negocio y hace desaparecer el fin económico del contrato o su causa, situación que no acontece cuando los plazos no son esenciales, esto es, en los casos en que el retardo en el pago no excluye la posibilidad de un cumplimiento tardío de la obligación. Distinción que a juicio del autor ofrece al contratante incumplido la posibilidad de purgar la mora

¹² Bonivento Fernández, José Alejandro. Los principales contratos civiles y su paralelo con los Comerciales. Bogotá: Librería ediciones del profesional. 16ª Edición. Páginas: 427 a 429.



mientras el contratante no ha pedido la resolución judicial cuando el término no es esencial, y habilita al acreedor para negarse a rechazar la prestación del deudor cuando el plazo es esencial, sin perjuicio de la facultad de renunciar a la esencialidad de la modalidad y obtener de su obligado la satisfacción extemporánea de la prestación¹³.

Así, según lo considerado, en tanto el cumplimiento de prestaciones atrasadas sea aceptado expresa o tácitamente, purga la mora (*purgatio mora*), en los términos de la doctrina esbozada en los renglones anteriores; además de que, y esto es medular, no se acreditó que esos pormenores operativos en el despacho y entrega del cemento haya sido de manera dolosa en detrimento de la demandante.

Adicionalmente, el dictamen del perito Luis Fernando Rodríguez Naranjo fue genérico, bajo unas proyecciones operacionales con base en el producto principal que comercializaba Distribuidora Velmar Líder SAS, sin precisar cuáles fueron los perjuicios ciertos y directos que se causaron en relación con los problemas de despacho y entrega del cemento en la planta de producción¹⁴.

4.4. En relación con fijación de precios al público y los cargos por los supuestos de trato desigual entre distribuidores, desviación de clientes a otros distribuidores, venta directa del cemento por parte del fabricante a los clientes de la distribuidora, asignación de zonas geográficas, entre otros, son aspectos que aluden a temas de competencia desleal (ley 256 de 1996), acción que no fue la promovida en este asunto, toda vez que de acuerdo con las pretensiones de la demanda no se invocó la aplicación de esa figura sustancial. Similar conclusión cabe predicar sobre el abuso de la posición dominante por parte de la demandada, dado que una

¹³ Messineo, Francesco. Doctrina general del contrato. Tomo II. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-America. 1ª Edición. Páginas 353 a 357.

¹⁴ 16:03 audiencia de 18 de septiembre de 2019.



responsabilidad en tal sentido no fue invocada como pretensión principal ni subsidiaria.

Y alrededor de los supuestos problemas sobre la calidad del cemento, para el año 2013, tampoco fue una cuestión claramente definida como tema del litigio, ni se acreditaron los elementos de la responsabilidad que ese eventual hecho pudo generar daños para la demandante, en concreto, cuál, cómo y cuánto fue el detrimento patrimonial sufrido por haber comercializado ese producto defectuoso. Antes bien, hay cierto grado de contradicción de este punto, con la inconformidad de la propia actora por la terminación del contrato, pues si había defectos en los productos, no suena razonable que dicha interesada se lamentara porque el negocio no continuó.

5. Por otra parte, ya en el punto de la terminación de las relaciones negociales entre las partes, cumple anotar que el 10 de diciembre de 2014, la sociedad demandada hizo un alto en cuanto al despacho de las mercancías, según concuerdan ambos contendientes en sus interrogatorios y los testigos Héctor Edulfo Rincón Forero, Aristodemus Ladino Gutiérrez, Bernardo Ponce de León Fandiño y Carlos Villamizar Clavijo, vale decir, suspendió el despacho de entrega de cemento, situación que a la postre devino en definitiva, porque luego no hubo más negociaciones, lo cual quiere decir que fue a partir de ahí que surgió la terminación del contrato.

La parte actora adujo que se reputa contratante cumplida, toda vez que los problemas de retraso en la cartera son imputables a Distribuidora Velmar Líder SAS, de acuerdo con los correos obrantes en los folios 19, 39, 69, 73, 93 y 115 del cuaderno 1J, por desorden administrativo de acuerdo con los documentos obrantes en los “*folios 129, 130, 131 y 132, del cuaderno 1N. Situación que también se aprecia en los folios 238, 239, 240 y siguientes del cuaderno 1M*”, incluso, afirmó que la fábrica tenía problemas para identificar pagos según folios 103, 104, 105, 219, 231, 232, del cuaderno 1M.



También alegó que la demandada tergiversó los correos electrónicos entre las partes para hacer ver vencimientos en el pago de la cartera, pero en realidad la deuda estaba al día, a tal punto que la demandada expidió certificaciones alusivas a su seriedad y responsabilidad en sus compromisos financieros (836, 844 y 1178 del cuaderno 1A).

5.1. Al respecto, obsérvase que la mayoría de los medios probatorios invocados por la apelante aluden a correos y certificaciones que no explican de forma pormenorizada las condiciones del crédito rotativo por el cual compraba cemento, y el reproche de los problemas administrativos a Cetesa carecen de prueba técnica (contable), aunado a que el dictamen del perito Luis Fernando Rodríguez Naranjo solo se enfocó en el supuesto incumplimiento de la demandada y precisó que ese otro tema no era relevante para el peritaje (1:57:42 audiencia de 18 de septiembre de 2019).

Por cierto que la parte apelante se basó en el dictamen Jorge Arango Velasco (aportado por la demandada), para concluir que siempre cumplió su obligación, dado que dicho experto concluyó que el crédito siempre estuvo dentro de los parámetros, con una máxima del 86%.

Sin embargo, esa apreciación probatoria es parcializada, pues en realidad, tanto en la experticia (folios 1 a 38 pdf *14Expediente DigitalizadoCuaderno1Tomol1LiteralJ160920*), como en el respectivo interrogatorio, el perito arriba a conclusión diferente.

Justamente, el experto fue claro, detallado y conciso con todas las cifras y condiciones del crédito rotativo y el estado de la cartera, con porcentajes evidentes sobre el incremento de pedidos, caracterización de la facturación y la cartera, con la presentación de tablas y gráficas que representaban la situación financiera del negocio entre las partes



También trajo a colación correos sobre el vencimiento en el pago de facturas, y las situaciones por las cuales se evidenciaba que Distribuidora Velmar Líder SAS, tenía problemas de recaudo respecto de sus propios clientes, y especificó que *“el cliente presentaba frecuentemente moras en el pago de sus obligaciones, esto sumado a que el cupo estaba utilizado a niveles superiores a 90% y el tamaño medio de sus pedidos no dejaba espacio para que el cliente pudiera atender sus obligaciones con Cementos Tequendama, dado que era inminente que la combinación de la alta utilización del cupo de crédito con un alto pedido medio no podía ser sostenible...”*.

El perito expresó en su interrogatorio el por qué ese comportamiento del deudor respecto del crédito, evidenciaba alto riesgo y que por eso era entendible suspender los despachos del producto para no agravar ese riesgo con una deuda que podía subir al doble de su valor¹⁵.

Así, ese medio probatorio fue amplio y exhaustivo en explicar por qué la terminación de la relación comercial entre las partes fue razonable y justificada, situación que se verifica con el proceso ejecutivo que Cetesa SAS promovió en contra de Distribuidora Velmar Líder SAS, precisamente para cobrar la deuda que no ha sido cumplida.

Esa circunstancia fue corroborada por la testigo Carolina Bustamante Blanco, encargada de la gerencia financiera, quien maneja el tema de cartera de Cetesa SAS, pues especificó que para diciembre de 2014 se dejó de despachar cemento porque la deuda estaba muy alta, el cliente no realizaba los pagos requeridos y manifestó que no podía pagar¹⁶.

La Distribuidora Velmar Líder SAS no acreditó que hubiera pagado o siguiera hubiese disminuido la deuda que tiene con Cetesa a índices aceptables para continuar la relación contractual, sino que mantuvo

¹⁵ 2:30:23 de la audiencia de 18 de septiembre de 2019.

¹⁶ 1:00:18 de la audiencia de 26 de septiembre de 2019.



ese indicador a tope, esto permitía al fabricante tomar una decisión en prudente juicio para evitar la materialización de un riesgo mayor.

5.2. En atención a la contradicción de la sentencia *a quo* evidenciada por la parte recurrente sobre el análisis al dictamen aportado por la demandada, pues en un primer momento le da mérito probatorio y posteriormente lo desvirtúa, por no cumplir con los requisitos de los numerales 3, 7, 8 y 10 del artículo 226 del CGP, se denota como un error que de ningún modo incide en la decisión final del juez, toda vez que visiblemente la argumentación del fallo está dirigida a que sí se demostró el incumplimiento de la Distribuidora Velmar Líder SAS en los pagos del crédito rotativo.

En todo caso es importante resaltar que, como también fue precisado en la apelación, ese dictamen fue aportado oportunamente en medio digital con sus anexos, en cumplimiento de la ley procesal y, por ese motivo, la prueba fue aceptada.

6. El *a quo* denegó la tacha por sospecha de los testigos Carlos Mauricio Villamizar Clavijo y Carolina Bustamante Blanco, decisión que reprochó la parte apelante porque esas personas laboran para la demandada, sus manifestaciones tienden a favorecerla y se evidencian contradicciones con otros medios de prueba, razones estas que resultan insuficientes para restar valorar a esos testimonios, pues la contradicción achacada al primer testigo se refiere a la prueba anticipada obrante en los folios 271 a 287 del pdf *01ExpedienteDigitalizadoCuadern01Tom01150920*, mas no a la que se practicó en audiencia de 26 de septiembre de 2019, y en todo caso, excluir ese testimonio en nada varía el fracaso de las pretensiones, pues como ya se expuso, otras pruebas determinan la falta de un pacto expreso sobre la obligación de entregar cantidades fijas de cemento.

Y respecto a la testigo Carolina Bustamante, de ningún modo prospera la tacha de sospecha, en la medida en que su dicho fue bastante



puntual sobre el estado de cartera de la Distribuidora Velmar Líder SAS, cuyas manifestaciones se encontraron acordes con el dictamen practicado por Jorge Arango Velasco, y el documento que suministró en la audiencia luce irrelevante, dado que la información sobre el cupo rotativo está claramente detallada en esa experticia.

Cumple anotar, por demás, que cuando las partes tachan los testimonios por circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad (art. 211 del CGP), eso no desvirtúa *per se* las declaraciones, pues en esos eventos lo recomendado por la jurisprudencia es que se analicen con un tamiz más estricto, valoración que hizo el juez de primer grado y que ahora se ratifica, porque ciertamente lo esbozados por esas personas ofrece motivos de credibilidad y tiene sustento en el análisis conjunto de las pruebas.

7. En cuanto a la condena en costas de primera instancia a Distribuidora Velmar limitada en liquidación y la Distribuidora Velmar Líder SAS, es una decisión que será revocada, puesto que en auto de 24 de agosto de 2017 el Juzgado 11 Civil del Circuito les concedió amparo de pobreza¹⁷, decisión que mantuvo en auto de 27 de septiembre de 2017 y quedó ejecutoriada.¹⁸

También será revocada la condena en costas en contra de Servilogística el Aguila SAS, como decisión que debe adoptarse de oficio y como control de legalidad, pues en la audiencia inicial se aceptó el desistimiento de la demanda de la referida empresa, motivo por el cual, para el momento de proferirse sentencia ya no era parte, luego el juez no podía condenarla en costas por tratarse de un tercero, quien ya no tenía la posibilidad de defenderse de esa decisión en vulneración de su derecho de defensa y el debido proceso.

¹⁷ Folio 220 pdf: 11ExpedienteDigitalizadoCuaderno1Tomo10Literal160920.

¹⁸ Folios 434 a 437 pdf: 14Expediente DigitalizadoCuaderno1Tomo11LiteralJ160920.



Y si bien cuando fue aceptado el desistimiento el juez no condenó en costas, esa decisión quedó en firme y no fue objeto de ningún reproche en su momento.

8. En resumen, como ninguno de los reparos de la parte demandante pueden derribar los argumentos que sustentan la sentencia apelada, se confirmará, excepto la condena en costas de primera instancia, dado que la parte demandante estaba amparada por pobre y Servilogística el Aguila SAS ya no es parte en el proceso.

Tampoco habrá condena en costas de segunda instancia a los apelantes, por la misma razón del amparo de pobreza.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil Cuarta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **modifica** la sentencia de fecha y procedencia anotadas, en cuanto **revoca** los ordinales 4º, 5º y 6º, y se **confirma** en todo lo demás.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

(EN PERMISO)

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADA

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil*

MAGISTRADA

FIRMADO POR:

**JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 018 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

**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:

**B9F5BFEF60DCAA8911CBB7618480CBB157C9A2A0AE9670D45042822B5
820F262**

DOCUMENTO GENERADO EN 30/04/2021 05:06:48 PM

República de Colombia

Rama Judicial



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

Radicación: 110013103011-2017-00411-01
Demandante: Max Cohen Arboleda y otros
Demandado: Octavio Cohen y Cía. Ltda. en liquidación
Proceso: Verbal – disolución de sociedad
Trámite: Apelación sentencia – admite

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintiuno (2021).

En el efecto devolutivo, admítase el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 11 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado 11 Civil del Circuito.

De acuerdo con el art. 14, inciso 3º, del decreto 806 de 2020, deberán atenderse las cargas para sustentación del recurso contra la sentencia y la réplica correspondiente. Con la prevención de que si no se sustenta el recurso en oportunidad “*se declarará desierto*”.

El(los) apelante(s) deberá(n) tomar en cuenta que, acorde con el art. 327, inciso final del CGP, la sustentación debe sujetarse exclusivamente a “*desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

Para precaver posibles dificultades, de acuerdo con el artículo 121 del Código General del Proceso, se prorroga el término de este recurso de apelación por el máximo permitido.

Los escritos que las partes presenten, deberán dirigirse exclusivamente al correo electrónico que se disponga e informe por Secretaría.

Téngase en cuenta que el abogado José Luis Suárez Parra reasumió el poder conferido por la demandada.

Notifíquese.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'J. Isaza Davila'.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

(FIRMA SEGÚN ARTS. 11 DEC. 491/2020, 6 AC. PCSJA20-11532 Y OTROS)

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Proceso No. 110013103012201700439 01
Clase: VERBAL – RESCISIÓN POR LESIÓN ENORME
Demandante: EQUIPEM ATLAS OIL S.A.S. –EN LIQUIDACIÓN-
Demandado: BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA S.A.

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2° y 3° del numeral tercero), 323 (numeral primero) y 327 (últimos dos incisos) del Código General del Proceso, se ADMÍTE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación que la parte demandante interpuesto contra la sentencia escrita que el 22 de octubre de 2020 profirió el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual negó las pretensiones de la demanda.

En oportunidad, secretaría controlará los traslados que por cinco (5) días regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, luego de lo cual el asunto ingresará al despacho para resolver lo pertinente. Comuníquese esta providencia al correo electrónico de los apoderados de las partes.

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de las alzas admitidas versará, únicamente, sobre los reparos concretos presentados contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP. Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

**MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
MAGISTRADO
MAGISTRADO - TRIBUNAL 005 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:

**1badfdabe24f55b0fa1fdacbfd5c1239228d88466de72ef9888d02d2eb
04a4e1**

Documento generado en 03/05/2021 03:00:04 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Magistrado Ponente:

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Ref: Acción popular iniciada por Libardo Melo Vega contra City Parking S.A.S.

Exp. No. 110013103015201700673 01

Se deciden los recursos de apelación que las partes interpusieron contra la sentencia de 2 de julio de 2020, proferida por el Juzgado 15 Civil del Circuito de la ciudad para decidir la acción popular que Libardo Melo Vega promovió contra City Parking S.A.S.

ANTECEDENTES

1. El señor Melo solicitó declarar que City Parking S.A.S. ha violado los derechos colectivos de los usuarios previstos en el literal n) del artículo 4º de la ley 472 de 1998, el artículo 78 de la Constitución Política, el Código Nacional de Policía, el Decreto 217 de 2017, la ley 1480 de 2011 y demás normas concordantes, por lo que debía ordenársele que en el parqueadero ubicado en la Calle 128 Bis A No. 58 A – 66 de la ciudad, debía anunciar las tarifas aplicables a los vehículos y motocicletas sin sobrepasar los límites normativos y, además, destinar un número de estacionamientos para las personas con limitaciones físicas, según las dimensiones y ubicación previstas en el Decreto 36 de 2004. Adicionalmente, prevenirla para que en el futuro no vulnere los derechos colectivos de los usuarios y ordenarle otorgar una garantía bancaria o póliza de seguros.

2. Para soportar sus pretensiones adujo, en lo basilar, que la sociedad demandada vulneró los derechos de los consumidores a recibir información veraz, clara y suficiente en el referido estacionamiento, porque (a) informa una tarifa ilegal de \$74 por minuto, para automóviles, y de \$52 para motocicletas, que superan los límites fijados en el Decreto Distrital 217 de 2017 (\$63 y \$44, respectivamente), dadas las características del parqueadero; (b) no cumple con las especificaciones del Decreto Distrital 36 de 2004, para los cupos de parqueo de bicicletas, y (c) el sitio destinado para vehículos de personas en situación de discapacidad, no cumple con las dimensiones mínimas de 4,50 x 3,80 metros.

3. Notificada del auto admisorio, la accionada se opuso y formuló como defensas la “ausencia absoluta de violación del derecho colectivo de los consumidores”, “temeridad del actor popular” y “carencia de objeto – hecho superado” (fls. 150 a 154, cdno. 1).

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El juez declaró que City Parking S.A.S. incurrió en violación de los derechos colectivos. Por tanto, le ordenó anunciar y cobrar las tarifas aplicables al servicio de parqueo de automóviles y motos, de acuerdo a la normatividad vigente y al informe técnico de la Alcaldía Local de Suba, destinar un número de estacionamientos para personas en situación de discapacidad, acorde con la capacidad del parqueadero y con sujeción al Decreto 036 de 2004, así como 12 cupos para el estacionamiento de bicicletas, conforme al Decreto 36 de 2004 y las fichas técnicas M100 y M101 del Mobiliario Urbano.

Desestimó las excepciones porque dicho informe evidenciaba la “violación flagrante a (sic) los requisitos exigidos en el artículo 5º del Decreto 217 de 2017, Decreto 036 numeral 9º del artículo 3º, respecto a no contar con el cupo mínimo para bicicletas (12 cupos); el estacionamiento (1 cupo) para personas con discapacidad no cumple con las medidas exigidas de 3,80 x 4,50; y respecto al cobro de tarifas para carro (63 pesos); para motos (44 pesos); se están cobrando por encima de esas tarifas, ya que según lo establecido el parqueadero cobra para carro una tarifa de 74 pesos, y 63 pesos para moto, por minuto, lo cual desbordan las tarifas legales” (fl. 648, cdno. 1).

Agregó que no se probó la inexistencia de la afectación de los derechos colectivos, ni que el daño se consumó.

EL RECURSO DE APELACIÓN

1. La sociedad accionada pidió revocar la sentencia porque se basó en el informe técnico de la Alcaldía Local de Suba, en el que se ignoró que las tarifas y condiciones del servicio fueron comunicadas a esa entidad y a Planeación Distrital sin recibir observación alguna; además, ese informe es un documento con “más de tres meses de antigüedad, de manera que no es actual ni serio” (fl. 653 vto., cdno. 1), habiéndose hecho interpretaciones más allá de lo previsto en la ley, específicamente en lo que tiene que ver con la cantidad de cupos permitidos para los vehículos, las motocicletas y las bicicletas. También se omitió valorar la Circular 001 de 14 de enero de 2011.

Agregó que la decisión pasó por alto que al juez se le informó que “dicho punto de servicio de parqueadero cerró su operación en diciembre de 2018” (fl. 653 vto., cdno. 1), razón por la cual se configuró un hecho superado y no puede cumplirse lo ordenado en la sentencia.

Finalmente, reparó las agencias en derecho fijadas.

2. El accionante adhirió a la apelación porque la sentencia no se pronunció sobre la pretensión de otorgamiento de una garantía bancaria o póliza de seguros, conforme al artículo 42 de la Ley 472 de 1998.

CONSIDERACIONES

1. Es asunto averiguado que la acción popular constituye un valioso mecanismo para la protección de los derechos y los intereses colectivos, entre los que se cuentan la seguridad, la realización de las construcciones, edificaciones y desarrollos urbanos respetando las disposiciones jurídicas, de manera ordenada y con prevalencia de la calidad de vida de los habitantes, como lo precisan los literales g) y m) del artículo 4º de la Ley 472 de 1998.

Por eso, en general, la pretensión del actor popular está orientada a “evitar el daño contingente”, “hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración o agravio” que se cierna sobre aquellos, o a “restituir las cosas a su estado anterior, cuando fuere posible” (Ley 472 de 1998, art. 2º, inc. 2º), de suerte que, en estrictez, el fin primordial de la referida acción no es lograr una condena, menos pecuniaria, en contra de la parte que la soporta, sino emitir una “orden de hacer o de no hacer”, en caso de comprobarse la infracción. Sólo cuando el daño es irreversible puede imponerse una “condena al pago de perjuicios..., en favor de la entidad pública no culpable que los tenga a su cargo”, como se desprende del artículo 34 de la ley 472 de 1998.

De allí que la Corte Constitucional hubiere precisado que tales objetivos tienen su razón de ser “mientras subsista la vulneración de un derecho o interés colectivo y exista la posibilidad de volver las cosas a su estado anterior para hacer cesar esa violación”¹ (se subraya), por manera que si la situación que se busca enmendar con la acción popular desaparece, esta carecería de objeto, imponiéndose, por ende, la negativa de la respectiva pretensión.

Se trata, entonces, del mismo presupuesto que aplica para otro tipo de acciones públicas y constitucionales, como la acción de tutela, en la que su procedencia decae cuando, antes de la sentencia, ha desaparecido o se ha superado la infracción, dado que, en esta hipótesis, ningún objeto tendría una determinación judicial de impartir una orden de amparo, “pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia”².

2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, es cierto que para la época en que se formuló la demanda (22 de marzo de 2017), el parqueadero público ubicado en la Calle 128 bis A No. 58 A – 66 de la ciudad incumplía con el cupo mínimo para bicicletas exigido por el numeral 9º del artículo 3º del Decreto 36 de 2004 (12, ofreciendo sólo 9), lo mismo que con las medidas previstas en la misma normatividad para los estacionamientos destinados a vehículos de “personas con discapacidad” (debe ser de 3,80 x 4,50 mts, y no de 2,90 x 4,40 mts, como sucedía). También se probó, con el mismo informe de la Alcaldía Local de Suba (fls. 613 y 614, cdno. 1), que las tarifas cobradas no se ajustaban a las establecidas en el Decreto 217 de 2017, vigente para

¹ Sentencia C-215 de 1999.

² Sentencia T-033 de 1994.

esa época. Que esa entidad, en su momento, hubiere guardado silencio frente a las misivas que comunicaban los precios (de fechas 5 de enero de 2014 y 8 de mayo de 2017), no significa validación de los mismos porque el párrafo 5º del artículo 4º de dicha normatividad tiene como presupuesto el registro “antes del 1 de julio de 2009”. Luego el parqueadero en cuestión no podía cobrar más de 63 pesos, para los carros, y 44 pesos para las motos, en ambos casos por minuto; las tarifas que facturaba, de 74 y 52 pesos, por el mismo tiempo, desbordaban esos límites.

Empero, no es posible desconocer que la sociedad demandada, en escrito de 1º de febrero de 2019, informó que el parqueadero “cerró su funcionamiento en diciembre de 2018” (fl. 617, cdno. 1), por lo que debe aceptarse que en la actualidad no se presenta la vulneración de los derechos e intereses colectivos alegados. Y aunque el señor Melo adujo que no existe prueba del cierre para esa fecha, en todo caso reconoció que, según el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, la matrícula mercantil del establecimiento aludido fue cancelada el 10 de marzo de 2020 (archivo 21, cdno. Tribunal), es decir, antes de proferirse sentencia de primera instancia, a lo que se agrega que el último año de renovación fue el 2017, razón por la cual debió el juez reparar en esa circunstancia, con sujeción al mandato del inciso 4º del artículo 281 del CGP.

En síntesis, si la sociedad demandada ya no opera el parqueadero público al que se refiere la demanda, no es posible sostener que sigue violando derechos colectivos, por lo que carece de sentido imponerle obligaciones de hacer, como lo dispuso la sentencia. Hay, entonces, ausencia actual de objeto.

3. Con todo, que no se puedan emitir órdenes como las expedidas por el juez no impide declarar que, en su momento, la sociedad accionada lesionó derechos colectivos, en orden a que no vuelva a incurrir en las conductas censuradas, dada la naturaleza preventiva de la acción popular.

Luego, se confirmará el numeral 1º de la sentencia apelada, y se revocarán los de naturaleza condenatoria (2º y 3º). El mandato de comunicar a las autoridades competentes (4º) y archivar el expediente (5º), no ofrecen discusión.

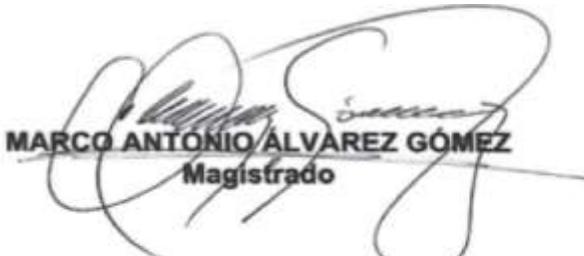
Dado el sentido de la decisión, no se impondrá condena en costas en ninguna de las instancias. Al fin y al cabo, la modificación de las circunstancias del caso ocurrió antes del fallo de primer grado (CGP, art. 365, num. 5).

4. Resta decir, en cuanto a la apelación adhesiva del demandante, que si no procede la emisión de órdenes que deba cumplir la sociedad demandada, no es viable imponerle que otorgue la garantía a la que se refiere el artículo 42 de la ley 472 de 1998.

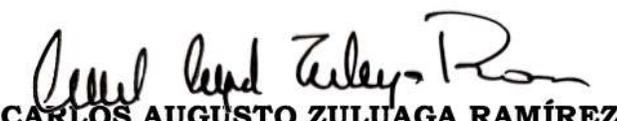
DECISIÓN

Por el mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá D.C., en Sala Primera Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **confirma** los numerales 1º, 4º y 5º de la sentencia de 2 de julio de 2020, proferida por el Juzgado 15 Civil del Circuito de la ciudad dentro de este proceso, y **revoca** los numerales 2º y 3º, por carencia actual de objeto.

NOTIFÍQUESE,



MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

MAGISTRADO

**MAGISTRADO - TRIBUNAL 006 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:

3390a17e1bbfd9726878a12c5afba4180c88b9afad6a864cf9b8958732055a2b

Documento generado en 03/05/2021 09:23:23 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Asunto: Proceso Ejecutivo de Banco BBVA Colombia contra el señor Juan Diego Montoya Peña y otros¹.

Rad. 18 2018 00500 02

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra el auto que profirió el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá el 15 de enero de 2020, mediante el cual negó la nulidad que propuso.

I. ANTECEDENTES

1. Con fundamento en que fue indebidamente notificado, el apoderado judicial del señor Juan Diego Montoya pidió que se declare la nulidad de lo actuado, toda vez que conoció de la existencia del proceso por “*voces de otros implicados, en este caso su hermana*”; que por tal razón, el 5 de septiembre de 2019 acudió al juzgado para notificarse, y aunque le entregaron copias de la demanda, le informaron que ello no constituía una notificación personal porque ya lo fue mediante aviso, sin embargo, revisado el plenario los dos intentos tuvieron resultados negativos, tal como se indicó en auto de 22 de mayo de 2019.

Agregó que si bien con posterioridad, el extremo ejecutante “*aportó una dirección de correo electrónico*”, no hay ningún soporte que enseñe que tuvo lugar “*de manera exitosa*”.

¹ Repartido al Despacho el 11/02/2021

2. Luego de correr el respectivo traslado, el juzgado de conocimiento negó la prosperidad del incidente, con fundamento en que la demanda señaló dos direcciones físicas de notificación del incidentante, y aunque es cierto que se allegó el resultado negativo del envío, sólo lo fue en una de ellas, pues en la restante arrojó resultado positivo. Agregó que al margen de lo anterior, la parte demandante informó una dirección de correo electrónico, donde se remitió el citatorio y el aviso, trámite que fue certificado y cotejado por la empresa de mensajería.

3. Inconforme, el apoderado del demandado, señor Juan Diego Montoya, con fundamento en similares argumentos aseguró que su representado no ha sido notificado *“ni de forma personal, mediante aviso o correo electrónico y que el único momento en que se dio efectivamente la notificación fue el 5 de septiembre...”*

II. CONSIDERACIONES

1. Para resolver, se debe tener en cuenta que la nulidad procesal es la sanción que se da a una actuación cuando vulnere los requisitos que la ley ha establecido para su validez. Dichas nulidades hacen referencia a las irregularidades que se pueden presentar en el trámite del proceso, las cuales han sido expresamente consagradas por el legislador como generadoras del vicio, de ahí que respecto de ellas se pregone el principio de taxatividad o especificidad. Para el caso, la reclamada encuentra sustento en el numeral 8° del artículo 133 del Código General del Proceso que se reduce, en síntesis, a la indebida notificación de la parte demandada.

2. Así, el artículo 291 del Código General del Proceso prevé que para la práctica de la notificación personal la parte interesada debe enviar la comunicación a la dirección del demandado que haya informado la parte demandante, comunicación que deberá ser cotejada y sellada por la empresa de correos para ser entregada en la sede judicial junto con una constancia sobre su entrega con el fin que obre dentro del expediente, disposición que impone al funcionario judicial verificar que la entrega esté documentada,

cotejada y sellada por la empresa que prestó el servicio de correo con la constancia de que el notificado vive, reside o labora allí.

Ahora, en el caso que no asista en el término dispuesto para ello, la misma normatividad dispone que *“el interesado procederá a practicar la notificación por aviso”, el cual deberá incluir “su fecha y la de la providencia que se notifica, el juzgado que conoce del proceso, su naturaleza, el nombre de las partes y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino”, y cuando se trate del auto admisorio de la demanda o mandamiento ejecutivo, “el aviso deberá ir acompañado de copia informal de la providencia que se notifica”, conforme lo prevé el artículo 292 del Código General del Proceso, y en el evento en que se “conozca la dirección electrónica de quien deba ser notificado, la comunicación podrá remitirse por el interesado por medio de correo electrónico. Se presumirá que el destinatario la recibió la comunicación cuando el iniciador recepcione acuse de recibo. En este caso, se dejará constancia de ello en el expediente y adjuntará una impresión del mensaje de datos.” (se subraya).*

En concordancia con lo último, es preciso recordar que sobre el “acuse de recibo”, el artículo 20 de la Ley 527 de 1999², prevé que: *“Si al enviar o antes de enviar un mensaje de datos, el iniciador solicita o acuerda con el destinatario que se acuse recibo del mensaje de datos, pero no se ha acordado entre éstos una forma o método determinado para efectuarlo, se podrá acusar recibo mediante: a) Toda comunicación del destinatario, automatizada o no, o b) Todo acto del destinatario que baste para indicar al iniciador que se ha recibido el mensaje de datos”, y con relación a la “presunción de recepción de un mensaje de datos, el artículo 21 *ibídem* que: “Cuando el iniciador recepcione acuse recibo del destinatario, se presumirá que éste ha recibido el mensaje de datos”.*

Con miras a reglamentar lo anterior, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo PSAA06-3334 de 2006³, donde

² «Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones»

³ “Por el cual se reglamenta la utilización de medios electrónicos e informáticos en el cumplimiento de las funciones de administración de justicia”

en su artículo 14 dispuso que: “Los mensajes de datos se entienden recibidos de la siguiente manera: a) a) Cuando el destinatario ha confirmado mediante acuse de recibo la recepción, o éste se ha generado automáticamente. b) b) Cuando el destinatario o su representante, realiza cualquier actuación que permita concluir que ha recibido el mensaje de datos. c) c) Cuando los actos de comunicación procesal emanados de la autoridad judicial, no han sido devueltos al sistema de información de la autoridad judicial, dentro de los tres (3) días calendario siguiente a su remisión.” (se subraya)

3. Establecido lo anterior, se advierte que en el asunto de la referencia se demandaron a los señores Juan Diego Montoya Peña y Ángela María Montoya Peña, para lo cual se informaron las siguientes direcciones físicas: “Calle 133 N° 58C – 60 Apto 301 Interior 6 en Bogotá”, “Calle 171 N° 45-02 Int. 11 en Bogotá” y, “Calle 4 N° 2-87/89 en Honda Tolima” y el correo electrónico luzampa@gmail.com; que para notificar el primero, aquí incidentante, se remitió citatorio de que trata el artículo 291 del Código General del Proceso así: **i)** a la Calle 171 N° 45-02 Interior 11, la cual tuvo como resultado “no reside o no trabaja en el lugar”, con fecha de 28/02/2019 y, **ii)** a la Calle 133 N°58C – 60 Apto 301 Interior 6, con el resultado “Efectivo (si habita o trabaja)” el día 26/02/2019; que en virtud de lo último, mediante auto de 14 de mayo de 2019, la jueza *a quo* requirió a la parte demandante para que aportara el trámite de la notificación conforme al artículo 292 *ibídem*, “a efectos de determinar el día en que fuera recibido”.

Que para lo anterior, se aportó citatorio de notificación por aviso con fecha de entrega de 11/04/2019, empero, con la anotación “no reside o no trabaja en el lugar” y que “informa vigilante Mery Perdomo (que habito(sic.))”, razón por la cual el ejecutante pidió tener en cuenta el correo electrónico jdmexchange@gmail.com como nueva dirección de notificación, aportando para ello constancia de “entrega efectiva” de la empresa Distrienvios del siguiente tenor:

“Según lo consignado los registros de sealmail el mensaje de datos presenta la siguiente información:

Resumen del mensaje

Id Mensaje 7552633

Emisor macosta@distrienvios.com

Destinatario jdmexchange@gmail.com – JUAN DIEGO MONTOYA PEÑA

Asunto NOTIFICACION POR AVISO RAD 2018-00500
Fecha de Envío 2019-07-02 11:41
Estado Actual El destinatario abrió la notificación

Trazabilidad de notificación electrónica

<i>Evento</i>	<i>Fecha Evento</i>	<i>Detalle</i>
Mensaje Enviado	2019/07/02 11:45:06	Tiempo de firmado: Julio 2 16:45:06 2019 GMT Política: 1.3.6.1.4.1.31304.100.1.45.1.0.
Notificación de entrega al servidor exitosa	2019/07/02 11:45:21	Jul 2 11:45:07 cl-t205-282....
<u>El destinatario abrió la notificación</u>	<u>2019/07/02 12:42:28</u>	<u>Dirección IP: 181.48.120.73 Agente de usuario: Mozilla/5.0 (iPhone; CPU iPhone OS 11_4_1 like MAC OS X)...</u>

Que el 5 de septiembre de 2019, el apoderado judicial del incidentante acudió al litigio con el fin de notificarse personalmente de la orden de apremio, sin embargo, se expidió constancia secretarial, a cuyo tenor: “No se realiza el trámite de la notificación personal en virtud que ya se surtió la notificación por aviso conforme lo previsto art. 292 del CGP, se le advirtió que los términos comenzaron a contabilizarsen(sic.) a partir del recibo del aviso” y al siguiente día, 6 de septiembre de 2019, promovió el incidente de nulidad por indebida notificación que ahora ocupa la atención del Despacho.

A su vez, el 10 del mismo mes y año radicó “recurso de reposición contra el mandamiento de pago” y el 19 “excepciones de mérito”, no obstante, en auto de 10 de diciembre de 2019, el juzgado de conocimiento resolvió tener por notificado al demandado Juan Diego Montoya “mediante aviso recibido el día 2 de julio de 2019 enviado a la dirección de correo electrónico informada” y, por ende, los medios de defensa que ejerció resultaron extemporáneos.

4. Como se ve, ninguna irregularidad se advierte del trámite de notificación al demandado, aquí incidentante, pues contrario a lo que manifestó su apoderado, sí existe certeza de la entrega del citatorio al correo electrónico jdmexchange@gmail.com a partir de la certificación emitida por la empresa Distrienvios, donde se advierte que el destinatario, efectivamente, abrió el correo remitido el 2 de julio de 2019 a las 12:42:28, documento que de acuerdo a la normatividad citada resulta suficiente para establecer que el destinatario recibió la comunicación.

5. Suficientes resultan las anteriores consideraciones para confirmar la providencia objeto de censura.

En consecuencia, se

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto que profirió el Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá el 15 de enero de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO. DEVOLVER las diligencias al Juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 1100131030021 2016 00179 02
Procedencia: Juzgado Veintiuno Civil del Circuito
Demandante: Jorge Enrique Mariño Ramírez
Demandada: María Teresa Valero de Ruíz
Proceso: Declarativo
Recurso: Apelación Sentencia

Discutido y Aprobado en Salas de Decisión del 16 y 30 de abril de 2021. Actas 14 y 18.

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia calendada 19 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, D.C. dentro del proceso **DECLARATIVO** promovido por **JORGE ENRIQUE MARIÑO RAMÍREZ** contra **MARÍA TERESA VALERO DE RUÍZ**.

3. ANTECEDENTES

3.1. La Demanda.

Jorge Enrique Marino Ramírez, a través de apoderado judicial, formuló demanda contra María Teresa Valero de Ruíz, para que previos los trámites pertinentes, se hagan los siguientes pronunciamientos:

3.1.1. Declarar que la demandada incumplió el contrato exclusivo de corretaje suscrito con el actor.

3.1.2. Ordenar a la convocada cancelarle al promotor \$432.980.800,00 por concepto de comisiones.

3.1.3. Disponer que la encartada efectúe la tradición del lote Número 18 del inmueble denominado Villa Mariana a favor de su contradictor, o en su defecto, le reconozca \$177.200.000,00.

3.1.4. Condenar a la enjuiciada a sufragar la suma de \$67.019.200,00 por concepto de perjuicios, junto con la indexación de los valores y las costas del proceso¹.

3.2. Los Hechos

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, adujo:

El 27 de noviembre de 2010, María Teresa Valero de Ruíz, en calidad de proponente, y Jorge Enrique Mariño Ramírez, en condición de corredor, celebraron un contrato de corretaje exclusivo para la gestión y venta de 43 lotes del Conjunto Cerrado Villa Mariana, ubicado en el municipio de La Mesa – Cundinamarca.

¹ Folios 54 Y 66 del PDF ExpedienteCompletoCuaderno1.

Durante el año 2011, Mariño Ramírez, para cumplir con el objeto de la convención, gestionó las licencias del proyecto urbanístico, lo ofreció y adelantó campañas publicitarias con recursos propios que ascendieron a \$23.833.360,00, como lo informó Carlos Andrés Leiton, contador del proyecto. Tal información se incluyó en el documento rotulado “*auxiliar de cuentas*”, entregado a Jorge Mariño.

El 15 de diciembre de 2012, el aludido profesional emitió comprobante de egresos por \$19.997.370, de los cuales \$606.960 corresponden a gastos varios del año 2010 y los \$19.390.400 restantes a abonos de comisiones realizados a Jorge Mariño durante el 2011. En el transcurso de la primera anualidad en mención, vendió los lotes 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 28 y 32 por un valor de \$1.253.816.000,00.

El 16 de enero de 2010, en la casa de la familia Ruíz Valero, se acordó asignar 3 lotes a título de bonificación, técnicamente una adenda, de los cuales el número 18 fue para el señor Mariño, con un valor, para ese entonces, de \$29.300.000,00 y para el día en que se presenta la demanda de \$177.200.000,00.

En la cláusula sexta del pacto se concertó como remuneración y/o comisión el 20% del total de las ganancias netas, descontando el valor del terreno Villa Mariana, estimado en \$1.000.000.000,00 y la suma del proyecto, aprobada en \$600.000.000,00. El artículo 1341 del Código de Comercio y la jurisprudencia establecen que el corredor tiene derecho a la remuneración estipulada, máxime cuando cumplió con la labor que le correspondía, hasta donde María Teresa Valero se lo permitió.

De los 10.041,97 metros cuadrados en que se encuentran los 43 lotes, el señor Mariño vendió 16, con un total de 3.764,25 metros cuadrados, que equivalen al 37.49% de terreno, por lo que, mediante

oficio del 12 de noviembre de 2011, aquél le solicitó al gerente Carlos Alberto Ruíz Valero, se liquidara y girara el 50% del total de las comisiones recaudadas hasta la fecha, respecto de lo cual no obtuvo respuesta alguna.

El 30 de enero de 2012, Carlos Alberto Ruíz como vocero de María Teresa Valero le comunicó a Jorge Mariño que realizó contrato de corretaje con una inmobiliaria, faltando al compromiso de exclusividad estipulado en la cláusula octava, relativo a no consignar los inmuebles ante otras personas. Además, que “...impondría a partir del 01 de febrero de 2012, **fuerza propia** en las ventas de Villa Mariana desde la sala de ventas del conjunto...”, quebrantando la estipulación quinta, relativa a abstenerse de realizar gestiones encaminadas a consolidar contratos y promesas de compraventa, sin intermediación del corredor.

También en tal ocasión, expulsó al señor Mariño y a los vendedores de la sala de ventas, cambió su número de celular de los medios publicitarios, lo cual le impidió continuar con la labor y no le permitieron comunicarse con María Teresa Valero, infringiendo así el clausulado octavo que estipulaba que el negocio no podía ser cancelado de forma unilateral por ninguna de las partes hasta tanto no se vendieran la totalidad de los predios. Las anteriores conductas denotan un incumplimiento contractual y acciones desleales frente a Jorge Mariño.

El 5 de junio de 2012 se informó que el 60% del proyecto había sido vendido a Jesús Aníbal Gómez Ramírez, quien se comprometió a seguir con el desarrollo del mismo, por lo tanto, se le debe pagar a Mariño el 20% del valor de la utilidad de las ventas realizadas - \$250.763.200,00-, así como las comisiones por ventas directas - \$502.217.600,00-, descontando el valor base del negocio - \$320.000,000.00-, lo que arroja una cifra neta que se debe reconocer

de \$432.980.800,00, la cual no se ha satisfecho pese a los continuos requerimientos. Por ende, ha generado intereses moratorios.

La anterior situación le ha causado perjuicios de índole económica. Convocó a audiencia de conciliación a Teresa Valero de Ruíz para solucionar las reseñadas diferencias, pero ella no asistió, ni presentó justificación por su incomparecencia.

Aunque en la disposición décimo primera las partes convinieron someter cualquier diferencia que se presentara a tribunal de arbitramento, radicada la competencia en éste, luego que el Estrado a quien en principio le correspondió conocer el presente asunto se lo remitiera, la mencionada autoridad, mediante auto de 5 de abril de 2016, declaró extinguidos los efectos de la cláusula compromisoria porque ninguna de las partes realizó el pago de los honorarios².

3.3. Trámite Procesal.

El Juzgado de Conocimiento, previa inadmisión, por medio de proveído calendado 12 de agosto de 2016, admitió la demanda, ordenó su traslado al extremo pasivo³.

María Teresa Valero de Ruíz se tuvo notificada por aviso y guardó silencio frente al libelo⁴. De manera extemporánea formuló la excepción previa “...*Indebida Representación del Demandante...*”, a la cual no se le impartió trámite⁵.

Agotadas las etapas establecidas en los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso⁶, la Funcionaria dictó sentencia, a través de la cual negó las pretensiones y terminó el proceso, sin imponer

² Folios 47 al 54 y 66 a 69 *ibídem*.

³ Folios 63 y 70 *ibídem*.

⁴ Folio 114 *ibídem*.

⁵ PDF 01 CuadernoExcepcionesPrevias.

⁶ Folios 123, 304 y 332 y 333 *ibídem*.

condena en costas.

Contra la determinación, el extremo activante formuló recurso de apelación, el cual se concedió en el acto⁷.

4. LA SENTENCIA IMPUGNADA

La señora Juez, tras hacer un recuento de los antecedentes, refirió que están satisfechos los presupuestos procesales y la nulidad que se presentó se encuentra saneada.

Pasó a describir el marco normativo del contrato de corretaje, así como la jurisprudencia que ha desarrollado tal figura, específicamente, la que aduce que solo en el evento en que se materialice el negocio entre los sujetos que puso en contacto el corredor este tiene derecho a percibir la remuneración pactada.

A continuación, destacó que se encuentra probado, por medio de los testimonios y las escrituras públicas adosadas, el contrato de corretaje y que por la intervención del señor Mariño se materializó la venta de 13 lotes por un valor de \$595.000.000,00. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con los terrenos 5 y 8, pues aunque se demostró que fueron enajenados con el folio de matrícula inmobiliaria, no se acreditó el precio de esta negociación. Tampoco se aportó documento alguno que diera cuenta de la transferencia y valor del inmueble número 16, así como de los predios 17 al 43 que se dice fueron adquiridos por José Aníbal Gómez.

En esas circunstancias, el demandante no cumplió con la carga de probar, a través de los documentos contables correspondientes, la suma que debía recibir por comisiones, la cual corresponde al 20% de las ganancias netas del proyecto, como se convino en la cláusula

⁷ Minuto 53:03 a 53:35 del archivo 05 110013103021201600179 00Folios 332 y 333 *ibídem*.

sexta del negocio, pues, aunque los testigos Carlos Leiton y José Aníbal Gómez indicaron que los 27 lotes restantes se negociaron en \$1.100.000.000,00, esta cantidad más la que logró acrisolar el gestor que recaudó en ventas, no supera el umbral de la cifra que acordaron descontar para determinar el valor de la comisión.

Y aún verificado que el impulsor intervino en la negociación de 16 fundos, lo cierto es que no acreditó el importe total de ellos, ni las ganancias netas, para así establecer la remuneración. Entonces, el pretensor no satisfizo la carga de la prueba necesaria para que sus peticiones se abrieron paso, tampoco demostró que se le causaron los perjuicios reclamados.

Con fundamento en los razonamientos que preceden desestimó las peticiones de la demanda y finiquitó el juicio⁸.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES

5.1. El apoderado del extremo actor pide revocar la sentencia de primer grado, para en su lugar, acceder a las pretensiones.

Sostuvo que la Juez efectuó una indebida valoración probatoria al aseverar que su representado no acreditó las utilidades obtenidas por la demandada, para establecer que se incumplió la cláusula sexta del contrato de corretaje referente al pago de las comisiones a favor del corredor, pues de la confesión ficta que opera con ocasión de la no contestación de la demanda, no solo era posible tener por demostrado aquel hecho sino todos los que edificaron el escrito genitor, esto es, que en bonificación le entregaron al actor el lote número 18, la vulneración de la estipulación novena del contrato al romper la exclusividad pactada con el señor Mariño, así como que por comisiones le adeudan a él \$432.980.000,00.

⁸ Minutos 4:35 a 40:20 del archivo 05 110013103021201600179 00.

Agregó que María Teresa Valero en interrogatorio de parte ratificó los supuestos fácticos aducidos en la demanda, pues aceptó que el señor Mariño tramitó los permisos para iniciar la obra, vendió parte de los lotes ofertados, pero el proyecto lo terminó un tercero, a quien se le enajenaron varios de los predios por aproximadamente \$1.100.000.000,00, y aún no ha pagado el 20% de las comisiones a Jorge Enrique Mariño.

Después de hacer alusión a la carga dinámica de la prueba, arguyó que la encausada no desvirtuó en su declaración de parte que Jorge Mariño vendió 16 lotes por \$1.253.816.000,00, 37.49% del proyecto, ni que los 27 lotes restantes se enajenaron a Jesús Aníbal Gómez por \$1.100.000.000,00.

Rebatió que si la primera instancia consideraba necesario analizar la contabilidad que reflejara el valor de los inmuebles transferidos, las escrituras en que se protocolizaron las compraventas y las declaraciones de renta que reflejan el monto de las operaciones, la carga de aportar esas pruebas no estaba en la activa sino en la pasiva, por estar en mejor posición de allegarlas, máxime que Jorge Mariño al haber sido relevado de su condición de corredor desde el 30 de enero de 2012, no tenía acceso a documentos diferentes de los arrojados con la demanda, a lo que se suma que la señora Valero no llevaba registro de las operaciones del conjunto, tal como lo testificó su contador, Carlos Andrés Leiton, quien además dijo que aquella dentro de sus cuentas propias no incluyó la obligación a favor del señor Mariño, de lo que se deduce que nunca tuvo la voluntad de cumplirle.

Añadió que, al haber admitido el testigo Jesús Aníbal Gómez que le compro 27 lotes a María Teresa Valero, el promotor tiene derecho a que se le pague la remuneración correspondiente al 20% de las utilidades.

Cuestionó que la Juzgadora no valorara los documentos adosados con el escrito genitor como los correos compartidos entre el demandante y los hijos de la encartada, el cuadro de las sumas por las que se enajenaron los lotes y las cuentas de cobro pasadas por el actor, de los cuales puede deducirse el monto de la comisión.

Omitió pronunciarse sobre la pretensión tercera de la demanda relativa a que María Teresa Valero debía efectuar la tradición del lote número 18 del Conjunto Villa Mariana a favor de Jorge Mariño, por haber acordado transferirse a título de bonificación, pese a que adjuntó como prueba un mensaje de datos del 30 de enero de 2012, en el cual Carlos Alberto Ruíz, hijo de aquélla se refiere a ese bien.

Refutó que si no se le reconocen al señor Mariño los \$432.980.800,00 como comisión, por lo menos si \$225.775.200, por la venta de 16 terrenos que efectuó, teniendo como rubro de los gastos no los \$600.000.000,00 que se acordaron sino lo realmente invertido por la dueña, esto es, \$224.940.000,00⁹.

5.2. El abogado de los encausados replicó que la presunción que se configura por no pronunciarse sobre la demanda admite prueba en contrario, que para el caso fue lo expuesto por la convocada y el deponente Leiton, quienes al unísono manifestaron que no se le había pagado comisión a Mariño porque no se obtuvieron las ganancias netas contempladas en la cláusula sexta del contrato. Aunado, la señora Valero en su interrogatorio manifestó que el rubro total del proyecto no alcanzó la cifra estipulada para reconocer remuneración, es decir, no se acreditó que la enajenación de los inmuebles superara los \$1.600.000.000,00 para que el corredor tuviera derecho a percibir el 20% de tal cifra.

⁹ Minutos 41:27 a 52:44 del archivo 05 110013103021201600179 00 Folios 336 a 343 *ibídem* y PDF 09.Jorge Enrique Mariño -Apelación (1).

En adición, expuso que no allegaron las escrituras de compraventa y los folios en los que se registraron, por lo que no se probaron en forma adecuada los negocios. Tampoco que al actor se le debiera la prestación invocada.

Por último, esbozó que al no prosperar la súplica atinente al incumplimiento del contrato, no tiene acogida las demás por sustracción de materia¹⁰.

6. CONSIDERACIONES

6.1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos a cabalidad, y sobre ellos no hay lugar a reparo alguno. Así mismo, examinado el trámite en ambas instancias no se observa irregularidad que pueda invalidar lo actuado, por tanto se dan las condiciones necesarias para proferir sentencia de mérito.

Examinados los reparos concretos y la sustentación de la alzada, las inconformidades del apelante se circunscriben a determinar, si la encausada incumplió el contrato de corretaje y, por ende, le atañe el deber de pagar la comisión pactada y los perjuicios reclamados.

Para abordar el estudio del aludido tópico se hace necesario precisar que la responsabilidad civil está instituida con miras a hacer efectivo el deber legal de reparar, resarcir o indemnizar el quebranto inmotivado de un derecho, bien, valor o interés jurídicamente protegido. El reconocimiento hace indispensable la concurrencia íntegra de sus elementos estructurales conforme a su clase o especie, cuya demostración, salvo norma expresa contraria, corresponde al demandante.

Cuando tiene la connotación de contractual, como es bien sabido, se

¹⁰ PDF 11.ALEGATOS NO RECURRENTE.

origina en una obligación o vínculo previamente establecido. Tiene su fuente en la voluntad de las partes, por ello si se incumple o se ejecuta defectuosamente un convenio, la obligación correlativa de indemnizar perjuicios emana del negocio mismo.

Dicho en otras palabras, se incurre en responsabilidad de estirpe contractual cuando, el deudor, una vez la obligación se ha hecho exigible y debe ser ejecutada, deja de satisfacer total o parcialmente la prestación debida, o cuando la ejecuta defectuosa o tardíamente. Por lo que, al amparo del artículo 1615 del Código Civil, en tratándose de obligaciones positivas surge cuando el deudor está en mora de cumplir y, si es de no hacer, desde el momento de la contravención.

Entonces, dicha responsabilidad descansa sobre el concepto de culpa al tenor del artículo 1604 del Código Sustantivo Civil, así que desde esta perspectiva, el caso compromete la culpa leve de la demandada según la graduación a que alude el artículo 63 *Ibídem*, en el entendido que el convenio en alusión reporta beneficio recíproco para ambas partes.

El inciso 3º del artículo 1604 *ejusdem* señala una regla en punto del principio *onus probandi*, según la cual “...*La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo...*”, al paso que el inciso 4º, inmerso dentro del criterio de la autonomía de la voluntad que aún irradia el derecho privado, permite a las partes modificar el régimen obligacional emanado de los contratos, ya para hacer más gravosa la responsabilidad ora para limitarla, siempre que, se recuerda, con ello no se desconozcan normas de orden público.

Desde esta óptica, corresponde al interviniente insatisfecho probar la existencia del contrato, el incumplimiento y el daño que ha padecido con ocasión de esa conducta, mientras que paralelamente su contraparte debe acreditar la ausencia de culpa, vale decir, que actuó

con la diligencia y cuidado debidos.

Todo lo anterior significa, que la responsabilidad contractual de los extremos negociales encuentra su génesis en el no cumplimiento, la satisfacción tardía, imperfecta o defectuosa de la prestación que para ellos dimana de la convención, lo que sin lugar a dudas conlleva el reconocimiento y pago de los perjuicios irrogados al otro de los intervinientes, como lo prevé el normado 1613 del Código Civil.

No obstante, para la prosperidad de la acción indemnizatoria derivada del negocio surge indispensable, además de acreditar la concurrencia del convenio bilateral, demostrar ciertos presupuestos fácticos que se concretan en la existencia de un perjuicio, seguida de una culpa contractual, como la subsecuente verificación del nexo causal entre ésta y aquél. En suma, dichos elementos vienen a ser los mismos de la responsabilidad delictual, sólo que en éste evento el perjuicio proviene del incumplimiento de la convención, como lo ha señalado la jurisprudencia nacional¹¹:

“... en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño...”

6.2. Pues bien, el corretaje, es un contrato disciplinado en los artículos 1340 a 1353 del Código de Comercio, *“...en virtud del cual una parte llamada corredora, experta y conocedora del mercado, contrae, para con otra denominada cliente, encargante o proponente, a cambio de una comisión, la obligación de gestionar, promover, inducir y propiciar*

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Casación Civil, Sentencia de enero 26 de 1967.

la celebración de un negocio poniéndola en conexión con otra u otras, sin tener vínculos de colaboración, dependencia, mandato o representación con alguna de ellas...”.

Esta convención tiene como características que es típica, nominada, consensual, bilateral, principal, autónoma e independiente, onerosa, conmutativa y de libre discusión.

La labor del corredor se concreta a buscar oportunidades de negocios, con sus propios medios, infraestructura, métodos, organización, riesgos y costos, su gestión consiste en relacionar a los sujetos que necesitan contratar, que no se han contactado directamente, sin participar en el pacto promovido, ejecutar actos por cuenta ajena, celebrar el negocio a nombre de otro, ni asumir o garantizar su realización, salvo pacto en contrario.

Según lo dispuesto en el artículo 1341 del Código de Comercio, si el negocio se materializa con ocasión de la gestión del corredor, es decir, si se evidencia una relación de causa a efecto entre el oficio de éste y el vínculo jurídico concertado por los relacionados, surge para el proponente el deber de pagarle la comisión convenida o, en su defecto, el valor acostumbrado en las prácticas y usos contractuales o el fijado por vía pericial, excepto que el acto se sujete a condición suspensiva, evento en el que solo se causará cuando el hecho futuro e incierto se cumpla -artículo 1343 *ibídem*-.

Así que, a voces de la Jurisprudencia del Máximo Órgano Civil, es necesario para que genere la comisión o remuneración pactada: “...a) *que el comitente haya solicitado o aceptado los servicios del intermediario para efectuar determinado negocio; b) que el corredor haya efectuado gestiones idóneas para el logro del encargo; c) que como consecuencia de las gestiones efectuadas por el corredor, se haya concluido el negocio con el comitente con el tercero, salvo*

revocación abusiva del encargo..."¹².

La doctrina especializada, en cabeza de Cesar Vivante¹³, sostiene:

*"...El mediador tiene derecho a la comisión completa cualquiera que sea el trabajo y el tiempo empleados, aunque sólo haya puesto en comunicación a los contratantes con ánimo de facilitar el contrato.... No importa que la conclusión de la operación llegue materialmente en virtud del trabajo de los contratantes si se consigue como efecto inmediato de la actividad del mediador; **basta que la conclusión sea una consecuencia próxima o remota, (es lo mismo), del trabajo por éste realizado, de modo que pueda decirse que sin él, dado un orden normal de cosas, el contrato no se habría llevado a cabo** – resalta la Sala-*

6.3. De cara a las premisas precedentes, corresponde averiguar, si la convocada debe pagar la comisión reclamada, así como los detrimentos reclamados a causa del incumplimiento negocial alegado.

No obstante, dígase de una vez que si bien, al tenor del artículo 97 del Código General del Proceso, la falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones, da lugar a que se presuman ciertos los supuestos fácticos susceptibles de confesión contenidos en este escrito, también lo es que en rigor, esta presunción de tipo legal o *juris tantum*, admite prueba en contrario, y por tanto, deviene imperioso examinar los elementos de convicción arrimados al litigio para determinar si estos logran desvirtuarla.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. sentencia de 13 de abril de 1955, LXXX, 13.

¹³ **VIVANTE, Cesar**. Tratado de Derecho Mercantil. 1ª Edición. Volumen Primero. El Comerciante. Editorial Reus. Madrid., 1932, pág. 285.

En otras palabras, la presunción no basta para demostrar los supuestos fácticos que sustentan las súplicas demandatorias, conforme lo ambiciona el recurrente, cuando como en el sub-lite, existen instrumentos de juicio obrantes en las diligencias que deben ser valorados junto con aquélla, en tanto, “...[c]omo con acierto lo ha sostenido la doctrina especializada¹⁴, y tiene dicho la Corte¹⁵, la prueba procesal no está formada, de ordinario, por un solo elemento, sino que, por lo común, cada litigante suele utilizar diversos medios de persuasión, de naturaleza heterogénea...”¹⁶.

Además, “...[l]a mera circunstancia de que no se conteste la demanda..., no implica ipso facto, que la presunción ..., según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera, porque llevan consigo una confesión obtenida en violación del principio de no autoincriminación...”¹⁷.

Ergo, las razones precedentes imponen, aun en presencia de una presunción de certeza sobre los hechos de la demanda, analizar los elementos de juicio obrantes en la foliatura, para establecer si tienen o no acogida las peticiones demandatorias.

Las versiones recaudadas, en síntesis, arrojan los siguientes resultados:

El demandado, Jorge Enrique Mariño, en interrogatorio de parte aseveró que solo le reconocieron \$10.000.000,00 pero no sabe si tal cantidad fue pago de un préstamo o abono de la comisión, y que el 60% de proyecto fue vendido, pero él no recibió un solo peso a

¹⁴ *Et al.*: DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo V. 1963. Págs. 401 y ss.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de junio de 1982.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. STC066 de 16 de enero de 2020. Magistrado Ponente Doctor Luis Armando Tolosa Villabona.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-102.

cambio¹⁸.

María Teresa Valero expuso que el actor vendió parte de los lotes; sin embargo, no le pagó la comisión pactada porque solo tuvo pérdidas. Le enajenó a Jesús Aníbal Gómez los demás terrenos por \$1.100.000.000,00¹⁹.

La testigo Ángela María Ceballos López adujo que Jorge Enrique Mariño fue quien les mostró y ofreció el lote número 1 del proyecto Villa Mariana, a ella y a sus padres, el cual compraron pero no recuerda su precio²⁰.

Aurora Cuervo Matallana, refirió que conoció a Jorge Mariño en el 2012, porque ella y su hermana compraron el terreno número 14 del conjunto Villa Mariana, ubicado en el municipio de La Mesa – Cundinamarca que aquél les ofreció en representación de la señora María Teresa Valero, el cual adquirieron por \$112.000.000,00; empero, para los trámites de la escritura ya intervino otro señor de nombre Aníbal ²¹.

Ana Elvia Cuervo Matallana aseguró que conoció a Jorge Mariño debido a que les ofreció y prometió en venta, en representación de doña María Teresa Valero, el inmueble número 14 de un proyecto urbanístico en la Mesa – Cundinamarca, llamado Villa Mariana por \$112.000.000,00; sin embargo, el señor Aníbal fue quien efectuó la escritura pública de compraventa, ya que él había llegado a un acuerdo para continuar el proyecto con la señora Valero²².

Aníbal Gómez Ramírez afirmó que compró por \$1.152.000.000,00 - ya solucionados-, 27 de los 43 lotes del conjunto Villa Mariana en el

¹⁸ Minutos 39:05, 43:30 y 53:00 archivo 02 CDAudienciaArt372FI301.

¹⁹ Hora 1:37,1:41 a 2:21 *ibídem*.

²⁰ Minuto 1:10 a 16:02 archivo 03 CDTestimonioFI309.

²¹ Minuto 18:50 a 34:10 *ibídem*.

²² Minuto 34:32 a 50:55 *ibídem*.

año 2012 a María Teresa Valero, identificados con los números 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23, 24, 25 26, 27 28, 29, 30 31, 32, 33, 34, 35, 36 37, 38, 39, 40, 41, 42 y 43, de los cuales el 18 y el 32 contaban con promesa de compraventa ya firmada por ella, por lo que les reintegró el dinero que habían abonado como promitentes compradores - \$63.000.000,00-.

Agregó que en virtud de esa negociación se comprometió a realizar los instrumentos públicos para la enajenación de otros 6 o 7 lotes, diferentes a los anteriores, a quienes los habían adquirido, los cuales había promocionado y ofrecido en venta Jorge Mariño, con ocasión de contrato de gestión, desarrollo y venta que él tenía con María Teresa Valero sobre el proyecto antes mencionado.

Por último, indicó que, aunque dialogó con Mariño para que lo ayudara a mediar para efectuar la compra a Valero de los predios que aún no se habían transferido de la mencionada Urbanización, la negociación la efectuó directamente con esa familia, es decir, sin la intervención de aquél. Pagó \$270.000.000,00 a Planeación Municipal para continuar la obra, \$63.000.000 de los dos lotes respecto de los cuales se deshizo el negocio, \$150.000.000,00 por deudas que cubrió de la firma que desarrollaba la obra, más un cheque de \$13.000.000,00, montos que le descontó a la vendedora del valor pactado como precio por las 27 heredades adquiridas, por lo que solo pagó a quien era la dueña \$625.000.000,00; y, que el señor Mariño le manifestó que a raíz de la convención entre él y María Teresa Valero, le entregaban como comisión el lote número 18²³.

Carlos Alberto Ruíz Valero, hijo de la demandada, sostuvo que entre su progenitora y Jorge Mariño se celebró un contrato de corretaje, en el cual él se comprometió a dirigir, supervisar y gestionar el desarrollo urbanístico, realizar los diseños del proyecto y su ejecución, así como

²³ Hora 1:02 a 1:59 *ibídem*.

la consecución de las licencias, y a cambio su señora madre debía pagar el 20% de las ganancias netas, es decir, descontando \$1.000.000.000,00 del valor del predio y \$600.000.000,00 por gastos de la urbanización. Empero, el señor Mariño incumplió, dado que no vigiló a la constructora contratada en debida forma; por lo tanto, la CAR paralizó el proyecto. Por el contrario, su progenitora si lo hizo, pues en el desarrollo de la obra a él se le adelantaron algunos dineros por comisión, pese a que no hubo ganancias.

Añadió que el señor Mariño alcanzó a negociar 16 lotes y realizó la publicidad pero los gastos de esta los asumió el proyecto; que a la constructora que contrataron para que se encargara de realizar las calles y el alcantarillado, le pagaron aproximadamente \$460.000.000,00 y solo llevó a cabo el 15% de la obra, sociedad a la que demandó su mamá por el incumplimiento de las obligaciones que le atañían, y aunque ella salió victoriosa, la condena nunca fue satisfecha.

También, señaló que ante tales circunstancias, María Teresa Valero vendió los 27 lotes restantes en \$1.152.000.000,00 a Jesús Aníbal Gómez Guerrero. En virtud de esa convención él se comprometió a sufragar \$524.000.000,00 así: \$270.000.000,00 de cesiones, \$63.000.000,00 por devolución de lo cancelado por dos fundos, \$150.000.000,00 a la compañía que hizo la corrección del alcantarillado, \$10.000.000,00 por una interventoría y \$31.000.000,00 por pago a un ingeniero, adicionalmente su progenitora recibió más o menos \$638.000.000,00.

Además, expresó que no obtuvieron ganancias netas de la urbanización, el señor Mariño no contactó en el año 2012 a Aníbal Gómez y a su mamá para la negociación que efectuaron, no es cierto que se le hubiera prometido el lote número 18 a aquél con ocasión del contrato de corretaje, y que la venta de los 16 lotes que hizo Jorge

Mariño junto con los 27 que compró Aníbal Gómez ascienden a \$1.363.000.000,00, de lo cual aporta al Despacho los respectivos documentos²⁴.

Carlos Andrés Leiton indicó que se despojó a Jorge Enrique Mariño de la labor administrativa contable, porque incumplió con las obligaciones que le correspondían, concretamente, velar por el desarrollo de la obra; empero, a él se le dieron aproximadamente \$14.000.000,00 como anticipos de comisiones.

También, aseveró que los bienes no enajenados fueron vendidos al señor Aníbal Gómez por un monto total del \$1.152.000.000,00, valor en el que incluía el pago de gastos pendientes, como los \$270.000.000,00 que se debían por concepto de cesiones, \$150.000.000,00 para la constructora que terminó el proyecto, \$63.000.000,00 por devolución de lo cancelado por dos lotes, \$31.000.000,00 a Omar Neira; \$13.000.000,00 por otro negocio que se deshizo. Los \$625.000.000,00 restantes, para completar el precio, se le entregaron a María Teresa Valero.

Finalmente, sostuvo que la señora Valero no llevaba contabilidad debido a que la ley no se lo impone, pero el proyecto Villa Mariana si la tenía, aunque en esta no se incluyó ninguna obligación a favor de Mariño. María Teresa nunca liquidó el contrato con Jorge Mariño, quien intervino en la venta de lotes del 1 al 16 por \$480.000.000,00²⁵.

Las escrituras públicas y certificados de libertad y tradición aportados por el penúltimo de los testigos en mención, dan cuenta que los terrenos cuya venta fue gestionada por el promotor, se enajenaron por los siguientes precios: lote 1 por \$30.000.000,00, lote por 2 \$60.000.000,00, lote 3 por \$50.000.000,00, lote 4 por \$55.000.000,00,

²⁴ Hora 2:02 a 2:56 *ibídem*.

²⁵ Minuto 5:37 a 1:35 hora del archivo 04 CDAudienciaTestimonio08Octubre2019.

lote 5 por \$30.000.000,00, lote 6 por \$25.000.000,00, lote 7 por \$50.000.000,00, lote 9 por \$60.000.000,00, lote 10 por \$40.000.000,00, lote 11 por \$10.000.000,00, lote 12 por \$40.000.000,00, lote 13 por \$60.000.000,00, lote 14 por \$60.000.000,00 y lote 15 por \$55.000.000,00, para un total de \$625.000.000,00. Así mismo, que a la señora Valero a causa del incumplimiento de la sociedad que contrató para la construcción del alcantarillado y las calles de urbanización le fue reconocida en primera instancia una cláusula penal de \$50.000.000,00 en primera instancia²⁶.

En ese panorama probatorio, la presunción de certeza sobre los hechos de la demanda resulta desvirtuada por la prueba recaudada, específicamente, lo atiente al valor de los predios en cuya venta intervino Jorge Enrique Mariño, pues los instrumentos públicos arrimados respaldan que el monto de tales bienes fue de \$625.000.000,00 y no de \$1.253.816.000,00, como se contempló en el escrito introductorio, muy a pesar que Aurora y Ana Elvia Cuervo Matallana hubieran señalado un precio del inmueble adquirido diferente al consignado en la escritura de compraventa, pues en el plano legal es este documento el idóneo para acreditar la negociación y no la versión de las memoradas señoras. Aunado, ningún otro elemento de convicción desmintió el valor de los bienes contenido en las reseñadas documentales.

Igualmente, la cantidad a la que ascendieron los gastos del proyecto superó la cifra de \$600.000.000,00 indicada por el extremo activante en el escrito inaugural, resulta contrarrestada, dado que del dicho de los deponentes Aníbal Gómez, Carlos Alberto Ruíz Valero y Carlos Andrés Leiton, -quienes se valoran porque son coincidentes y concordantes-, se infiere que lo invertido en aquel concepto superó la

²⁶ Folios 202 a 293 del archivo 06 ExpedienteCompletoCuaderno1.

cantidad referida, pues el primero en mención dio fe de haber pagado obligaciones por \$524.000.000,00 y el último de \$460.000.000,00 adicionales, que se sufragaron a la sociedad contratada para adelantar trabajos de calles y alcantarillados, de los cuales ni siquiera pudo recuperar lo reconocido como penalidad en el litigio que le entabló por incumplimiento contractual.

Así que el costo total del proyecto se totaliza en \$984.000.000,00, sin que la cifra de \$224.940.000,00, aducida por el apelante o la consagrada en el contrato de corretaje -de \$600.000.000,00- tengan algún respaldo demostrativo para colegir que algunas de estas fue lo realmente invertido y no la suma exteriorizada por los declarantes.

Así las cosas, en ese escenario, no es dable concluir que la encartada incumplió la cláusula sexta del contrato de corretaje, en tanto que en la aludida estipulación se concertó que a Jorge Mariño Ramírez se le reconocería como remuneración y/o comisión *“...el 20% total de las ganancias netas. PARAGRAFO. Las ganancias netas se establece[rían] descontando el valor del lote, que [será] calculado en MIL MILLONES DE PESOS MC/TE ... y descontando también el costo total del proyecto, que para el caso se calcula[rá] aproximadamente en la suma de SEISCIENTOS MILLONES DE PESOS MC/TE...”*²⁷.

Aunado, atendiendo la realidad probatoria, si se descuentan de los \$1.777.000.000,00 valor recaudado de la transferencia de 43 fundos, la cantidad correspondiente a los costos del proyecto y el valor del lote, esto es, \$1.984.000.000,00, en efecto, no se advierte una ganancia neta para deducir de allí la comisión reclamada por el actor, conforme lo destacaron María Teresa Valero en interrogatorio de parte, -contrario a lo aseverado por el apelante- y Carlos Alberto Ruíz Valero. Por lo tanto, no es factible reconocer como remuneración los

²⁷ Folio 3 archivo 06 ExpedienteCompletoCuaderno1.

\$432.980.800,00 implorados en la demanda, ni los \$225.775.200 solicitados en la sustentación de alzada.

Desde esa perspectiva, el raciocinio de la Funcionaria a-quo no fue equivocado porque acompasa con la verdad procesal, de la cual emerge que, ante la inexistencia de ganancias netas, o al menos nada probó lo contrario, no se generó, acorde con lo convenido, la prestación implorada por Jorge Enrique Mariño. Entonces, por su impago, no es dable predicar que la llamada a juicio incurriera en desacato contractual.

6.4. Ahora, aunque se valoraran los medios de prueba omitidos en primera instancia, esto es, los correos electrónicos, junto con los documentos contentivos del cuadro de las sumas por las que se enajenaron los lotes y de las cuentas de cobro, adosados con el libelo, la conclusión sería la misma, por cuanto carecen de valor demostrativo, como pasa a explicarse.

Según reciente pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la honorable Corte Suprema de Justicia, *“...de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 527 de 1999, los mensajes de datos son admitidos como medios de prueba y se les otorga la fuerza probatoria establecida en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil, vale decir, que reciben el mismo tratamiento de los documentos contenidos en un papel.*

Su valor probatorio está sujeto a la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la conservación de la integridad de la información, la manera en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente, según lo previene el artículo 11 de la Ley citada, a la vez que su apreciación está supeditada a las reglas de la sana crítica y demás criterios

reconocidos legalmente para la valoración de los medios de persuasión...²⁸.

Acorde a los anteriores planteamientos, los cinco correos electrónicos que se arrimaron impresos con el escrito inaugural²⁹ contienen mensajes de datos carentes de eficacia demostrativa, dado que no se tiene certeza sobre la integridad de la información allí incluida, ni de la manera como se generó, tampoco de la autenticidad de la misma, y de la existencia de la cuenta de correo, para quién fue creada y habilitada; circunstancias que impiden apreciarlos probatoriamente. A lo que se suma el hecho que se desconoce si fueron aportados en el mismo formato que se generaron o en otros que lo hubieran reproducido con exactitud, para permitir su apreciación como lo establece el artículo 247 del Código General del Proceso.

Por lo tanto, ante la ausencia de los requisitos de fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad de los mensajes de datos vertidos en papel que fueron arrimados al plenario, no reúnen las características del Código General del Proceso y los requisitos previstos en la Ley 527 de 1999 para contar con fuerza probatoria.

La documental en la que contemplan el cuadro de ventas con los respectivos valores³⁰, adosados con el libelo, tampoco gozan de la validez y eficacia demostrativa, porque no está garantizada su autenticidad, es decir, se ignora la persona que la elaboró.

Y en cuanto a las cuentas de cobro³¹, pese a que se tuviera como su autor al demandante, no tienen valor suasorio porque van en contravía del principio general de derecho probatorio conforme al cual

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de agosto de 2015, expediente 11001-31-10-013-2011-00395-01. Magistrado Ponente Doctor Ariel Salazar Ramírez.

²⁹ Folios 9, 23, 31 y 32 PDF 06 ExpedienteCuadernoPrincipalDigitalizado.

³⁰ Folios 10, 25 y 26 *ibídem*.

³¹ Folios 29 y 30 *ibídem*.

“la parte no puede crearse a su favor su propia prueba”.

En *gratia discussione*, lo cierto es que, aún soslayando las deficiencias suasorias que arriba se exponen, tales documentos poco o nada aportan al fin de establecer la verdad material en el sub-júdice, en razón a que de ellos no puede colegirse que se causó la remuneración reclamada, ni su valor, para deducir el incumplimiento contractual alegado.

6.5. Y que no se diga que al amparo del inciso 2º del artículo 167 del Código General del Proceso, norma que disciplina la carga dinámica de la prueba, la encausada era quien debía demostrar desde el punto de vista contable las ganancias netas del proyecto para inferir la comisión reclamada por el actor, por encontrarse en mejores condiciones o en posición más favorable, de aportar los documentos necesarios y esclarecer tal tópico, ya que el Alto Tribunal ha decantado que *“...es el corredor quien debe probar, por cualquiera de los medios de convicción (art. 165 C.G.P.), el éxito de su gestión, pues sin ello no adquiere el derecho a ser gratificado por su actividad de promoción...³²”.*

Siguiendo esa línea, entonces, no es plausible trasladar el deber de acreditar que se causó la comisión porque el proyecto dejó ganancias netas, a quien no busca obtener los efectos de esta decisión, menos aun cuando la Juez no calificó en el momento procesal oportuno, con sustento en la necesidad de la prueba, que las documentales que soportan tal hecho debía adosarlas la convocada.

Así que, habiendo desatendido el actor la responsabilidad de acreditar que se generó la remuneración impetrada, acertó la primera instancia al negar su reconocimiento, pues en eventos como este, *“...cobra*

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia de 25 de enero de 2021, expediente 11001-31-03-019-2016-00293-01. Magistrado Ponente Doctor Octavio Augusto Tejeiro Duque.

particular vigor la regla de juicio que la carga de la prueba comporta, habida cuenta que en las cosas en las que las omisiones probatorias no le permitan al juzgador inferir con la certidumbre necesaria, la existencia o inexistencia del hecho aducido, el fallador deberá resolver la cuestión adversamente a quien tenía la carga probatoria del hecho respectivo...”³³.

6.6. Superado lo anterior, debe decirse que aun cuando por la falta de pronunciamiento frente a la demanda, opera igualmente la presunción de veracidad respecto de los hechos de la misma que dan cuenta del incumplimiento de las cláusulas séptima -prohibición de terminar el contrato de corretaje unilateralmente hasta que no se venda la totalidad del proyecto urbanístico- y octava -carácter exclusivo del corredor-³⁴, tales supuestos fácticos no están respaldados por otro medio de prueba, máxime cuando el deponente Carlos Leiton³⁵ adujo que al señor Mariño en reunión solo se le despojó de su función administrativa y contable; aunado, acorde a lo manifestado por Carlos Alberto Ruíz, él podía continuar efectuando las ventas de los fundos, versiones de las que se colige que el vínculo comercial no fue finiquitado.

Sin embargo, pese a que se entendiera que la demandada transgredió la última de las estipulaciones en comento, por haber vendido 27 de los 43 lotes, directamente, sin la intermediación de Jorge Enrique Mariño, lo cual está respaldado en el sub-lite con las versiones de Aníbal Gómez, Carlos Alberto Ruíz Valero y Carlos Leiton-, desacatando así la primera de las obligaciones a su cargo contenida en la convención³⁶, tal circunstancia por si sola no basta para estructurar la causación del monto deprecado como

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia de 7 de diciembre de 2012, expediente76001-3103-015-2001-00049-01. Magistrada Ponente Doctora Ruth Marina Díaz Rueda.

³⁴ Folio 3 del PDF 06 ExpedienteCompletoCuaderno1.

³⁵ Minuto 22:00 del archivo 04 CDAudienciaTestimonio08Octubre2019.

³⁶ Según el numeral 1° de la cláusula quinta del contrato de corretaje, obrante a folio 3 del PDF 06 ExpedienteCompletoCuaderno1.

remuneración, vista esta como un perjuicio, esto es, como la afectación al patrimonio de una persona, en la medida que como quedó dicho no se probó que se hubiera generado la comisión exigida, y al ser así, ningún detrimento se causó al promotor.

Lo anterior habida cuenta que, para reconocer el perjuicio reclamado, se debe tener certeza de él, entendido este requisito -la certeza- como *“... la necesidad de que obre la prueba, tanto de [la] existencia [del daño] como de la intensidad»* (SC, 25 nov. 1992, rad. n.º 3382); *«lo cual ocurre cuando no haya duda de su concreta realización. Además, es el requisito ‘más importante (...), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna’»* (SC20448, 7 dic. 2017, rad. n.º 2002-00068-01, que reitera SC, 1º nov. 2013, rad. n.º 1994-26630-01)...”

Agregado a lo anterior, advierte la Sala que en el escrito introductorio no se especificó en qué consistía el daño causado por la desatención comercial, ni se aclaró el concepto puntual por el cual se reclamaba la cifra invocada como perjuicios -\$67.019.200,00-. En el decurso procesal, tampoco se debatieron probatoriamente estos aspectos.

En estas circunstancias, el daño reclamado no fue debidamente demostrado, por lo que el raciocinio del *a quo* no resulta equivocado, ya que sin la presencia de esta exigencia no es posible estructurar la responsabilidad civil reclamada, para a partir de ello, reconocer el consecuente menoscabo impetrado, dado que *“...es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya*

*falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria...*³⁷.

6.7. En lo concerniente a la pretensión enfilada a que María Teresa Valero efectúe la tradición del lote número 18 del Conjunto Villa Mariana a favor de Jorge Mariño, con prontitud se advierte que no debe abrirse paso, en tanto carece de respaldo demostrativo. De forma contraria, en el contrato báculo del juicio nada refrenda respecto de ese pedimento, y el testigo Carlos Alberto Ruíz desmintió que su señora madre hubiera adquirido tal compromiso.

6.8. Como colofón de lo discurrido se ratificará la sentencia objeto de alzada, dado que las inconformidades del opugnante no hallaron acogida. Sin costas en virtud del amparo de pobreza concedido a aquel sujeto procesal³⁸ -inciso 1° del artículo 154 del Código General del Proceso-.

7. DECISIÓN

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

RESUELVE:

7.1. CONFIRMAR la sentencia proferida en el asunto del epígrafe de fecha 19 de octubre de 2020, proferida por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá.

7.2. SIN COSTAS en esta instancia.

³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 4 de abril de 1968, Gaceta Judicial CXXIV, Página 62, reiterada el 17 de julio de 2006, expediente 02097-01 y el 9 de noviembre de 2006, expediente 2003-00015-01.

³⁸ Folio 161 del PDF 06 ExpedienteCompletoCuaderno1.

7.3. DEVOLVER el expediente a su Despacho de origen. Oficiese y déjese constancia.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada


ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada



HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual instaurado por Yuanderson Hernández Turriago, Edwin Hernández Turriago, Luis Felipe Hernández Turriago, Johana Hernández Turriago, Hamilton Hernández Turriago contra la Fundación Hospital San Carlos, La Nueva EPS y Renzo Villa Lara. Rad. No. 11001310303120150086202.

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Se admite en el efecto **suspensivo** el recurso de apelación interpuesto la parte demandante, contra la sentencia de 15 de diciembre de 2020, proferida por el Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá D.C.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, el apelante cuenta con el término de cinco (5) días para sustentar el recurso de apelación, vencido éste, se surtirá el traslado de este a la otra parte por cinco (5) días de acuerdo con el artículo 9° y 14 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 110 del Código General del Proceso.

El escrito de sustentación deberá ser remitido a los correos electrónicos secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia al des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación:

**7c3c1b79194d429774101685abe550bbda3d1e44341494392e
246b1e72b959eb**

Documento generado en 03/05/2021 03:16:56 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

República de Colombia

Rama Judicial



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

Proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual instaurado por Gilberto Mora López contra Ernesto González Vaca, Jesús Alberto Valverde Tello y la Sociedad Inversiones González González. Rad. No. 11001310303120180053401.

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

I. Objeto.

Procede el Tribunal a resolver la solicitud de nulidad elevada por el apoderado judicial de la parte demandada, en contra de la sentencia calendada del 27 de enero de 2021, por medio de la cual se revocó y modificó parcialmente la sentencia de primera instancia, con fundamento en el artículo 29 de la Carta Política.

II. Antecedentes:

Refiere el censor que el Tribunal fundamentó su decisión en una valoración arbitraria y fantasiosa de las pruebas, constituyendo un defecto fáctico por las siguientes razones:

“El acervo probatorio complicado en el expediente citado, no tiene por parte ninguna un elemento oportuna y regularmente contextualizado durante el transcurso procesal que demuestre que el arquitecto Valverde Tello haya “adelantado labores bajo su gestión”.

Tampoco existe prueba que respalde el decir del tribunal cuando en la providencia expone: “durante toda la construcción el profesional Valverde Tello permaneció como custodio de la obra arquitectónica”. De manera tal que la actividad desarrollada por el demandado lo hace copartícipe y por ende responsable del hecho dañoso.

Esa ausencia de prueba es la que deja sin piso esta parte de la decisión tomada por los magistrados, dado que en sentir del impugnante la abismal diferencia entre una formalidad documentaria -la licencia de construcción en la que aparece como constructor responsable- y la realidad material, que contrario sensu, es la que sí está demostrada en

el proceso; en el sentido de que el arquitecto Valverde Tello jamás nunca custodió la obra arquitectónica y jamás desplegó ninguna gestión durante el desarrollo material de la misma obra que genero el perjuicio”.

III. Consideraciones.

3.1. De la institución de la nulidad: La nulidad procesal es la sanción que la ley le impone a un acto jurídico, cuando en su ejecución no se han guardado las formas prescritas para ello¹. En este sentido, la nulidad como institución procesal en esencia fue creada para garantizar la protección de los derechos de los sujetos involucrados en un juicio, en punto a las finitas actuaciones que podrían devenir agraviantes.

No obstante, no toda irregularidad tiene la entidad suficiente para aniquilar el trámite del proceso, en tanto la nulidad como institución procesal se edificó sobre el principio de la taxatividad, es decir, solo en determinadas circunstancias se abre paso.

También es importante tener en cuenta el principio de trascendencia, lo que permite significar que “*no hay nulidad sin perjuicio*”, es decir, que solo aquellos actos que se tornen vulnerantes de los sujetos procesales podrían tener la entidad suficiente para declarar ineficaz el procedimiento. Solo procede la nulidad si la irregularidad es irreparable.

El principio de preclusión se torna relevante pues se fundamenta en motivos de seguridad jurídica, es decir, que las etapas procesales deben cumplirse en los estamentos y oportunidades que para el efecto el legislador estableció, en tanto, transcurridas éstas, ya no pueden reabrirse la etapa anterior.

3.2. Resolución del caso en concreto:

El censor invoca el artículo 29 de la Carta Política, que describe una nulidad de linaje constitucional de pleno derecho que recae sobre la “*prueba obtenida con violación del debido proceso*”.

No obstante, el despacho encuentra que la causal invocada por el ejecutante como fundamento de la nulidad propuesta, no se subsume dentro del supuesto fáctico alegado, pues como lo destaca el

¹ Hugo Alsina (1963) página 281

apoderado, su inconformidad radica en la decisión en sí misma, y los argumentos en que edificó esta Corporación la decisión de segundo grado.

Sobre la nulidad en comento, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que esta se presenta “*cuando injustificadamente un medio demostrativo desconoce en forma abierta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, o en las normas legales básicas de los distintos regímenes probatorio*”², . y como quiera que el apoderado, no está censurado una prueba obtenida con violación al debido proceso, sino que pretende un nuevo pronunciamiento de la Sala por su discrepancia respecto de la apreciación del acervo probatorio, lo que no es posible por así prohibirlo el art. 285 del CGP, se negará la nulidad reclamada.

IV.DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: DENEGAR la solicitud de nulidad constitucional invocada por el apoderado judicial de la parte demandada.

SEGUNDO: Devuélvase el expediente a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de junio de 2007. Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

**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:

**e6abfd01a36dd952d69b4e0b8ec7557de40b6b2a03908b6775fe08b
b130577e0**

Documento generado en 03/05/2021 03:16:54 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	DIVISORIO
DEMANDANTE	:	JAVIER GONZALO GÓMEZ HERNANDEZ
DEMANDADO	:	MARÍA DEL PILAR GÓMEZ HERNANDEZ
RADICACIÓN	:	110013103 032 2007 00032 01
DECISIÓN	:	CONFIRMA
FECHA	:	Mayo tres (3) de dos mil veintiuno (2021)

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante -cesionaria- dentro del proceso ejecutivo acumulado, contra el proveído del 23 de octubre de 2019, mediante el cual el Juzgado 45 Civil del Circuito declaró la terminación del proceso ejecutivo de regulación de honorarios por desistimiento tácito.

I. ANTECEDENTES:

Dentro del proceso divisorio adelantado por Javier González Gómez Hernández contra Félix Antonio Gómez Hernández y María del Pilar Gómez Hernández, se promovió por parte de Gerardo Obando Hernández, incidente de regulación de honorarios, siendo resuelto por el Juzgado 39 Civil del Circuito mediante proveído del 20 de enero de 2011, en el que decidió regular los honorarios en la suma

de \$ 2.000.000 para que fuesen pagados por el incidentado Javier González Gómez Hernández.

De manera posterior, el incidentante formuló proceso ejecutivo a fin de que se librara mandamiento de pago a su favor por la suma de \$2.000.000 y en contra de Javier González Gómez Hernández, orden de apremio que fue emitida por auto del 16 de julio de 2012, ordenando notificar a la demandada de conformidad a lo establecido en el artículo 335 del Código de Procedimiento Civil (Fl. 8 Cd. 3).

Elevada la solicitud de medidas cautelares, el juzgado de conocimiento el 03 de marzo de 2014 denegó la medida cautelar de embargo y secuestro de la cuota parte que el incidentado tiene sobre el bien identificado con matrícula inmobiliaria N° 50C-172654 al considerar *“la orden de pago no ha cobrado firmeza en los términos del artículo 514 del C.P.C, ya que se emitió luego de transcurrir los 60 días que establece como límite al artículo 335 ibidem para que el litigio se constituya mediante notificación por estado, lo que obliga vincular a la demandada bajo los preceptos que establecen los artículos 315,320 o 330 del manual adjetivo civil”*

Asumido el conocimiento por el Juzgado 45 Civil del Circuito, el ejecutante mediante escrito peticionó se ordenara la notificación por estado del mandamiento de pago al incidentado Javier González Gómez Hernández, disponiendo el *a quo* mediante proveído del 12 de enero de 2016 -dar cumplimiento a lo consignado en la parte final del párrafo 1° del auto calendado el 3 de marzo de 2014- referente a los tramites de notificación personal que debe adelantar. (fl 24)

Mediante auto de 05 de octubre de 2016, se decretó el embargo de los derechos de cuota que le pudieran corresponder dentro del proceso ejecutivo al incidentado, previa petición formulada por el ejecutante.

Amén de lo anterior, el ejecutante allegó escrito informando la cesión efectuada a la señora Pilar Gómez Hernández de la totalidad del crédito consistente en el valor señalado como honorarios, siendo la misma reconocida como cesionaria por auto del 26 de junio de 2019. En el mismo proveído se le requirió para que dentro de los 30 días siguientes procediera a notificar en debida forma al demandado so pena de dar aplicación a lo contemplado en el numeral 1° del artículo 317 del Código General del Proceso (fl. 36).

Ante el incumplimiento por parte del ejecutante de la carga de notificación, la juez de conocimiento el 23 de octubre de 2019 declaró terminado el asunto por desistimiento tácito y en consecuencia decretó la cancelación y el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el proceso.

Inconforme con tal decisión, el apoderado de la parte ejecutante interpuso los recursos de reposición y de apelación, el primero de los cuales fue decidido desfavorablemente y, en consecuencia, se concedió la alzada.

III. FUNDAMENTOS DEL JUZGADO:

A lo dicho en el auto impugnado el *a quo* agregó, en sede de reposición, que a partir de la orden que se le impartió a la ejecutante de que procediera a notificar al demandado, empezó a correr el

término de 30 días, actuación sin la cual resultaba imposible continuar con el trámite del proceso ejecutivo.

Aunado a lo anterior agregó “Ciertamente no cabe duda que para el caso concreto, que al haberse promovido la acción ejecutiva para el cobro de los honorarios por fuera de los sesenta días, la notificación del mandamiento ejecutivo debía llevarse a cabo de manera personal y como desde el 16 de junio de 2012 tal acto se hallaba pendiente, fue necesario requerir a la ejecutante para que cumpliera con tal carga, la cual omitió y, por ende, no era otra la decisión a adoptar que la censurada”.

II. ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE:

La parte actora alegó que “estando el proceso ejecutivo en curso y produciéndose una cesión de crédito , no se requiere bajo ningún aspecto realizar notificación personal de que tratan los artículos 291 y 292, ya que el ejecutado por disposición legal queda notificado por estado, ya que es parte en el proceso y está enterado de lo que en el sucede, por lo que la ley en su sabiduría entiende que se surta tal notificación por estado”; agregando que “estando notificado por estado el ejecutado , no procede decretar el desistimiento tácito sino por el contrario dictar sentencia que ordene seguir adelante la ejecución”.

IV. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

El artículo 317 del Código General del Proceso consagra la consecuencia de terminación de proceso por desistimiento tácito por la desidia, inactividad o abandono de la actuación procesal en dos hipótesis distintas.

En el primer evento, para el caso objeto de estudio, la ley procesal prevé que el desistimiento tácito se aplicará:

“Cuando para continuar el trámite de la demanda, del llamamiento en garantía, de un incidente o de cualquiera otra actuación promovida a instancia de parte, se requiera el cumplimiento de una carga procesal o de un acto de la parte que haya formulado aquella o promovido estos, el juez le ordenará cumplirlo dentro de los treinta (30) días siguientes mediante providencia que se notificará por estado.

Vencido dicho término sin que quien haya promovido el trámite respectivo cumpla la carga o realice el acto de parte ordenado, el juez tendrá por desistida tácitamente la respectiva actuación y así lo declarará en providencia en la que además impondrá costas (...)”

Frente a la figura del desistimiento tácito, la Corte Constitucional en Sentencia C-173 de 2019 refirió:

“El desistimiento tácito, además de ser entendido como una sanción procesal que se configura ante el incumplimiento de las cargas procesales del demandante, opera como garante de: (i) el derecho de todas las personas a acceder a una administración de justicia diligente, célere, eficaz y eficiente; (ii) la posibilidad de obtener pronta y cumplida justicia y (iii) el acceso material a la justicia, en favor de quienes confían al Estado la solución de sus conflictos. Todo esto en el entendido de que la racionalización del trabajo judicial y la descongestión del aparato jurisdiccional, finalidades a las que aporta la decisión de terminar anticipadamente un trámite judicial, contribuyen significativamente a hacer más expedito el trámite de los litigios judiciales”.

Para el caso sub examine se advierte que mediante proveído del 20 de enero de 2011 se resolvió el incidente de regulación de honorarios promovido por Gerardo Obando Hernández, quien a su vez solicitó la ejecución de dicha providencia, lo que conllevó a que el juez de conocimiento proferiera orden de apremio el 16 de julio de

2012 ordenando la notificación del demandado conforme la regulación vigente para aquel momento, artículos 315 a 320 del Código de Procedimiento Civil.

Sumado a lo referido, se observa el auto del 29 de junio de 2019, por el que se requirió al ejecutante para que procediera a notificar al demandado so pena de dar aplicación a lo preceptuado en el artículo 317 del C.G.P., decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno quedando en firme tal determinación.

En este sentido al no advertirse el cumplimiento de la carga procesal asignada al extremo demandante, de manera acertada la Juez de instancia por auto del 23 de octubre de 2019 procedió a declarar la terminación del proceso por desistimiento tácito y como consecuencia ordenar el levantamiento de las medidas cautelares decretadas en el trámite ejecutivo.

Lo anterior, como quiera que no es de recibo el argumento total invocado por el recurrente, quien señala que al haberse efectuado la cesión del crédito lo procedente era surtir la notificación por estado, pues el acto indispensable para continuar con el trámite procesal se ceñía a la notificación personal del ejecutado del auto que libró mandamiento de pago conforme lo regulaban para aquel momento las normas del Código de Procedimiento Civil (artículos 334 y 335).

Nótese que para la época en que se adelantó el trámite de regulación de honorarios (20 de enero de 2011), la ejecución de providencias judiciales estaba reglada por los artículos 334 y 335 del Código de Procedimiento Civil, en donde el inciso 2° de este último canon dispone que *“El mandamiento se notificará por estado, si la*

solicitud para que se libere el mismo se formula dentro de los sesenta días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o a la notificación del auto de obediencia a los resuelto por el superior, según fuere el caso. De lo contrario se notificará en la forma prevista en los artículos 315 a 320 y 330, (Subrayado fuera de texto); por lo que se colige que al haberse adelantado la ejecución de honorarios en julio de 2012 [superados los 60 días de que habla la norma] lo procedente era adelantar la notificación personal de que trata la norma en cita.

Así las cosas, se confirmará el auto impugnado, y sin condena en costas por no aparecer causadas.

V. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. – Sala Civil, **RESUELVE:**

PRIMERO: Confirmar el proveído del 23 de octubre de 2019, proferido por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil del Circuito de Bogotá, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: Oportunamente devuélvase las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada.

Firmado Por:

**LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación: **5e2cf8ec9836d45b3d959043472540cb464c3a308627f016fcd65d28e804de23**

Documento generado en 03/05/2021 12:35:30 PM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES

Magistrado Ponente

Bogotá D.C., 30 de abril de dos mil veintiuno (2021)
(Discutido y aprobado en sesiones de Sala de Decisión Virtuales
de 23 y 30 de abril de 2021)

Ref.: Exp. Rad. No.11001-31-03-032-2017-00357-01

Decídese el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el gestor judicial de la parte demandada, contra la sentencia del 14 de septiembre de 2020, proferida por el Juez Treinta y Dos Civil del Circuito de Bogotá, en audiencia llevada a cabo en esa misma calenda, dentro del proceso VERBAL - REIVINDICATORIO promovido por SANDRA ELIZABETH FLÓREZ CÁRDENAS y OTROS contra EMPRESA POLI PRODUCTOS LTDA. y OTROS.

I. ANTECEDENTES

1.1.- Pretensiones:

1.1.1 De la Demanda Principal:

En escrito presentado mediante apoderada judicial y conforme a su reforma-integrada, los demandantes SANDRA ELIZABETH FLÓREZ CÁRDENAS, JULIÁN CADENA GÓMEZ, EDGARDO CORREA PIMIENTO, LUIS EDUARDO BERNAL COCA, EUCLIDES MORA ARIAS, OMAR ORLANDO CHÁVEZ MAZORCA, Los Herederos de cuotas partes de aquella que le correspondía a la fallecida María Mercedes Diaz de Vargas señores: LUIS ARMANDO VARGAS DÍAZ, ASTRID ADILIA VARGAS DÍAZ, MIGDONIA JUDITH VARGAS DÍAZ, LUZ MIREYA VARGAS DÍAZ Y, DORIS LILIANA VARGAS DÍAZ, instauran la acción contra CIVIL PLAST INGENIERÍA LTDA., POLI PRODUCTOS LTDA y JHON JAIRO PIERNAGORDA CARDOZO, con el fin de que se declarara que les pertenece “*en dominio de los derechos de cuota*” en los porcentajes que frente a cada persona que la conforma refiere y sobre el inmueble ubicado en la calle 25 C bis A No.96-84 (dirección catastral) y/o calle 44 No. 95-58 (dirección que registra el certificado de tradición y libertad), pero que se trata del mismo bien raíz correspondiente a la matrícula inmobiliaria No.50C-336658 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, zona Centro, con cabida de 271.36 MC, denominado VILLA MARTA y cuya descripción aparece en la pretensión primera de la demanda.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicitó que se condene a los convocados a RESTITUIR a su favor, los derechos de cuotas que a cada uno les pertenece sobre el inmueble que se encuentran indicados en el respectivo certificado de tradición, además de pagar el valor de los daños y perjuicios en donde se hallan establecidos los frutos civiles de conformidad con el avalúo que de aquellos realiza perito contratado consonante a la experticia anexa a la demanda, los que a su vez presenta en cuadro por un total estimado en cifra de \$570.312.042 (según valores referidos en la pretensión TERCERA), así mismo peticona que se declare que los demandantes no están obligados a indemnizar a los demandados de mala fe, a quienes igualmente pide la actora se les ordene la cancelación de cualquier gravamen que pese sobre el inmueble y, se les imponga condena en costas, solicitando se inscriba la sentencia que se profiera en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria.

1.1.2 De la Acumulada #1

El INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, en adelante ICBF, a través de apoderado judicial debidamente constituido, coadyuva la demanda de reivindicación de dominio inicial, a manera de pretensiones solicita se declare que es titular de la cuota equivalente al 1.45% sobre el inmueble identificado con el folio de M.I. 50C-336658 y demás especificaciones que refiere en el libelo, se ordene a las sociedades demandadas, como a las personas indeterminadas ocupantes de la propiedad, reivindicar junto con todas sus mejoras y anexidades, en la cuota equivalente del dominio que registra y adquirida por dación en pago según auto No.440-018461 de noviembre 18 de 2003 emitido por la Superintendencia de Sociedades, a su vez requiere que los tenedores irregulares de mala fe paguen al ICBF, no solo los frutos naturales, comerciales y civiles del inmueble sino los que la Entidad demandante hubiere podido percibir con mediana inteligencia, actividad y cuidado a justa tasación de peritos, desde cuando los demandados tomaron la tenencia irregular, hasta que se haga la entrega real y material, tasando bajo juramento en escrito de subsanación los aludidos frutos dejados de recibir, en cifra de \$8'120.000 de conformidad con el art.964 del C.C.

Igualmente esgrimió se declare, que el ICBF no está obligado al pago de mejoras útiles ni voluntarias si las hubiere, que la restitución del inmueble comprenda las cosas que forman parte de este, se ordene al tenedor la cancelación de cualquier gravamen que presente el bien objeto de la reivindicación, la cancelación de servicios públicos y demás erogaciones derivadas de su uso, así como la condena en costas. Pide se ordene la inscripción de la sentencia que ha de proferirse.

1.1.3 De la Acumulada #2

Luego que se inadmitiera la intervención inicial que planteó la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES – DIAN, por intermedio de apoderado especial, señala su interés de coadyuvar la demanda que propende la REIVINDICACIÓN DE DOMINIO, se surte contra POLIPRODUCTOS LTDA y CIVIL PLAST INGENIERÍA LIMITADAS como de PERSONAS INDETERMINADAS en

condición de ocupantes del inmueble objeto de la acción ubicado en al Calle 44 No. 95-58 de Bogotá e identificado con Matricula Inmobiliaria No. 50C-336658 de la Oficina de Registro de instrumentos Públicos de esta ciudad.

Como pretensiones pide se declare que la DIAN es titular del derecho de dominio de la cuota en común y proindiviso en el equivalente a 8.64%, por dación en pago que consta en Auto No.440-018461 de noviembre 18 de 2013 de la Superintendencia de Sociedades, además se ordene a las demandadas a REIVINDICAR el predio (lote y construcción en él plantada) junto con sus mejoras y anexidades; consecuente, procedan a desocupar el inmueble, reivindicarlo y restituirlo haciendo su entrega real y material a favor de la DIAN en la proporción del 8.64% sobre la totalidad, a la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso.

Solicitó también que la pasiva, realice el pago del valor de los frutos naturales y civiles, no sólo los percibidos, sino aquellos que la Entidad hubiere podido recibir con mediana inteligencia, actividad y cuidado a justa tasación de peritos, desde cuando tomaron la tenencia irregular de la propiedad y hasta su entrega, como declarar que la DIAN no está sujeta al pago de mejoras útiles y voluntarias si las hubiera, ni a indemnizar a las demandadas las expensas necesarias de que trata el artículo 965 del Código Civil por ser aquella poseedora de mala fe. Del mismo modo, requirió el levantamiento de cualquier gravamen que registre el inmueble, la inscripción de la sentencia estimatoria en el certificado del Registrador, aunado a la condena en costas a cargo de las convocadas.

1.2.- Situación fáctica:

1.2.1 De la Demanda Principal:

Se narró en la demanda que, por cesión de bienes por liquidación obligatoria (Ley 222 de 1995), los demandantes recibieron de la sociedad TECNIBURGOS Y CIA S EN C, los derechos de cuota sobre el inmueble descrito en el libelo, como pago de sus acreencias laborales y donde igualmente son propietarios el I.C.B.F., el I.S.S. hoy COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCION, DIAN y otros, conforme acto administrativo de la SUPERSOCIEDADES que anexa y siendo aquel el título de adquisición de los porcentajes de cuota a reivindicar y también los señores Luis Armando, Astrid, Mignolia, Luz Mireya y Doris Liliana Vargas Díaz, adquirieron el derecho de domino en virtud de la sucesión de su señora madre MARIA MERCEDES DIAZ DE VARGAS conforme escritura pública No.1236 de 24 de junio de 2016 de la Notaria 77 del Circulo de Bogotá y registrada en el anotación No.24 del certificado de tradición y libertad correspondiente.

Relata que en un acuerdo para vender el inmueble, al solicitar el certificado de tradición se dan cuenta que aparecía en aquel una venta a JHON JAIRO PIERNAGORDA CARDOZO, cuando los demandantes jamás habían vendido y así se inicia denuncia penal contra el prenombrado señor, por los delitos que refiere conocidos por la FISCALÍA LOCAL 393 DE BOGOTÁ D.C. de Delitos contra el Patrimonio Económico con radicado 110016000049200807836 del caso 4, la que se encuentra en investigación y muestra que

el I.C.B.F. como copropietario del mismo inmueble, inicia demanda ORDINARIA DE NULIDAD en contra de la referida persona, que conoce el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá D.C. (sic), donde se profirió sentencia de fecha 16 de diciembre de 2011 que decreta la nulidad de la escritura en la cual supuestamente se hacía la venta a Piernagorda Cardozo, por fraudulenta, la que se encuentra registrada con la Resolución 81 de 25 de febrero de 2010 emanada de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, lo que es de pleno conocimiento de las demandadas dado que igualmente se deja sin valor ni efecto jurídico la anotación 19 respecto de la escritura 3444 de 19 de diciembre de 2007 de la Notaria 39 de Bogotá donde aparentemente la mencionada persona efectúa la venta a los compradores que tilda de mala fe y aquí demandados.

Señala el extremo actor, que ante la negativa por parte de las empresas demandadas a conciliar, deciden promover la demanda para recuperar sus derechos de cuotas del inmueble y las que no han enajenado ni tienen prometido en venta, debido a que se encuentran privados de su posesión material desde el año 2008 y dado que el proceso en la Fiscalía se encuentra bastante demorado formulan la acción civil con este proceso, por cuanto los demandados están en incapacidad legal de ganar por prescripción adquisitiva el dominio del inmueble.

1.2.2 De la Acumulada #1

Expuso el ICBF que, el inmueble ubicado en la Calle 44 No. 95-58 de Bogotá, le pertenece en común y proindiviso con otras personas que muestra por nombres, identificación y derecho de cuota según cuadro detalle del hecho 1., correspondiente a un lote de terrero denominado Villa Marta con cabida de 271.36 MC, cuyos linderos exhibe en el hecho 2. del libelo genitor, donde adquirió el derecho en un equivalente al 1.45%, por dación que se le hiciera conforme auto emanado de la Superintendencia de Sociedades en noviembre 18 de 2003.

Precisa, el inmueble adquirió una connotación especial, al ser titular y como entidad de derecho público, se constituye en un bien fiscal, debido a lo expuesto en el artículo 63 de la C. N. y la Sentencia C-530 de 19963 de la Corte Constitucional, razón por la cual afirma, no puede operar el fenómeno jurídico de la usucapión o prescripción adquisitiva.

Anota que el ICBF en su calidad de titular de derecho inscrito, actualmente se encuentra privado de la posesión material del inmueble, lo que le impide usufructuarlo para fortalecer sus objetivos misionales, quien a través de su Regional Bogotá, viene cancelando el impuesto predial encontrándose a paz y salvo ante la Secretaría de Hacienda Distrital hasta el año 2012.

1.2.3 De la Acumulada #2

Relata la DIAN, el inmueble objeto de su demanda acumulada le pertenece en común y proindiviso con las personas naturales y jurídicas que relaciona en cuadro detalle del hecho 1., el que se identifica con la matrícula 50C-336658 de la Oficina de Registro de

Instrumentos Públicos de Bogotá, se alindera conforme lo señala el certificado de tradición y libertad que se aporta, del que adquirió su derecho de dominio en una cuota parte equivalente al 8.64%, por dación en pago, según consta en el Auto No.440-0185461 de noviembre 18 de 2003 emitido por la Superintendencia de Sociedades, adquiriendo el inmueble connotación especial por virtud de la ley que se califica como BIEN FISCAL, por adjudicarse a su favor siendo entidad de derecho público, en la proporción que le fue asignada, al de otras entidades de igual naturaleza, por lo que no puede operar frente al referido bien el fenómeno jurídico de la usucapión.

Refiere, la DIAN respecto del inmueble y en la proporción de que es titular, actualmente se encuentra privada de la posesión, circunstancia que no le permite efectuar análisis y estudios que le permitan usufructuar para sus objetivos misionales definidos por la Constitución y la Ley, por cuanto los demandados se niegan a la entrega y devolución material a favor de quien cuenta con el derecho real de dominio y propiedad, pese a la condición de la pasiva de ser meros tenedores y, por cuanto el bien entra a formar parte y pertenece al patrimonio del Estado, por lo cual afirma se torna imprescriptible.

En escrito de subsanación de la demanda en cita, la DIAN expone que teniendo en cuenta el autoavalúo declarado en el impuesto predial sobre el inmueble y con base en el coeficiente de su copropiedad, el valor en que estima los frutos que reclama (civiles y naturales) como dejados de percibir, los valora en el monto de \$50'422.694.

1.3.- La réplica:

1.3.1 De la Demanda Principal.

1.3.1.1 Las empresas demandadas, una vez notificadas en legal forma de la demanda, oportunamente y por intermedio de su apoderado judicial común; se oponen a las pretensiones de la inicial reformada, planteando las excepciones de mérito que fundan en similares argumentaciones y que denominan: FALTA DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y PASIVA, FALTA DE PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN INVOCADA, PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO, INEXISTENCIA DE MALA FE DE LA POSESIÓN QUE SE EJERCE y la GENÉRICA.

En síntesis, afirman que al ser los demandantes propietarios de una cuota parte del inmueble y al no estar esa porción debidamente individualizada y determinada, no les es posible reclamar a su favor la reivindicación por absoluta imposibilidad física para exigir el derecho, además arguyó que en el caso no se cumplen a cabalidad los presupuestos de la acción reivindicatoria establecidos por la jurisprudencia, específicamente en lo que respecta a la “singularidad del objeto”.

Sostiene la pasiva, que siempre ha actuado con la más absoluta transparencia y buena fe, desde el momento que compra el inmueble, siendo así tercero adquirente en tal calidad, en razón de haber cancelado efectivamente el valor acordado a quien manifestó ser propietario del inmueble y quien le hizo su entrega real y material, por precio que ascendió a la suma de \$147'000.000, conforme documentos que aporta como prueba, lo

que aconteció el 19 de diciembre de 2007 con escritura pública No.3444 otorgada en la Notaría 39 del Circulo de Bogotá, data a partir de la cual ha ocupado el inmueble con ánimo de señor y dueño, sin que ninguna persona se hubiere presentado a reclamar derecho alguno o impedir la continua y pacífica posesión que asegura ha venido ejerciendo.

Con su medio defensivo de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, señala que son poseedores regulares del inmueble al adquirirlo de buena fe y por ejercer posesión sobre el mismo durante más de 10 años, dejando reseñado que la Resolución 000081 de 2010 proferida en el expediente No.1860 por la Oficina de Registro correspondiente que resolvió dejar sin valor las anotaciones 17 y 19 del certificado de tradición de folio de matrícula No. 50C-336658, y de la que emergió la cancelación de su derecho como titular, no le fue comunicada oportunamente ni se le hizo parte de aquel y, por cuanto desde que conoció la decisión ha tratado de localizar a quien le vendió -Jhon Jairo Piernagorda Cardozo- sin que haya sido posible ubicarlo.

Con la contestación se realiza solicitud de reconocimiento de mejoras, en el evento que prosperen las pretensiones de la demanda, para que a su favor se realice el pago de aquellas efectuadas en el inmueble para su conservación y mantenimiento, las que bajo juramento estima en cifra de \$21'903.000 por concepto de impuestos y, \$65'000.000 por arreglos, reformas, servicios de vigilancia entre otros conceptos y conforme a la discriminación que efectúa en el respectivo acápite.

1.3.1.2 La Curadora *Ad Litem* del demandado-emplazado Jhon Jairo Piernagorda Cardozo, contesta la demanda indicando que lo hace conforme a la información obrante en el expediente, para señalar según la documental se desprende, que a la parte actora le asiste el derecho a interponer la acción, por lo cual dice, no oponerse a sus pretensiones, siempre y cuando se prueben debidamente como cada uno de los fundamentos de hecho y jurídicos en que aquellas se basan y necesarios para esta clase de asuntos, no obstante indica se tengan en cuenta hechos que aparezcan nuevos en el transcurso de la causa como situaciones que pudieran favorecer a su representado y, de forma especial solicita que acorde con sus indagaciones, aquel a quien defiende aparece afiliado en el régimen subsidiado en salud a la EPS CONVIDA y además, verificar una dirección donde el ICBF le tramitó aviso dentro de un proceso ejecutivo coactivo, direcciones que señala deben indagarse y en las que sería dable ordenar su notificación.

1.3.2 De las Demandas Acumuladas.

Se tiene que los demandados se notificaron por estado de las demandas acumuladas del ICBF y las DIAN, sin que dentro del término legalmente establecido efectuaran pronunciamiento conforme se dejó indicado en autos durante el trámite de la primera instancia.

1.4.- La sentencia apelada

El juez *a quo* una vez surtido el trámite legal y como quiera que fue aprovechada la oportunidad para alegar de conclusión por ambos extremos, procedió a dictar sentencia oral en audiencia de que trata el artículo 373 del C. G. del P., en la que, con base en las pruebas aportadas en el proceso, desestimó los medios exceptivos formulados respecto de la demanda inicial y su reforma; consecuentemente, acogió la pretensión reivindicatoria excepto frente a Jhon Piernagorda Cardozo, por falta de legitimación, en razón de no tener posesión del inmueble.

Consecuencialmente, declara que los demandantes en la acción principal como en las acumuladas, son dueños de *“las cuotas partes de dominio, que aparecen señaladas en el certificado de tradición de la matrícula inmobiliaria 50C –336658 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá–Zona Centro, correspondiente al inmueble de la calle 25 C Bis A No. 26-84 (sic)¹, cuyos linderos aparecen en el documento mediante el cual adquirieron el respectivo derecho de dominio, y se precisa que los demandantes Luis Armando, Astrid Adilia, Mignolia Judith, Luz Mireya y Doris Liliana Vargas Díaz, son dueñas en común y proindiviso de la cuota que se les transfirió por adjudicación en la sucesión de su difunta madre María Mercedes Díaz de Vargas, equivalente al 20.23%.”*.

Dispone también el sentenciador de primer grado, que las demandadas dentro del término fijado en la sentencia opugnada, restituyan a los demandantes de la demanda inicial y a las actoras de las demandas acumuladas, las cuotas partes de dominio de su propiedad en el inmueble objeto de la litis así como también reconoce a quienes conforman el extremo actor inicial, a la DIAN y al ICBF los frutos civiles allí determinados. Emitió igualmente el *a quo*, diversas órdenes a la pasiva tendientes al pago por tales conceptos, conforme a lo resuelto, soportados en cuadro detalle anexo a la providencia impugnada, como condenándola en costas.

Además, en la sentencia aludida, se reconoce a las demandadas Poliproducos Ltda. y Civil Plast Ingeniería Ltda., por concepto de mejoras necesarias, el valor que cada uno de los propietarios demandantes le corresponde o tiene la obligación de pagar conforme a su cuota parte de dominio, respecto de lo sufragado por impuesto predial desde el 2009 al año 2017 y, les niega el reconocimiento de las restantes reclamadas.

Debe decirse también, que la providencia recurrida fue objeto de aclaración frente a condena en costas en rubro de agencias en derecho y según la formulada por la parte pasiva, en lo demás pedido en mismo punto y adición que solicitaron los demandantes se niega.

Para apoyar la decisión, el sentenciador de primer grado reseñó norma sustancial en la que funda el estudio de la acción reivindicatoria conforme a lo consagrado en los artículos 946, 949, 950, 952 del Código Civil y precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de

¹ Conforme transcripción de acta de audiencia y, que en esta segunda instancia se contrasta con el audio de audiencia se incurre en lapsus, pues el fallador *a quo* refirió nomenclatura 96-84.

Justicia²; seguidamente estudia cada uno de los presupuestos de la acción en comento, encontrando acreditado el primero de ellos acerca de la propiedad en cabeza de los demandantes, señalando que ello se desprende del certificado de tradición del inmueble en su anotación 14 para los demandantes iniciales y en la número 24 para quienes se incluyeron en la reforma de demanda, éstos últimos al haber adquirido por derecho de cuota en la liquidación de la sucesión de su señora madre. Para las demandantes en acumulación igualmente indicó que ello consta en el respectivo certificado de tradición en su anotación 14 del correspondiente folio de matrícula inmobiliaria, precisando como suficiente ese documento para acreditar la propiedad, superada la discusión jurídica acerca de la necesidad de aportar el título de adquisición acorde a la jurisprudencia que refirió señala que el certificado es suficiente (Sala de Casación Civil SC8702 de junio 20 de 2017 en proceso Rad. 2003-00831-01)

Encontró también reunido el presupuesto de la posesión en cabeza de las sociedades demandadas conforme a valoración del acervo probatorio recaudado y, desestimó aquella frente al codemandado persona natural e indicado frente a la misma configuración de falta de legitimación en la causa. Precisó el *a quo*, que la demanda versa sobre un bien reivindicable o cuota específica del mismo, por cuanto los demandantes son propietarios de esas partes determinadas sobre el inmueble, siendo un bien singularizado el distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-336658, que al estar identificado permite reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, hallando así satisfecho el tercer supuesto estudiado.

Respecto al presupuesto de identidad del inmueble pretendido por los actores con el bien poseído por los demandados, precisa se cumple en la medida que los demandantes reclamaron el predio en sus cuotas partes que son de su propiedad y que, es poseído en su totalidad por las sociedades demandadas, quienes expresaron haber llegado al inmueble por adquirirlo de una tercera persona y por aquella entrar en posesión.

Acorde a esas circunstancias tiene el fallador como probados todos y cada uno de los presupuestos concurrentes e imprescindibles aplicables a la acción reivindicatoria para con base en los mismos adoptar la decisión. Sin embargo, ante las exceptivas planteadas en su defensa por las sociedades demandadas, realiza atento examen a cada de ellas, las cuales no halla probadas por las razones que de cada una enerva. A su turno, procede con el estudio en cuanto a las pretensiones de condena en relación con los frutos civiles pedidos por el extremo actor así como el análisis en relación con las mejoras reclamadas por la pasiva, procediendo a reconocer a ambos aquellos rubros pero no en la forma solicitada sino en la explicitada en su exposición motiva y que se acompasa con cuadro detalle que la soporta y hace parte de la providencia de primera instancia, tal cual lo deja plasmado en la resolutive de aquella decisión judicial que a su vez consta en el acta respectiva que fue levantada a voces de lo reglado en el canon 107 del C. G. del P.

² Donde cita la Sentencia SC3493-2014 de 20 Marzo de 2014 Rad. 2007-00120-01

1.5.- La apelación

El procurador judicial de las dos empresas demandadas apeló el fallo y formuló, en lo medular, los reparos siguientes:

Indica que como lo refirió en la contestación de la demanda y lo reiteró en sus alegaciones finales, la acción reivindicatoria perseguida no está llamada a prosperar, al ser los demandantes propietarios de una cuota parte del inmueble, la cual no se encuentra debidamente individualizada y determinada, aspecto relevante en el que basó su exceptiva de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y POR PASIVA, la que expone debió declararse probada, señalando que el fallador de primer grado no se detuvo en analizarla lo suficiente, porque esa individualización no se puede tener por cumplida con el solo hecho de exhibir el título adquisitivo del derecho de dominio.

Alega que, no puede determinarse clara y fehacientemente a qué parte del bien le corresponde el porcentaje y derecho de cuota de cada uno de los demandantes, se configura una absoluta imposibilidad física de concretar tal derecho o dar cumplimiento a la restitución ordenada en la sentencia impugnada, donde a pesar de solicitar aclaración sobre ello no se hizo porque no se consideró necesario y sería materia de decisión al conferirse comisión, lo que refuta raya contra la lógica, porque si se ordena la entrega de derechos de cuota no se fija cómo procedería dicha restitución, por cuanto a la parte que representa como se emite la orden le será imposible cumplirla, no procediendo la llamada “entrega simbólica”.

Bajo su misma noción de que los derechos de cuota de los demandantes no se encuentran individualizados y determinados, reclama debe declararse configurada su exceptiva de FALTA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN INVOCADA en lo que respecta a la “singularidad del objeto”, por cuanto si el demandante según aparte de precedente jurisprudencial que cita, apenas tiene una parte proindivisa puede entablar demanda reivindicatoria, siempre que lo haga en representación de la comunidad, situación que indica no se tuvo en cuenta como presupuesto en el fallo recurrido.

Señala igualmente el apelante, que dentro del fallo censurado no se realizó profunda valoración de los medios de prueba, puntualmente en lo que tiene que ver con que sus prohijadas han ejercido la posesión del bien objeto de esta litis y que fue materia de confesión en el hecho 8 de la demanda de demandantes iniciales, cuando expresamente reconoció que las demandadas la ejercen desde el año 2008, por lo que para aquellos demandantes que ingresaron con ocasión de la reforma de la demanda, operó el fenómeno de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, debiéndose así negárseles la acción reivindicatoria.

El apoderado de la parte apelante, insistió en la sustentación de la alzada en los reparos inicialmente formulados, la prosperidad de sus exceptivas, y por contera deprecó que sea revocado el fallo atacado.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- Presupuestos procesales

Están cumplidos los presupuestos procesales, no se advierte vicio alguno que invalide la actuación, por lo que procede dirimir la instancia, mediante sentencia de mérito, la cual se circunscribirá a resolver únicamente los reparos concretos formulados por la parte apelante, desarrollados en el escrito de sustentación, atendiendo las prescripciones del artículo 328 del Código General del Proceso que igualmente establece las decisiones que deban adoptarse oficiosamente en los casos previstos por la ley.

2.2.- Análisis del caso

2.2.1.- Sea lo primero indicar que, la acción aquí ejercida por la parte demandante es la reivindicatoria, instituida en el artículo 946 del Código Civil, el que habilita al dueño de una cosa singular que ha perdido su posesión a demandar al poseedor para que sea condenado a restituirla, valga decir, el dueño sin posesión, contra el poseedor sin propiedad, por lo que entendida desde este particular punto de vista, es la vía legal para reclamar la posesión, que no el dominio, porque éste apenas si aparece como un antecedente, como la causa para que el actor pueda pedir y obtener el goce pleno y absoluto de su derecho con el ejercicio posesorio, que se realiza con la restitución del bien³.

Ello por cuanto el poder de persecución es inherente a los derechos reales⁴; de ahí que la acción en cuestión presupone la existencia del derecho sobre el bien que es objeto de la misma, esto es, acreditar la titularidad del dominio de aquel. De allí que el Código Civil defina el derecho real de propiedad, precisa: *‘El dominio que se llama también propiedad es el derecho real de una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno’* (artículo 669). Consagra la acción reivindicatoria como el medio eficaz para hacer efectivo ese atributo de persecución que está indisolublemente unido al dominio, para lograr la restitución del bien. La reivindicación es, pues, una acción real, porque nace de un derecho que tiene ese carácter, cual es el de dominio.

Mas, para perseguirla es menester no solo tener el derecho, sino también que haya sido atacado por el contendor en una forma única: poseyendo la cosa, y así es indispensable que, siendo el actor el propietario del bien, el demandado tenga la posesión del mismo. Son dos situaciones opuestas e incompatibles, de las cuales una ha de triunfar en el juicio de fondo.

Entonces se tiene, *“la reivindicación igualmente exige determinar la cosa que se pretende recuperar, pues es menester tener certeza cuál es el objeto sobre el cual recae la restitución demandada. Esa es la razón por la cual la singularidad*

³ Corte Suprema, Sent. 2 abril de 1941 G.J. t. LI, 174.

⁴ Artículo 665 del C.C. “derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio (...)”.

y la identidad de la cosa también constituyen elementos axiológicos para la prosperidad de la acción reivindicatoria”⁵. Por ello de vieja data sabido es, debe acreditarse dentro del proceso reivindicatorio la confluencia de los siguientes requisitos:

- a) *Derecho de dominio en cabeza del actor;*
- b) *Posesión del bien materia de la reivindicación por parte del demandado;*
- c) *Identidad del bien poseído con aquel cuya recuperación se pretende; y*
- d) *Que se trate de una cosa singular o de cuota proindiviso de cosa singular.*⁶

2.2.2.- Para analizar la tesis del apelante, se tiene que aquel bajo unos mismos puntos de vista apoya su inconformidad y reclama, que han de declararse probadas sus exceptivas de Falta de Legitimación en la Causa por Activa y Pasiva como Falta de Presupuestos de la acción en cuanto a la regla concerniente a establecer la singularidad de las cuotas partes del inmueble objeto de la reivindicación, doliéndose además de ausencia de valoración probatoria de parte del juzgador de primera instancia en lo tocante a la fecha que entraron en la posesión alegada sus mandantes.

Así las cosas, acorde a los reparos realizados por el impugnante, en su orden se adentrará la Sala a su estudio y sobre cada una de sus inconformidades se establecerá lo correspondiente a efectos de establecer si la alzada cuenta o no con vocación de triunfo, solamente en lo que corresponde a la demanda inicial y su reforma, toda vez que claro ha de dejarse que mal puede entenderse o extenderse el reparo frente a las demandas acumuladas entabladas por la DIAN y el ICBF, máxime cuando frente aquellas el apelante en el trámite de la primera instancia no realizó contradicción alguna.

Indica el censor, que la acción reivindicatoria perseguida no estaba llamada a prosperar, al ser los demandantes propietarios de una cuota parte del inmueble, la cual no se encuentra debidamente individualizada y determinada. A lo que se suma, que aquella singularidad que refiere, no puede tenerse por cumplida con el solo hecho de exhibir el título adquisitivo del derecho de dominio sobre cuotas parte.

Para el efecto, ciertamente ha de decirse, se exige determinar la cosa que se pretende recuperar por vía reivindicatoria, que para el caso de marras, corresponde a un inmueble distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No.50C-336658 ubicado en la ciudad de Bogotá con nomenclatura catastral Calle 25 C Bis A No. 96-84, cuyos linderos se expusieron en las demandas formuladas, se encuentran inscritos en su respectivo folio de matrícula inmobiliaria y fue individualizado en los peritajes que ambos extremos de la litis acompañaron en su demanda y contestación.

⁵ Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá D.C., decisión del 6 de julio de 2020 en el expediente Exp. 033-2014-00340-01 De Carlos Gaviria Pérez y otros Contra Ana Jacoba Rangel.

⁶ *Ibidem*, Mag. P. Dr. Ariel Salazar Ramírez, providencia del 13 de febrero de 2013 en Exp. Rad. No.2000 8370 01 Ordinario de Maritza L. Sanchez Torres contra Zulma T. Erazo Rodríguez.

Lo anterior, por cuanto lo que se hace necesario es establecer que las cuotas partes en efecto corresponden al bien objeto de la acción reivindicatoria, en la medida que ha dejado sentado la jurisprudencia que no es requisito indispensable que la totalidad de los comuneros requieran la reivindicación ni tampoco limitarlos a un reclamo que les asiste acorde a la equivalencia o porcentaje que sobre el predio les puede asistir en proindiviso, deduciéndose que la singularidad e individualización del inmueble es lo que se exige, no de las cuotas a restituir que es lo que se comprende reclama el recurrente.

Así las cosas, el primer aspecto de reparo no será atendido favorablemente y, se soporta en lo enseñado por la Sala de Decisión Civil de la Corte Suprema de Justicia, quien en la sentencia SC4046 de 2019⁷ precisa que por vía judicial es dable reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, exponiendo:

“1.- Al tenor del artículo 946 del Código Civil, la acción de dominio «es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla» y conforme al 949 siguiente, también «[s]e puede reivindicar una cuota determinada proindiviso de una cosa singular». Como puede verse, la reivindicación por vía judicial, puede ser instaurada tanto por quien ostente en forma exclusiva el derecho de dominio sobre la cosa de la que se encuentra desposeído, como por aquel que solo es titular de una cuota de ella. (...)

Mientras el único titular del derecho de propiedad ejerce la acción en su propio y exclusivo beneficio y respecto de la totalidad, aquel que apenas es propietario de una cuota parte tiene limitada tal prerrogativa, en el sentido de que no puede pedir para sí la reivindicación de todo el bien como cuerpo cierto, sino de la cuota determinada proindiviso de cosa singular, como lo autoriza el artículo 949 del Código Civil, dado que en este último evento, según lo ha decantado la Corte en su Jurisprudencia, es preciso armonizar las disposiciones de la acción de dominio con las que regulan la comunidad.”

Por lo anterior, mal puede exigir el apelante que la individualización y singularización es en lo concerniente a las cuotas partes que se demandan en la acción en estudio, por ende, no será acogido lo esgrimido en tal sentido, tampoco es factible acceder bajo ese mismo aspecto su crítica de que no le sería dable hacer la entrega a la pasiva de lo que se le ordenó en el fallo de primer grado reprochado ni operar una de forma simbólica, por no precisarse en aquella providencia la parte o porción del inmueble a restituirse, lo que seguramente se tornaría inviable de hacerse como se reclama, precisamente por reglas propias que regulan lo relativo a la comunidad que el inmueble objeto de la litis reviste, máxime cuando conforme al certificado de libertad y tradición del bien, según documentales allegadas al expediente, se tiene que la titularidad del derecho de dominio lo ejercen 32 personas (naturales y jurídicas, algunas de estas últimas de derecho público); por lo tanto, al contener las demandas inicial como las acumuladas referenciación y soporte probatorio documental acerca de la cuota parte que a cada una de las personas que conforman el extremo demandante les fue adjudicada en el título de dominio, no por ello se haya de decir que no existe claridad acerca de su individualización, pues la misma

⁷ Proferida el 30 de septiembre de 2020 dentro del radicado No.11001 31 03 010 2005- 11012-01

se da precisamente por los porcentajes o equivalencia del derecho de cuota parte que como condueños se les reconoce sobre la totalidad del inmueble, habiendo sido el predio debidamente singularizado en el asunto sub examine acorde con el acervo probatorio recaudado (documental y experticia).

Puestas en este orden las ideas, no se torna correcta la posición del censor acerca de una absoluta imposibilidad física de concretar el derecho de su contraparte o dar cumplimiento a la restitución ordenada en la sentencia por no demarcársele un porción respecto de la totalidad del inmueble en discusión, habida consideración que aquellos solo se encontraban facultados para exigir la reivindicación de su cuota parte frente a su derecho de dominio, la cual ha de reiterarse, se identificó en cuanto a su equivalencia frente a cada una de las personas que conforman el extremo actor y de las cuales, al totalizarlas arrojan un porcentaje del 40.38% sobre el inmueble, las que se deducen para concretarse le son aplicables normas propias de la comunidad de bienes que establece la ley adjetiva civil.

Con lo hasta aquí estudiado, el reparo acerca de la reclamada ausencia de que los derechos de cuota de los demandantes no se encuentran individualizados y determinados, no se establece, por lo cual, se tendrá como correcto el estudio del *a quo* bajo el cual se desestimaron sus exceptivas de FALTA DE LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN INVOCADA en lo que respecta a la “singularidad del objeto” como la de FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA Y PASIVA cuyo reclamo centró el apelante en un mismo tópico y cuando el fallador de primer grado formó acuciosamente análisis de cada uno de los presupuestos axiológicos de la acción reivindicatoria, hallando todos aquellos exigidos como reunidos y, siendo requisito indispensable para adoptar la decisión en la forma como se produjo, sin que en el sub lite el recurrente lograra demostrar situación diferente, máxime cuando hizo apego de texto de aparte jurisprudencial del que no informó de donde emana para escudriñar lo por aquel reclamado con mayor profundidad.

Como último reparo objeto del análisis, se tiene que el censor discrepa que no se realizó honda valoración de los medios de prueba, puntualmente en lo referente a que sus mandantes han ejercido la posesión del bien objeto de esta litis y al ser en su sentir una confesión que deviene de lo expresado en el hecho 8 de la demanda inicial, cuando expresamente reconoció su libelista que las demandadas la ejercen desde el año 2008, por lo que para aquellos demandantes que ingresaron con ocasión de la reforma de la demanda, operó según el recurrente, el fenómeno de la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio reclamando con ello la denegación a las pretensiones de esos demandantes.

Acorde con lo expuesto, se hace notoria la disconformidad del impugnante en cuanto al soporte por el cual se hizo la valoración probatoria frente a la data en que pudo haber iniciado la posesión por parte de las sociedades demandadas, posesión que no se discute se encontró probada la ejercían y por ende se produjo la decisión en la forma establecida en la sentencia apelada, más sin embargo, aquella posesión es solo uno de los presupuestos para el reclamo de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio y

que a manera de exceptiva formuló el extremo apelante, por ende con la acción reivindicatoria objeto del debate procesal, no corresponde hacer declaración como una reclamación judicial, toda vez que no solo deben mediar igualmente todos los presupuestos axiológicos a efectos de usucapir sino invocarse por medios legales idóneos, lo que se echa de menos se hubiera efectuado por parte la parte recurrente.

Con todo y siendo en efecto acertado lo pedido por el censor de que en todos los juicios civiles al juzgador se le impone que ha de efectuar valoración en conjunto y bajo la sana crítica de los elementos recaudados como material probatorio, su miramiento se encamina a que se tenga por sentado lo relatado en los hechos de la demanda de la acción inicial, en cuanto a la fecha en que entraron las empresas demandadas a ejercer la posesión, que en su sentir lo es desde el año 2008, pero tampoco exhibe que lo fue a partir de un día cierto y determinado de aquella calenda, aunado a que para acreditarlo pese a que citó a cuatro personas a testimoniar, solo una de ellas depuso en la audiencia de instrucción y juzgamiento, la señora Sonia Janeth Melo Parra, quien es subordinada como empleada de una de las sociedades demandadas según informó en su declaración, persona que no ilustró acerca de fecha real y certera en que las demandadas entraron en posesión del inmueble y quien indicó que antes trabajaban en la 200 y aun cuando alude que a la bodega se le hicieron algunas reparaciones, indicó que algunas fueron en el 2008 y otros trabajos en el 2015 y, que la el inmueble donde funciona la empresa nunca ha tenido aviso alguno que identifique que allí funcionan o desarrollan su objeto social las demandadas.

Tampoco es dable acoger la posición del apelante de que la fecha de posesión debe observarse por lo expuesto por el testigo JORGE ARMANDO GARCIA RIAÑO, quien trabajó para la empresa TECNIBURGOS y era la titular antecesora de derechos reales de dominio y que debido a su declaratoria de liquidación obligatoria hizo la cesión del bien a sus acreedores, entre algunos de ellos los demandantes de aquí y el citado testigo, con base en la decisión adoptada por el juez del concurso (Superintendencia de Sociedades, según Auto No. 440-0185461 de noviembre 18 de 2003), toda vez que el deponente refirió que conoce la bodega ubicada en Fontibón desde el año 1992 por haber trabajado en la empresa que era dueña del bien, que por conducto del liquidador de Tecniburgos recibió en marzo de 2004 las llaves y conforme acordaron un grupo de personas a quienes les habían sido asignadas cuotas partes del inmueble, llaves que detentó por cerca de tres años, que indicó devolvió haciendo su entrega a la persona que tenía mayor porcentaje de derechos en el predio, la señora MERCEDES, que lo fue según recordó para octubre de 2017 por cambio de lugar de trabajo, entonces se tiene una fecha próxima cuando García Riaño hizo entrega de llaves pero no la fecha en que se produjo la entrega de la posesión a las demandadas, máxime cuando en aquella declaración se indicó que fueron violentadas las guardas de acceso a la bodega porque al ir otros compañeros condueños a revisar tiempo posterior, las llaves no funcionaron y se da origen a las indagaciones que conllevaron a la instauración de denuncia ante la Fiscalía General de la Nación, la que ha de decirse, sigue en etapa de indagación según certificaciones que ese ente arrió al plenario.

Por lo tanto, la apreciación realizada en el fallo atacado, no se tiene como desatinada, pues en efecto los actos de señorío de las demandadas poseedoras, quedaban develados entonces en el pago de impuesto predial que según recibos aportados se hace a partir del año 2009, aunado a que la Escritura Pública por la cual adquirieron las demandadas el bien, fue declarada ineficaz y su solo registro no puede tenerse como único elemento de fecha de haber ejercido posesión, amén que aquella anotación fue declarada invalidada por decisión judicial y acto administrativo emanados de autoridades facultadas, cuyas fechas como determinaciones se encuentran inscritas en las anotaciones del respectivo certificado de libertad y tradición, además fueron allegadas copias al expediente, por virtud de las cuales se dejaron sin valor ni efecto jurídico las anotaciones 17 y 19 que refieren a los negocios contenidos en las Escrituras Públicas Nos. 3858 del 23-10-2007 de la Notaría 23 y No. 3444 del 19-12-2007 de la Notaría 39, ambas de Bogotá.

Corolario de lo indicado en el párrafo precedente, obsérvese que en la exceptiva que formuló la parte apelante y nombró como PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA DE DOMINIO, que es de donde se funda su alegación de ser poseedor de buena fe y que por cierto se le tuvo en cuenta en el fallo reprochado por no encontrar acreditada la mala fe que le endilgaron las demandantes a la pasiva, se dijo en la exceptiva en cita, que era la pasiva poseedor regular lo que ciertamente no corresponde, porque aun cuando aquella a voces de lo previsto en los artículos 762 y ss. del Código Civil puede ser de buena o mala fe, lo indiscutible es que siempre debe estar acompañada de justo título, el que no 3 podría observar emergía, sin que le sea admisible que para enervar defensas indique que es poseedor regular y para las alegaciones de la alzada pretenda hacer colegir que se tiene una de connotación irregular⁸.

Consecuente con lo expuesto, se considera por esta Sala de Decisión, que no existen fundamentos para acoger las alegaciones del apelante, valorar además que la sentencia de primer grado se ajusta a los lineamientos de la ley sustancial y procedimental, se profirió la decisión en consonancia a las probanzas que ambos extremos en litis arrimaron para soportarla y no se advierte incongruencia en el fallo, el cual se enmarcó a considerar la acción correspondiente de reivindicación, análisis que se torna suficiente para concluir que el fallo de instancia ha de ser refrendada.

2.3. La sentencia impugnada será confirmada y en consecuencia, las costas del recurso se impondrán a cargo de la parte apelante.

⁸ Cuyos tipos se encuentran consagrados en el Art.764 del C.C.

III.- DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos (32°) Civil del Circuito de Bogotá, en audiencia efectuada el 14 de septiembre de 2020.

SEGUNDO: Costas del recurso a cargo de las sociedades demandadas apelantes. Tásense por la Secretaría del juzgado *a quo* de conformidad con el artículo 366 del C. G. del P.

TERCERO: Devuélvase el expediente al despacho judicial de origen.

El magistrado ponente fija la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



HENRY DE JESÚS CALDERÓN RAUDALES

Magistrado



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., tres (03) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

MAGISTRADO : JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
RADICACIÓN : 110013103032201900625 01
PROCESO : VERBAL
DEMANDANTE : JOSÉ GUILLERMO TRIANA
**DEMANDADO : PERFORACIONES PYRAMID DE
COLOMBIA S.A.S.**
ASUNTO : RECURSO DE CASACIÓN.

Procede el Despacho a resolver sobre la concesión del recurso extraordinario de casación, interpuesto por el extremo demandante, contra la sentencia proferida, en el *sub lite*, por esta Corporación, el día dieciocho (18) de enero de dos mil veintiuno (2021).

SE CONSIDERA:

1.- Mediante la providencia memorada, esta Sala de Decisión, en sede de segunda instancia, confirmó el fallo del 28 de septiembre de 2020, dictado por el Juzgado Treinta y Dos Civil del Circuito de esta ciudad, por el cual se denegaron las súplicas de la demanda; decisión, aquella, contra la cual el extremo activo, de manera oportuna, formuló recurso de casación.

2.- A objeto de decidir sobre su concesión, resulta útil recordar, preliminarmente, que en virtud de los artículos 334 y 338 del Código General del Proceso, dicho medio de impugnación procede contra las sentencias dictadas en procesos declarativos, por los Tribunales Superiores de Distrito en

segunda instancia, en los casos en que el valor de la resolución desfavorable al recurrente, exceda de mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento proferirse el fallo, monto que, para la época en que se produjo la sentencia en el *sub lite*, corresponde a la suma de NOVECIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS VEINTISÉIS MIL PESOS (**\$908'526.000,00**) **M/CTE.**¹

3. En esos términos, se advierte que los presupuestos que anteceden, así como los establecidos en el artículo 337 *ídem*, se hallan satisfechos en el presente asunto, circunstancia que viabiliza el otorgamiento del recurso propuesto.

3.1. En efecto, la providencia censurada es susceptible de casación; quien interpone el recurso se encuentra legitimado; y el valor del interés para recurrir, en la presente anualidad, supera la cuantía establecida para tal fin, como se desprende del monto de las pretensiones negadas a la parte activa.

En efecto, rememórese que en el pliego introductorio se pidió que la empresa demandada rindiera "*cuentas de los años 2.017-2018 y 2019*", y, en el escrito de subsanación, el demandante aclaró que la estimación sobre la cual debía hacerse la "*respectiva rendición provocada de cuentas*" era la suma de \$3.000'000.000,00, que corresponde al precio de sus acciones y utilidades que posee en la sociedad demandada, en su condición de socio, para lo cual aportó el estado financiero del año 2018 y un dictamen que fue rotulado "*VALORACIÓN DE LA EMPRESA PERFORACIONES PYRAMID DE COLOMBIA SAS*", dando así alcance al numeral 1º del artículo 379 del Código General del Proceso.

Sobre el particular, y, en recientemente pronunciamiento, el Alto Tribunal de Justicia explicó que la naturaleza especial de este tipo de juicios:

"(...) *no supone que no exista baremo cierto y concreto para establecer el justiprecio del interés para recurrir en casación, pues al contrario, en supuestos como el de ahora y por vía de principio, dicho referente viene dado*

¹ El salario mínimo legal mensual fijado por el gobierno para el año que avanza es de \$828.116,00.

desde la demanda, concretamente en la estimación de lo adeudado que se erige como requisito especial en los numerales 1. de los respectivos artículos 418 del Código de Procedimiento Civil y 379 del Código General del Proceso.

Debe destacarse que al momento de ordenarse rendir las cuentas, la oportuna presentación de las mismas por el demandado y la formulación de objeciones, son apenas circunstancias eventuales o hipotéticas, siendo lo exclusivamente cierto hasta ese hito el monto de lo estimado por el reclamante, pues es la cifra a la que inmediatamente se verá enfrentado a pagar si no procede a efectuar el balance en el término señalado, en razón del obligatorio proferimiento de «auto que no admite recurso y presta mérito ejecutivo» (num. 6, art. 379 C.G.P., con similar alcance en num. 5, art. 418 C.P.C.).

La tasación en comentario entonces, además de requisito especial de la demanda, se erige incluso en presupuesto procesal particular del trámite, si se aprecia en su justa medida la preponderante función que cumple a lo largo del mismo y que, sin lugar a dudas, se torna vinculante en el apenas probable debate sobre de fijación del saldo que se abre paso con la eventual proposición de objeciones» (AC7382-2017, 8 nov. 2017, 2011-00395-01).” (CSJ AC378-2021)

Entonces, y bajo el acopio de los elementos de juicio reseñados, no queda duda para esta Corporación que el demandante tiene interés para formular casación contra la decisión proferida en segunda instancia, toda vez que la afectación económica originada en la misma supera, con creces, el *quantum* establecido en la ley.

4. En consonancia con lo previamente discurrido, se accederá a la concesión del medio de impugnación extraordinario, sin necesidad de adelantar diligencia alguna encaminada ejecutar la sentencia aquí recurrida, por no evidenciarse actuaciones pendientes de cumplimiento.

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

PRIMERO: CONCEDER el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha y procedencia pre anotadas.

SEGUNDO: Ejecutoriado lo aquí resuelto, remítase el expediente digital a la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, para lo de su competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO

Magistrado

(32201900625 01)

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

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación 33 2018 00554 01

Para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso, se fija la hora de las 9:30 a.m. del 13 de mayo del año 2021. Al efecto el despacho, **DISPONE:**

Advertir que se adelantará de manera **VIRTUAL**, para lo cual se deberá ingresar al Link remitido al correo electrónico o a cualquier otro medio debidamente informado por los abogados de las partes.

En el evento de un nuevo mandato, reasunción o sustitución del mismo, enviarán con antelación de por los menos un día a la celebración el respectivo documento, al email institucional cmarqueb@cendoj.ramajudicial.gov.co, indicando la referencia del expediente, así como las partes.

De requerirse alguna pieza procesal puede solicitarse al correo ya indicado.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D. C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Ref. **PROCESO VERBAL** de **MYVAL S.A.S.** contra
SITEL DE COLOMBIA S.A.

Radicación No. **033-2019-00743**

Magistrada **Dra. LIANA AIDA LIZARAZO V.**

Al entrar a resolver sobre la procedencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto del 19 de noviembre de 2020 (fl. 8), observa el Despacho que debe declarar su inadmisibilidad, por cuanto el pronunciamiento en cuestión no es susceptible del recurso de apelación.

En efecto, revisado el plenario en su totalidad, se encuentra que la sociedad Myval S.A.S. formuló demanda verbal contra de Sitel de Colombia S.A., en la cual solicitó la restitución de tenencia de bien inmueble arrendado denominado Edificio Mixto II, ubicado en la carrera 22 N° 166-90-94, identificado con las matrículas inmobiliarias N° 50N-684602 y 50N-609830.

En el libelo genitor, además, como petición especial se solicitó la restitución provisional del inmueble referido, a fin de que con la intervención de un perito ingeniero civil o arquitecto, se practicara la diligencia de inspección judicial para determinar el estado de abandono del inmueble.

Dicha demanda fue admitida en auto del 19 de noviembre de 2019 (fl. 81) y en el mismo proveído se negó la restitución provisional deprecada, en tanto no se demostró ninguna de las causales establecidas en el numeral 8 del artículo 384 del CGP., pues del material probatorio aportado no se advirtió que el inmueble estuviera desocupado, abandonado o en estado de deterioro.

El apoderado de la parte demandante formuló recurso de reposición parcial y en subsidio de apelación contra el auto del 19 de noviembre de 2019, a fin de que se revocara el numeral 4 del proveído objeto de censura y en su lugar se decretara la inspección judicial solicitada, bajo el argumento que el artículo 384 del C.G.P no impone la carga probatoria que reclama el despacho, decisión que fue confirmada por el *a quo* en auto del 11 de marzo de 2020, concediéndose el recurso de alzada.

Conforme a lo anterior, se evidencia que la decisión de negar la inspección judicial con el fin de verificar el estado del bien no es susceptible del recurso de apelación, en tanto que la norma expresamente no lo indica y además tampoco esta consagrada como apelable en los términos del art. 321 del C.G.P.

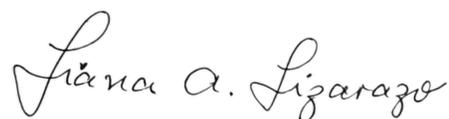
En virtud de lo expuesto, y conforme a la taxatividad que rige la concesión del recurso de apelación (art. 321 C.G.P) , este debe declararse inadmisibile.

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

Primero. Declarar inadmisibile la impugnación invocada, por cuanto no tiene prevista apelación.

Segundo. Devolver las diligencias al Despacho de origen.

Notifíquese



LIANA AÍDA LIZARAZO V.

Magistrada.

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **75c734895a1b8cba233ce8af3fec5614c834527e57b2f8a0cc49ed771eb10ceb**

Documento generado en 03/05/2021 12:34:29 PM



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

Bogotá D.C., veintiséis (26) de marzo de dos mil veintiuno (2021). Hora. 4:00 p.m.

Radicación: 11001-3103-035-2019-00198-02

Asunto. Declarativo.
Recurso. Apelación Sentencia.
Demandante. Clara Milena Osorio Guzmán.
Demandado. Cooperativa de los Profesionales COASMEDAS

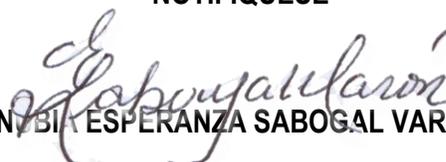
En firme el auto que admitió el recurso de apelación, interpuesto contra el fallo que dirimió la primera instancia en el asunto citado en la referencia, sin que las partes hayan solicitado la práctica de pruebas, el apelante deberá sustentar la alzada dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de este proveído (C.G.P., Art. 118 Inc. 2°; Decreto 806 de 2020, Art. 14), so pena de declararlo desierto conforme a lo dispuesto en el último inciso del artículo 322 del C.G.P. Dicha sustentación debe contraerse a los expresos 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


ESPERANZA SABOGAL VARÓN
Magistrada

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

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación 36 2016 00784 03

Para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 327 del Código General del Proceso, se fija la hora de las 10:30 a.m. del 13 de mayo del año 2021. Al efecto el despacho, **DISPONE:**

Advertir que se adelantará de manera **VIRTUAL**, para lo cual se deberá ingresar al Link remitido al correo electrónico o a cualquier otro medio debidamente informado por los abogados de las partes.

En el evento de un nuevo mandato, reasunción o sustitución del mismo, enviarán con antelación de por los menos un día a la celebración el respectivo documento, al email institucional cmarqueb@cendoj.ramajudicial.gov.co, indicando la referencia del expediente, así como las partes.

De requerirse alguna pieza procesal puede solicitarse al correo ya indicado.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

MAGISTRADA PONENTE: LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO: VERBAL
DEMANDANTE: BYLIN S.A.S
DEMANDADO: FIDEICOMISO ECOCIUDAD 1
RADICADO: 11001310303620190028401
DECISIÓN: **CONFIRMA**
FECHA : tres (3) de mayo de dos mil veintiuno
(2021)

I. OBJETO

La Magistratura decide el recurso de apelación interpuesto por la procuradora judicial de la sociedad demandada Desarrollos Cinco Estrellas SAS contra el auto proferido el día 11 de marzo de 2020, mediante el cual el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá, revocó la decisión adoptada en proveído del 13 de diciembre de 2019 determinando que la Sociedad Desarrollo Cinco estrellas SAS radicó sus medios defensivos, fuera de la oportunidad procesal.

II. ANTECEDENTES:

Las piezas digitales remitidas a esta Corporación dan cuenta que, por intermedio de apoderado judicial, Blyn S.A.S. promovió demanda verbal contra Fideicomiso Ecociudad 1 (representada por Alianza Fiducaria

Sociedad Anónima); Alianza Fiduciaria Sociedad Anónima, Sociedad Arias y Operador S en C, Sociedad Desarrollo Cinco Estrellas S.A.S., Ecociudad Colombia S.A.S. y Cancha Fair Play S.A.S, la cual fue admitida por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá mediante auto del 12 de junio de 2019, ordenando la notificación a la demanda y correr traslado por el término de 20 días (fl 248).

Verificados los cartulares arrimados, advierte el despacho que las entidades demandadas se notificaron de la admisión del mentado proceso y contestaron la demanda, en específico, frente a la Sociedad Desarrollo Cinco Estrellas S.A.S. da cuenta la documental que el citatorio de que trata el artículo 291 del Código General del Proceso le fue remitido el 04 de septiembre de 2019 (fls. 314 Cd.1) según constancia de la empresa Pronto Envíos y de manera posterior, el aviso que señala el artículo 292 del precitado estatuto, fue enviado el 18 de septiembre de 2019 (Fls. 319 Cd. 1).

Así mismo se advierte acta de notificación personal de la apoderada de la Sociedad Desarrollo Cinco estrellas S.A.S., adiaada el 30 de septiembre de 2019, mediante la cual se le enteró del contenido del auto admisorio del proceso verbal, contemplándose en la parte final de la referida acta **la anterior diligencia de notificación no tendrá ningún efecto procesal, si con anterioridad fue enviado y efectivo el aviso previsto en el art. 292 del Código General del Proceso**".

De manera posterior, esto es, para el 31 de octubre de 2019, mediante apoderada judicial, la entidad Desarrollo Cinco estrellas presentó contestación, oponiéndose a las pretensiones de la demanda y proponiendo los medios exceptivos que consideró pertinentes (fls. 1461 a 1666 archivo digital 21. Contestación).

Al encontrar trabada la litis, la juez de instancia en proveído del 13 de diciembre de 2019 tuvo por notificadas a las entidades demandadas de

conformidad a las disposiciones que contemplan los artículos 291 y 292 del C.G.P., con particularidad de la Sociedad Desarrollo Cinco Estrellas a quien tuvo por notificada de manera personal, procediendo a correr traslado a la parte actora de las excepciones de mérito por ellas formuladas, decisión que fue objeto de recurso de reposición por parte del apoderado de la entidad demandante. (fls. 1669 a 1672, archivo No. 25),

La finalidad del recurso invocado fue revocar los proveídos que tuvo por contestada la demanda por parte de la Sociedad Desarrollos Cinco Estrellas S.A.S. y el que admitió el llamamiento en garantía efectuado por esa sociedad, en razón a la extemporaneidad de la citada contestación, pues prevalece la notificación por aviso por haber sido la primera en el tiempo conforme a la documental que reposa en el expediente.

Por lo anterior, mediante auto del 11 de marzo de 2020, la *a quo* al resolver el recurso impetrado decidió **i)** Revocar parcialmente la determinación adoptada en auto del 13 de diciembre de 2019, y en su lugar, indicó que la sociedad Desarrollos Cinco Estrellas S.A.S., radicó sus medio defensivos, fuera de la oportunidad procesal; **ii)** con fundamento en la anterior decisión, se dejó sin efecto los proveídos adiados del 13 de diciembre de 2019 contenidos en el cuaderno de excepciones previas y llamamiento en garantía, formulados por Desarrollos Cinco Estrellas S.A.S (fls. 1707 a 1713, archivo No. 31).

Inconforme con la determinación adoptada, la procuradora judicial de la Sociedad Desarrollos Cinco Estrellas formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación a fin de que se revoquen los numerales 1 y 2 del auto 11 de marzo de 2020, para que se disponga que los medios de defensa por ella presentados, fueron dentro de la debida oportunidad procesal.

Como argumento total de su petición, adujo que la determinación eje de discusión, vulnera de manera flagrante los derechos de defensa y

debido proceso de la sociedad demandada, otorgando prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, por cuanto con la diligencia de notificación personal efectuada el 30 de septiembre de 2019, conforme al poder que le fue conferido, pudo tener acceso al expediente, informándose que a partir de dicha fecha se corrió traslado a su representada por el termino de 20 días para contestar la demanda, advirtiéndose dicha acta a folio 273, demostrándose que para aquella data resultara inverosímil el conocimiento de término diferente al togado al momento de efectuar el acto procesal de notificación personal reglada en el artículo 291 del C.G.P.

Resuelto desfavorablemente el recurso de reposición en proveído del 19 de octubre de 2020, se concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo para que en esta instancia se resuelva la alzada.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

El artículo 290 del Código General del Proceso dispone que deberá notificarse personalmente *“Al demandado o a su representante o apoderado judicial, la del auto admisorio de la demanda y la del mandamiento ejecutivo”* (num.1°), entre otras.

Para la práctica de esa forma de notificación el artículo 291 del citado estatuto procesal establece que *“La parte interesada remitirá una comunicación a quien deba ser notificado, a su representante o apoderado, por medio de servicio postal autorizado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en la que le informará sobre la existencia del proceso, su naturaleza y la fecha de la providencia que debe ser notificada, previniéndolo para que comparezca al juzgado a recibir notificación dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su entrega en el lugar de destino”*.

A lo anterior añade la citada norma que *“Si la persona a notificar comparece al juzgado, se le pondrá en conocimiento la providencia, previa su identificación mediante cualquier documento idóneo, de lo cual se extenderá acta ...”*, pues, en caso contrario, se *“procederá a practicar la notificación por aviso”*, el cual, a su vez, prevé que *“Cuando no se pueda hacer la notificación personal al demandado del auto admisorio de la demanda o del mandamiento de pago, o la del auto que ordena citar a un tercero, o a la de cualquiera otra providencia que se deba realizar personalmente, se hará por medio de aviso ...”*.

De acuerdo con las piezas remitidas a esta Corporación se tiene que en este proceso se enviaron citatorios de que trata el artículo 291 del Código General del Proceso, (folios 311 a 315, archivo No. 14) a la entidad demandada Desarrollos Cinco Estrellas S.A.S. a la dirección física Carrera 11 A No. 94 A -56, Oficina 504, misma que figura en el certificado de existencia y representación para notificaciones judiciales, cartular que según da cuenta la certificación de la empresa de correo - Pronto Envíos-fue entregado el 4 de septiembre de 2019.

En atención a que la sociedad demandada no compareció en el término en el que debían hacerlo para notificarse personalmente (5 días), les fue remitido aviso a la misma dirección que se envió el citatorio, siendo entregado aquel el 18 de septiembre de 2019, conforme lo hizo constar la misma empresa de servicio postal en cuya certificación se establece *“Observaciones: SE ENTREGÓ EL DIA 18 DE SEPTIEMBRE DEL AÑO 2019 EN LA DIRECCIÓN INDICADA POREL REMITEMTE RECIBIDO CON SELLO DE EDIFICIO CENTRO 95, PRONTO ENVIOS CETIFICA QUE EL DESTINATARIO SI RESIDE O LABORA EN ESA DIRECCIÓN”*(fl. 319, archivo No. 14).

Luego es claro que ningún efecto jurídico puede producir la notificación personal realizada mediante acta del 30 de septiembre de 2019, si se tiene en cuenta que para esa data la Sociedad demandada ya había sido notificada mediante aviso el día 19 de septiembre de 2019, es decir, *“al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino”*, lo cual ocurrió el día 18 del mismo mes y año.

Y el hecho de que no se haya arrimado al plenario las constancias de los citatorios y avisos previamente a la notificación personal, en manera alguna vulnera el debido proceso o hace invalidas o improcedentes dichas diligencias, en la medida en que ya se había surtido la notificación por aviso de una de las entidades demandadas, conociendo así de la existencia del proceso con antelación a la notificación personal.

Es así como, el aviso acá diligenciado contiene *“su fecha”* (*“16 / septiembre / 2.019”*) y *“la de la providencia que se notifica”* (*“12 / Junio /2.019”*), el juzgado que conoce del proceso *“Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá D.C.”*, su naturaleza (*“Verbal de Mayor Cuantía”*), el nombre de las partes, demandante *“BYLIN S.A.S.”*, los demandados *“FIDEICOMISO ECOCIUDAD 1 (Representada por ALIANZA FIDUCIARIA SOCIEDAD ANÓNIMA). SOCIEDAD ARIAS Y APERADOR S. EN C. SOCIEDAD DESARROLLO CINCO ESTRELLAS S.A.S. ECOCIUDAD COLOMBIA S.A.S. y CANCHA FAIR PLAY S.A.S.”* y la advertencia de que *“esta notificación se considerará cumplida al finalizar el día siguiente al de la fecha de entrega de este aviso”* (folio 312, archivo No. 14).

En adición a lo anterior, se tiene que la parte actora remitió el aviso *“a través de servicio postal a la misma dirección a la que fue enviada la comunicación a que se refiere el numeral 3 del artículo 291”* del Código

General del Proceso, junto con la *“copia informal de la providencia que se notifica y de la demanda”*, habiendo sido agregado al expediente la *“copia del aviso, acompañada de constancia expedida por la empresa de servicio postal de haber sido entregado en la respectiva dirección”*.

A lo dicho se agrega, que la Sociedad demandada que fue notificada en esa forma, no alegó y mucho menos demostró lo contrario a lo certificado por la respectiva empresa de servicio postal, en el sentido de que el destinatario *“Si reside o labora en esa dirección”* en la misma dirección (*Carrera 11A No. 94A-56 oficina 204 Bogotá D.C*) en la que se entregó tanto el citatorio como el aviso.

Nótese que los argumentos torales en lo que cimentó el recurso de alzada, en nada se perfilan a demostrar que no se llevó a cabo la notificación por aviso que se allegó al proceso o en tachar de falsas las certificaciones emitidas por la empresa postal, contrario sensu, manifiesta la apoderada que se utilizó una empresa postal que no se encuentra habilitada por el Ministerio de Comunicaciones para prestar los servicios de correo certificado, de lo cual no se arrimó prueba alguna para soportar su dicho y además arguyó que no es legible el sello para identificar la fecha en que fue enviado el aviso, reparo que no es de recibo como quiera que, como quedó sentado, en las observaciones plasmadas en la certificación de la empresa de correo, se advierte de manera clara la fecha de entrega del aviso.

Ahora bien, frente al cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 292 del C.G.P. los mismo se encuentran satisfechos, por tanto se concluye que es *“al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino”* (19 de septiembre de 2019) que se debe contabilizar el término de tres días para que el notificado pudiese retirar las copias de los traslados, *“vencidos los cuales”* comenzó *“a correr el*

término” de veinte días de traslado de la demanda (art. 369 C.G.P.), y no desde la notificación personal contenida en las actas que milita a folio 273 del archivo 13, como lo pretende el recurrente, puesto que dicha acta fue suscrita el día 30 de septiembre de 2019, esto es, con posterioridad a la referida notificación por aviso que se efectuó con el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos previstos en la ley para el efecto.

Así las cosas, se confirmará el auto impugnado, toda vez que desde la fecha en la que la Sociedad Desarrollo Cinco estrellas quedó notificada del proceso que se seguía contra ella (19 de septiembre de 2019), la misma podía retirar las copias de los traslados durante los días 20, 23 y 24 del mismo mes y año, vencidos los cuales tuvo la oportunidad de contestar la demanda y de proponer excepciones hasta el día 25 de octubre de 2019, teniendo en cuenta el cierre del edificio con ocasión a las Asambleas Permanente lo cual ocurrió los días 2 y 3 de octubre de la misma calenda, lo que lleva a concluir, que la presentación de la contestación y medios defensivos se realizó de manera extemporánea pues acaeció hasta el día 31 de octubre de 2019, data para la cual ya había fenecido dicho término.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR el proveído apelado de fecha y origen preanotado, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: Oportunamente devuélvase las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Liana A. Lizarazo
LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **ed68eee8c3e364737501b4d0d57fadd58bf558459dbd2ee11044b1d557feb9f**

Documento generado en 03/05/2021 04:02:43 PM

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE	:	MEDICAL PRO&NFO SAS
DEMANDADO	:	LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS
RADICACIÓN	:	110013103039-2020-00303-01
DECISIÓN	:	REVOCA
FECHA	:	Tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por el procurador judicial de la entidad demandante contra el auto de 30 de octubre de 2020, mediante el cual el Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito de Bogotá denegó el mandamiento de pago solicitado en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES:

Por intermedio de apoderado judicial, la Sociedad Clínica Medical antes Medical PRO&NFO S.A.S. presentó demanda ejecutiva contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros con el fin de obtener de esta, el pago de Cuatrocientas Setenta y Tres **(473)** facturas emitidas con ocasión a la prestación de servicios médicos a pacientes afiliados a la entidad demandada, las cuales ascienden a

la suma de \$267.899.787 y un valor de \$95.785.607 por concepto de intereses, para un total de \$363.685.394.

Mediante auto del 30 de octubre de 2020 el Juzgado de conocimiento negó la ejecución de las facturas, decisión contra la cual la parte actora interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL AUTO APELADO:

Para decidir, como lo hizo, el Juzgado negó el mandamiento por cuanto *“En efecto, el artículo 774 del C. de Co., sobre el particular refiere: “Requisitos de la factura. La factura deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente código y 617 del estatuto tributario nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes: (...)*

2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.” Y más adelante agrega: “No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo...”

ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE:

La parte actora replicó lo sostenido por el a quo aduciendo que las facturas proferidas por la prestación de un servicio de salud, no escapa al sistema de seguridad social por ello no puede simplemente ser definida y encuadradas bajo la normatividad del Código de Comercio.

Luego de señalar pronunciamientos del Alto tribunal, resaltó un aparte jurisprudencial que señala “*las omisiones de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en los artículos 621 del código de comercio y 617 del estatuto tributario no afectara la calidad de título valor de las facturas*”, lo anterior según se desprende del artículo 3° de la ley 1231 del 2008 que modificó el artículo 774 del estatuto mercantil.

Agregó que las facturas se encuentran debidamente suscritas por el emisor y la clara señal de recibida por parte de la Previsora S.A. Compañía de Seguros, pues se desprende del sello de radicación como se logra visualizar en el cuerpo de cada una de ellas.

(...) transcurrido el tiempo considerado por Ley para que el comprador acepte o rechace la factura y este no lo hace, guarda silencio, se considerará aceptada con todas las implicaciones legales que ello implica, convirtiendo a esta en título valor negociable y por supuesto ejecutable. (...)”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Por sabido se tiene que, para la viabilidad del mandamiento de pago, dada la naturaleza del proceso ejecutivo, en el que su objeto es la satisfacción de un derecho que, aunque en principio no es controvertido, el mismo debe estar contenido en un documento que satisfaga las exigencias que de manera general establece el artículo 422 del Código General del Proceso.

Ahora bien, en lo tocante a la objeción presentada por el apelante relativa a que el a quo debido estudiar las facturas allegadas con la normatividad que regula el Sistema de Seguridad Social, al

tratarse de prestación de servicios de salud, el Despacho considera que le asiste razón al recurrente.

En efecto, el reparo deprecado por el demandante cuenta con pleno sustento normativo en las diversas reglas que regulan la factura expedida por la prestación de servicios de salud. Tratándose del cobro de una I.P.S. por la prestación de servicios de salud a los afiliados de una EPS, existe una regulación especial que debe cumplirse, según lo determina el artículo 13 (literal d) de la Ley 1122 de 2007 y el artículo 21 del Decreto 4747 de 2007.

Es por ello que, en estos casos, debe recurrirse a las normas de la seguridad social que regulan la materia, en relación con las cuales se ha reconocido que *“establece[n] requisitos totalmente ajenos al estatuto comercial que se ocupan de los anexos, términos de presentación, glosas y condiciones de pago, todos vinculados a la dinámica auténtica del SGSSS”*, premisa que dio lugar a que se apuntara *“que la factura de que trata la regulación en salud, esta despojada de cualquier mérito ejecutivo como título valor, al igual que como título ejecutivo si se le considera de manera aislada de los condicionamientos legales especiales del sector ya referenciados”*¹

Todo lo anterior traduce que, en tratándose de facturas de cobro por la prestación de servicios de salud entre una I.P.S. y una E.P.S., existen una serie de condiciones que deben agotarse entre ellos para que luego se proceda al pago, aspectos ajenos a las características propias de la factura cambiaria regulada netamente por la normatividad del derecho comercial.

¹ Salvamento de voto de la totalidad de los Magistrados de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia respecto de la decisión de Sala Plena de 23 de marzo de 2017 (APL2642-2017), en la que se dirimió el conflicto de competencia identificado con Rad. No. 110010230000201600178-00.

No se trata de una doctrina aislada, sino que aquella fue acogida en sede de tutela por la Corte Suprema de Justicia, que en relación con el cobro ejecutivo de dichos documentos, ha explicado que *“las normas comerciales deben interpretarse, armónicamente, con las regulaciones especiales impuestas por el ordenamiento jurídico”*², lo que de suyo supone que el estudio en estos casos no se limita a las reglas que regulan los títulos valores en la legislación mercantil, como erradamente lo hizo el juez de instancia quien fundamentó su decisión en el incumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 617 del Estatuto Tributario.

Por el contrario, las facturas por la prestación de servicios de salud están sometidas a una extensa regulación legal y administrativa para su cobro, dado que necesariamente se ven sujetas a agotar plazos para el trámite de objeciones, glosas y el cumplimiento de una serie de requisitos reglamentados por el Ministerio de Protección Social, de allí que no puedan reputarse estrictamente como títulos valores ya que hay aspectos diferentes que desbordan el ámbito de la ley mercantil que regula esos instrumentos cambiarios.

En efecto, del mencionado artículo 13 (literal d) de la Ley 1122 de 2007 se colige que el legislador reconoció al Ministerio de la Protección Social (hoy Ministerio de Salud y Protección Social), la potestad de expedir la reglamentación en punto de la forma y los tiempos de presentación, recepción, remisión y revisión de facturas, glosas y respuesta a las glosas y pagos e intereses de mora.

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de Tutela 10 de febrero de 2020. No. STC1098 de 2020. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

A su vez, de la lectura de los artículos 21 y 22 del Decreto 4747 de 2007, se colige que también se encargó a dicho Ministerio para que regulara todo lo relacionado con las glosas, devoluciones, respuestas y pago de las facturas que una I.P.S. le presenta a una E.P.S. para que ésta le pague a aquélla en razón a la prestación de servicios de salud.

Colofón de lo reseñado, se revocará la decisión adoptada por el juez de instancia en el auto eje de discusión, a fin de que realice el estudio de la documental allegada al plenario a la luz de la normatividad que regula las facturas de prestación de servicios de salud de conformidad a lo señalado en el presente proveído.

RESUELVE: PRIMERO: Revocar el proveído apelado de fecha y origen preanotados, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: Ordenar al Juzgado Treinta y Nueve Civil del Circuito, proceda a estudiar la documental adosada al expediente, a la luz de la normatividad que regula el Sistema de Seguridad Social, en tratándose de facturas emitidas por la prestación de servicios de salud.

TERCERO: Oportunamente devuélvase las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,


LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada

Firmado Por:

**LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.**

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

Código de verificación: **e08350f41eb669910f79bdf6b2044d603eaa198f467d7ce39cd1dc993b3e07ca**

Documento generado en 03/05/2021 04:31:34 PM

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., tres de mayo de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 31 03 042 2017 **00365** 01

Proceso: Verbal, Fernando Arévalo Fandiño Mejía y Otro Vs. Colsanitas S.A. y Otros.

De conformidad con lo establecido en el Decreto 806 de 2020, se **DECLARA DESIERTO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021 por el Juzgado 42 Civil del Circuito, pues no se allegó escrito alguno para esos efectos durante el traslado otorgado conforme a dicha normatividad.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 31 03 042 2017 00365 01

Firmado Por:

**GERMAN VALENZUELA VALBUENA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 019 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: **ddfabe462da8c145dceb7e3024900a647aeeb3b28818b711ff3887079a4c4d95**

Documento generado en 03/05/2021 05:34:16 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Asunto: Recurso de anulación.
Radicación: 11001 22 03 000 2020 01137 00
Laudo recurrido: El proferido dentro del proceso arbitral promovido por Cell Net de Occidente S.A. en contra de Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN.**

[Discutido y aprobado en Salas de Decisión de 7 y 21 de abril de 2021 Actas 13 y 15]

Se resuelve el recurso de anulación interpuesto por Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., contra el laudo proferido el 3 de febrero de 2020 por los árbitros Carlos Mayorca Escobar, Marcela Castro Ruiz y Gilberto Alzáte Ronga, corregido y aclarado el día once (11) siguiente.

I. ANTECEDENTES:

1. Cell Net de Occidente S.A. (en adelante Cell Net) convocó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., a Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., (en adelante Comcel) con el fin de dirimir las controversias surgidas con ocasión del contrato No. 841 de 8 de septiembre de 1998.

2. La sociedad convocante esgrimió las siguientes pretensiones, según el texto de reforma de la demanda¹:

“A. PRETENSIONES RELATIVAS A LA EXISTENCIA DE LA RELACIÓN JURÍDICA PATRIMONIAL SUB IÚDICE

¹ Folios 261 y siguientes, cuaderno principal No. 2

1. PRIMERA: Declarar que entre LA CONVOCANTE y COMCEL existió la relación jurídica patrimonial sub iúdice, la cual se rigió por el contrato No. 841 de septiembre 8 de 1998.

2. SEGUNDA: Declarar que las cláusulas que integraron EL CONTRATO SUB IÚDICE fueron extendidas y dictadas por COMCEL, de tal manera que, respecto de LA Convocante, éste fue de adhesión.

B. PRETENSIONES RELATIVAS A LA NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO SUB IÚDICE

B.1. Aproximación Infra-Constitucional

3. TERCERA: Declarar que LA CONVOCANTE, como comerciante independiente y en virtud de la celebración y ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, asumió, por cuenta de COMCEL y a cambio de una remuneración, el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de COMCEL en la zona occidente del país.

4. CUARTA: Declarar que la cláusula cuarta, el inciso 5° de la cláusula décimo cuarta y el numeral 4° del Anexo F del CONTRATO SUB IÚDICE, así como las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio, o en las que éste se calificó como un atípico e innominado negocio de distribución, son estipulaciones contractuales antinómicas en relación con aquellas otras estipulaciones que incorporaron los elementos esenciales de un típico y nominado negocio de Agencia Comercial.

5. QUINTA: Declarar, (i) con fundamento en la interpretación hecha a favor del adherente, (ii) en atención a la manera como las partes ejecutaron el negocio, y (iii) en recta aplicación del principio del Contrato Realidad, que la antinomia a que se refiere la pretensión anterior se resuelve a favor de la calificación de EL CONTRATO SUB IÚDICE como un típico y nominado contrato de Agencia Comercial.

B.2. Aproximación Constitucional

6. SEXTA: Frente al problema jurídico relativo a la naturaleza jurídica de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron las controversias que fueron resueltas mediante las siguientes providencias judiciales: (i) MELTEC S.A. Vs COMCEL: Laudo del 4 de febrero de 2016. (ii) FASE COMUNICACIONES SAS Vs COMCEL: Laudo del 15 de julio de 2015. (iii) SIMTEC S.A. Vs COMCEL: Laudo del 20 de noviembre de 2014. (iv) ALJURE TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL: Laudo del 31 de enero de 2014. (v) CELLULAR PHONE EXPRES S.A. Vs COMCEL: Laudo de septiembre 6 de 2013. (vi) DISTRICEL S.A.S Vs COMCEL: Laudo de mayo 17 de 2013. (vii) LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL: Laudo del 15 de mayo de 2013. (viii) EVER GREEN S.A. Vs COMCEL: Laudo de noviembre 2 de 2012. (ix) MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de junio 21 de 2012. (x) K-CELULAR LTDA. Vs COMCEL: Laudo de octubre 26 de 2011. (xi) CTM S.A. Vs COMCEL: Laudo de agosto 18 de 2011. (xii) ANDINO CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de julio 27 de 2011. (xiii) ELECTROPHONE S.A. Vs COMCEL: Laudo de junio 15 de 2011. (xiv) GLOBALTRONICS DE COLOMBIA Vs COMCEL: Laudo de junio 9 de 2011. (xv) CONEXCEL S.A. Vs COMCEL: Laudo de mayo 9 de 2011. (xvi) CELCENTER LTDA Vs COMCEL: Laudo de agosto 13 de 2010. (xvii) COLCELL LTDA Vs COMCEL: Laudo de abril 30 de 2009. (xviii) CMV CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de enero 30 de 2009. (xix) AUTOS DEL CAMINO LTDA Vs COMCEL: Laudo de diciembre 16 de 2008. (xx) MOVTELL AMERICAS LTDA Vs COMCEL: Laudo de septiembre 30 de 2008. (xxi) PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL: Laudo de febrero 23 de 2007. (xxii) COMCELULARES F.M. LTDA Vs COMCEL: Laudo de diciembre 14 de 2006. (xxiii) CONCELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de diciembre 1° de 2006. (xxiv) CELCENTER LTDA Vs COMCEL: Laudo de agosto 15 de 2006. (xxv) LIVE MOVIL S.A.S. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Octubre de 2018 en el proceso 11001310301420110070501. (xxvi) EMLASA S.A. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Agosto de 2018 en el proceso 11001310304220080028804.

b) Declarar que en las veintiséis (26) providencias referidas en el literal anterior se decidió que los contratos extendidos por COMCEL, cuyos textos y maneras de ejecución corresponden con el texto y la manera de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fueron típicos y nominados contratos de Agencia Comercial regulados en los Arts. 1317 y ss del CCO.

c) Declarar que la susodicha regla jurisprudencial ha permanecido consistente y uniforme.

7. SÉPTIMA: Declarar, con fundamento en el principio de confianza legítima y en el derecho fundamental a la igualdad formal que le asiste a LA CONVOCANTE, y a partir de la doctrina constitucional inmersa en las sentencias C-836 de 2001 (doctrina probable), T-158 de 2006, T-766 de 2008 y T-443 de 2010 de la H. Corte Constitucional, que la decisión sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE debe ser resuelta de conformidad con los antecedentes judiciales referidos en la pretensión anterior.

B:3. Pretensión Concluyente

8. OCTAVA: Declarar que entre COMCEL como agenciado, y LA CONVOCANTE como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídica patrimonial típica y nominada de Agencia Comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

C. PRETENSIONES RELATIVAS A LA POSICIÓN DE DOMINIO CONTRACTUAL DE COMCEL Y A LA INOPERANCIA DE CIERTAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

9. NOVENA: Se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que en la relación jurídica patrimonial sub iúdice se pactó la prohibición para LA CONVOCANTE de promover o explotar servicios competitivos de COMCEL.

b) Declarar que la plenitud de ingresos operacionales de LA CONVOCANTE provenía de la ejecución del encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL y dependía, entonces, de la vigencia de la relación jurídica patrimonial sub iúdice.

c) Declarar que durante la ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, COMCEL a través de las denominadas circulares y cartas de comisiones, extendió reglas contractuales e impartió instrucciones que le fueron impuestas de manera uniforme a toda su red de agentes/distribuidores, red de la cual hizo parte LA CONVOCANTE.

d) Declarar que LA CONVOCANTE no tuvo la facultad de proponer modificaciones, negociar o cambiar los clausulados ni las condiciones que COMCEL le impuso.

e) Declarar, en consecuencia, que COMCEL tuvo una posición de dominio contractual frente a LA CONVOCANTE.

10. DÉCIMA: Declarar que COMCEL, en ejercicio de su posición de dominio contractual, extendió y le impuso a LA CONVOCANTE las siguientes disposiciones contractuales:

a. Cláusula 4 del CONTRATO SUB IÚDICE: “El presente contrato es de distribución. Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, ... ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen.”.

b. Cláusula 5.1. del CONTRATO SUB IÚDICE: “5.1 La Vigencia Inicial de este Contrato comenzará en la fecha escrita al comienzo de este contrato de distribución y continuará con plena vigencia y efecto durante doce (12) meses, sujeto a terminación anticipada según se estipula en la Cláusula 15 de este Contrato de Distribución. De allí en adelante, este Contrato será renovado automáticamente, pero únicamente continuará vigente por periodos mensuales, ...”

c. Cláusulas 5.3. del CONTRATO SUB IÚDICE: “EL DISTRIBUIDOR acepta y reconoce expresamente que al vencimiento de la Vigencia inicial de este Contrato, o de sus renovaciones automáticas por periodos mensuales, o de su renovación expresa, o al momento de la terminación por cualquier causa de este

Contrato, inmediatamente dejarán de causarse créditos, prestaciones, compensaciones, retribuciones, contribuciones o pagos, de cualquier naturaleza y por cualquier causa, a favor de EL DISTRIBUIDOR,”

d. Cláusula 14, incisos 3° y 5° del CONTRATO SUB IÚDICE: “(inciso 3°) ... sin que EL DISTRIBUIDOR ni sus subdistribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncia expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación en favor de COMCEL por designarlo distribuidor.”

“(Inciso 5°) Por consiguiente, aun cuando las partes expresamente han excluido relación de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en este tipo contractual, o también en el caso en que COMCEL deba reconocerle cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago del aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR-COMCEL y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a COMCEL o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibido por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuera inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante. Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo tanto, puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo sin requerimiento (sic) o reconvencción alguno (sic) al que se renuncia expresamente.”

e. Cláusula 16.2, inciso 2°, del CONTRATO SUB IÚDICE: “..., por lo que ni EL DISTRIBUIDOR ni terceros puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación en favor de COMCEL por designarlo distribuidor.”

f. Cláusula 16.4 del CONTRATO SUB IÚDICE: “COMCEL no será responsable para con EL DISTRIBUIDOR ni para con sus centros o puntos de venta, canales de distribución o subdistribución ni para con sus clientes, por concepto de costos, reclamos, daños y perjuicios o gastos de ninguna clase, incluyendo, entre otras, la pérdida de utilidades (lucro cesante) como resultado de la terminación o expiración de este Contrato.”

g. Cláusula 16.5 del CONTRATO SUB IÚDICE: “... y, si no se recibiere observación ninguna dentro de los tres (3) días siguientes a su envío, caducará el derecho de cualesquiera reclamación u observación y, será firme y definitiva.”

h. Cláusula 30, inciso 2° del CONTRATO SUB IÚDICE: “... y, si no recibiere observación alguna dentro de los diez (10) días posteriores, caducará el derecho de EL DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo y, será firme y definitiva.”

i. Cláusula 30, inciso 3° del CONTRATO SUB IÚDICE: “Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera (sic) sea su naturaleza.”

j. Anexo A, numeral 6° del CONTRATO SUB IÚDICE: “Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera (sic) sea su naturaleza.”

k. Anexo C, numerales 5° y 6° del CONTRATO SUB IÚDICE: (Numeral 5°) “Sin embargo, los dineros que sean pagados provenientes del fondo del Plan CO-OP se imputarán en su totalidad, a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle COMCEL a EL DISTRIBUIDOR a la terminación del contrato de distribución.” (Numeral 6°) “... El Distribuidor renuncia a los perjuicios que eventualmente puedan causársele con la modificación o terminación unilaterales del Plan CO-OP.”

l. Anexo F, numeral 4° del CONTRATO SUB IÚDICE: “Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiera haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se entiende celebran transacción. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.324 del C. de Co.”

m. El siguiente texto que se replica en las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” que COMCEL extendió en desarrollo del inciso 2° de la Cláusula 30 y del Anexo F del CONTRATO SUB IÚDICE: “EL DISTRIBUIDOR expresamente acepta que dentro de los valores recibidos durante la ejecución del contrato de Distribución de Voz se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y canceló anticipadamente todo pago, prestación, indemnización, bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A., como consecuencia del contrato de distribución mencionado o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, del que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil”.

11. UNDÉCIMA: *Se le solicita al H. Tribunal:*

a) Declarar que las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión anterior tuvieron por efecto, (i) la elusión, minimización y/o exclusión, en perjuicio de LA CONVOCANTE, de las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de Agencia Comercial que se hicieron exigibles a partir de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, y/o (ii) la exclusión de la responsabilidad civil de COMCEL que se le imputa en el presente proceso.

b) Declarar, en consecuencia, que las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión anterior son cláusulas leoninas que COMCEL invoca abusivamente con el fin de eludir, minimizar y/o excluir las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de Agencia Comercial que se hicieron exigibles a partir de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

c) Declarar, con fundamento en la doctrina probable inmersa en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, que toda estipulación celebrada en un momento anterior a la terminación de CONTRATO SUB IÚDICE que, directa o indirectamente, parcial o completamente, implique una renuncia de la Prestación Mercantil, es ineficaz.

12. DUODÉCIMA: *Con fundamento en el Art. 95-1 de la Constitución Política, Arts. 6°, 1522, 1519, 1524, 1603, 1741 del CC, Arts. 830, 871 y 899 del CCO, y las demás normas concordantes, y a partir de la doctrina inmersa en las sentencias dictadas (i) el 19 de octubre de 2011 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namén Vargas, expediente: 11001-3103-032-2001-00847-01, y (ii) el 9 de noviembre de 2017 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, se solicita declarar la INOPERANCIA (por ineficacia en sentido amplio, por nulidad absoluta o por ineficacia en sentido estricto) de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión décima principal.*

D. PRETENSIONES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN MERCANTIL DEL INCISO 1° DEL ART. 1324 CCO, A LA CARTERA VENCIDA Y A LOS VALORES RETENIDOS POR LA CONVOCANTE

13. DÉCIMA TERCERA: *Declarar, con fundamento en el inciso 1° del Artículo 1324 CCO, que LA CONVOCANTE, al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, tenía derecho a que COMCEL le pagara, a título de Prestación Mercantil, una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades causadas durante los tres últimos años de su ejecución, por cada uno de vigencia de la relación jurídica patrimonial.*

14. DÉCIMA CUARTA: Declarar que COMCEL incumplió la obligación de pagarle a LA CONVOCANTE la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO que nació y se hizo exigible al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

15. DÉCIMA QUINTA: Se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar, con fundamento en la cláusula 31 del CONTRATO SUB IÚDICE, que la cartera que la CONVOCANTE le debía a COMCEL debía ser pagada dentro de los quince (15) días siguientes a la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, es decir, con posterioridad al momento en que se hizo exigible la prestación mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO.

b) Declarar, con fundamento en el Artículo 1609 CC, que LA CONVOCANTE no está en mora de pagarle a COMCEL la susodicha cartera, mientras COMCEL no le pague por su parte la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO, de tal manera que sobre esta cartera no se han causado ni se causarán intereses moratorios.

c) Declarar, con fundamento en el Artículo 1326 CCO, que LA CONVOCANTE tiene el derecho de retención y privilegio sobre los bienes y valores de COMCEL que se hallaban en su poder o a su disposición al momento de la terminación DEL CONTRATO SUB IÚDICE, y que tal derecho se ha ejercido y se podrá ejercer válidamente hasta que COMCEL cancele la Prestación Mercantil y las demás indemnizaciones a que tiene derecho LA CONVOCANTE.

d) Declarar que el referido derecho de retención faculta a LA CONVOCANTE a retardar la entrega de los valores retenidos, de tal manera que en virtud de esta autorización legal de retardo, sobre dichos valores retenidos no se causan intereses moratorios.

e) Declarar, con fundamento en los artículos 1326 CCO y 310 CGP, que COMCEL solo podrá solicitar la entrega de los valores retenidos por LA CONVOCANTE cuando presente el comprobante de haber pagado el valor completo de las condenas impuestas en el laudo arbitral con el que se le pondrá fin al presente proceso.

16. DÉCIMA SEXTA: Para efectos del cálculo de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO, se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que la relación jurídica patrimonial sub iudice se constituyó el martes 8 de septiembre de 1998 y terminó el jueves 8 de marzo de 2018, de tal manera que estuvo vigente durante 19.5 años.

b) Declarar, con fundamento en la doctrina probable inmersa en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, que los dineros que se deben incluir en la fórmula de cálculo de la Prestación Mercantil por concepto de comisiones corresponden con el ingreso operacional (v. gr. el importe bruto, no el neto) causado a favor de LA CONVOCANTE.

c) Respecto de las comisiones que son insumo para calcular la Prestación Mercantil, se solicita declarar que las comisiones que se deben promediar son las comisiones que COMCEL efectivamente liquidó y le pagó a LA CONVOCANTE, y también aquellas otras que se causaron a favor de LA CONVOCANTE y que COMCEL, en incumplimiento de sus obligaciones contractuales o en franco abuso de su posición de dominio contractual y de sus derechos, no le liquidó ni tampoco le pagó.

d) Respecto de las comisiones que COMCEL liquidó y le pagó a LA CONVOCANTE, se solicita declarar que las comisiones que se deben promediar para calcular la Prestación Mercantil son aquellas que COMCEL registró en su contabilidad como gastos operacionales en la subcuenta 529505 y como cuentas por pagar en la subcuenta 233520.

e) Declarar, con fundamento en la exposición de motivos del Código de Comercio (Art. 27 CC), que los márgenes de utilidad (v. gr. la diferencia en precio entre el facturado a LA CONVOCANTE por COMCEL y el facturado al cliente final por LA CONVOCANTE) que LA CONVOCANTE obtuvo con la promoción y explotación del negocio de COMCEL en planes prepago (v. gr. Kits Prepago, Sim Cards y

Recargas), al ser éstos una de las formas de remuneración que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial, son márgenes de utilidad que se deben incluir en la fórmula de cálculo de la Prestación Mercantil.

17. DÉCIMA SÉPTIMA: CONDENAR a COMCEL S.A. a pagarle a LA CONVOCANTE, a título de Prestación Mercantil, la suma de NUEVE MIL VEINTICINCO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$9.025.347.469), o aquella otra que resulte probada en este proceso.

18. DÉCIMA OCTAVA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA CONVOCANTE los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, los cuales se calcularán a partir de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, momento en el cual venció el plazo legalmente estipulado que tenía COMCEL para cumplir con su obligación, v. gr. a partir de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

18.1. SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA OCTAVA: Si el H. Tribunal rechaza la pretensión principal que antecede, en subsidio se le solicita: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA CONVOCANTE los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

E. PRETENSIONES RELATIVAS A LA INEXISTENCIA DE PAGOS ANTICIPADOS DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL

19. DÉCIMA NOVENA: Se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que COMCEL, en el año 2007, le impartió la instrucción a LA CONVOCANTE de dividir en adelante su facturación en dos, una que representara el 80% de las comisiones liquidadas y otra que representara el 20% restante.

b) Declarar que COMCEL condicionó el pago de las facturas al cumplimiento de la susodicha instrucción.

c) Declarar que esta división en la facturación no significó un incremento del 20% en la remuneración que contractualmente venía recibiendo LA CONVOCANTE.

d) Declarar que esta división en la facturación no desnaturalizó la remuneración que contractualmente venía recibiendo LA CONVOCANTE y que recibió en adelante, pues en todos los casos se trató del pago de típicas comisiones.

20. VIGÉSIMA: Se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que entre el 1° de enero de 2007 y el 31 de diciembre de 2014, la contabilidad de COMCEL se rigió por los decretos 2649 de 1993 y 2650 de 1993.

b) Declarar que COMCEL, entre el 1° de enero de 2015 y el 31 de julio de 2015, continuó aplicando el Plan Único de Cuentas (PUC) del decreto 2650 de 1993.

c) Declarar que durante el tiempo que COMCEL aplicó el Plan Único de Cuentas (PUC) del decreto 2650 de 1993, aquella, al momento de liquidar las comisiones que le reconoció a LA CONVOCANTE, afectó en su contabilidad la subcuenta del PUC número 260510, que corresponde a “Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones/Para Costos y Gastos/COMISIONES” y, en contrapartida, afectó la subcuenta del PUC número 529505 que corresponde a “Gastos/ Operacionales de Venta/Diversos/COMISIONES”.

d) Declarar que durante el tiempo que COMCEL aplicó el Plan Único de cuentas del decreto 2650 de 1993, aquella, una vez LA CONVOCANTE le presentaba las respectivas facturas, cancelaba las provisiones hechas en la subcuenta 260510 y, en contrapartida, creaba una cuenta por pagar en la subcuenta 233520 que corresponde a “Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES”.

e) Declarar que a partir del momento en que COMCEL le impartió a LA CONVOCANTE la instrucción de dividir en dos su facturación (80-20), los registros contables a que se refieren los literales c) y d) anteriores se hicieron por igual, tanto para la porción del 80% de los montos liquidados y facturados por LA CONVOCANTE, como para el 20% restante.

f) Declarar, a partir de los libros de contabilidad de COMCEL y de LA CONVOCANTE, y con fundamento en el inciso 6° del Artículo 264 CGP, que los dineros que COMCEL le liquidó y le pagó a LA CONVOCANTE durante y con ocasión de la ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iudice, fueron a título de COMISIONES remuneratorias propiamente dichas.

21. VIGÉSIMA PRIMERA: Respecto de las auxiliares que COMCEL creó a partir del sexto dígito en las subcuentas del PUC 260510 y 529505, y que COMCEL motu proprio denominó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones", se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que en las subcuentas del PUC 260510 y 529505 no se registran hechos económicos relacionados con la prestación mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO, como tampoco en las auxiliares que pertenezcan a ellas.

b) Declarar que en las subcuentas del PUC 260510 y 529505 no se registran hechos económicos relacionados con indemnizaciones, como tampoco en las auxiliares que pertenezcan a ellas.

c) Declarar que en las subcuentas del PUC 260510 y 529505 no se registran pagos anticipados, como tampoco en las auxiliares que pertenezcan a ellas.

d) Declarar que en las subcuentas del PUC 260510 y 529505, como también en las auxiliares que pertenezcan a ellas, únicamente se registran hechos económicos relacionados con COMISIONES.

e) Declarar, en consecuencia, que las denominaciones que COMCEL le asignó a las susodichas cuentas auxiliares inducen a error en cuanto a la realidad de los hechos económicos que en ellas se registraron.

22. VIGÉSIMA SEGUNDA: Se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que COMCEL, al momento de cancelar las facturas del 20% que tenían la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", pagó el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a una tasa del 16% (19% a partir del 1° de enero de 2017) y practicó retenciones en la fuente a una tasa del 11%.

b) Declarar que la Prestación Mercantil a que se refiere el inciso 1° del Art. 1324 CCO no tipifica un hecho generador del impuesto del IVA, y la misma corresponde con "otro ingreso tributario" cuya retención en la fuente se debe practicar a una tasa menor (del 2.5%) que la que se aplica cuando se pagan comisiones propiamente dichas.

c) Declarar que COMCEL, al momento de pagar las facturas que tenían la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", causó IVA y practicó retenciones en condiciones tributarias que son propias del pago de comisiones y no de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO.

23. VIGÉSIMA TERCERA: Se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar, con fundamento en el Art. 1552 CC, que los pagos anticipados que se realicen por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO, al estar dicha prestación sujeta a un plazo que tiene el valor de una condición (v. gr. la terminación del contrato de agencia comercial), están sujetos a restitución, de tal manera que si COMCEL los hubiera hecho, los mismos constarían en los ACTIVOS de COMCEL y en los PASIVOS de LA CONVOCANTE.

b) Declarar que en los ACTIVOS de COMCEL no hay registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados hechos a favor de LA CONVOCANTE por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO.

c) Declarar que en los PASIVOS de LA CONVOCANTE no hay registro alguno que dé cuenta de pagos anticipados recibidos por parte de COMCEL por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO.

d) Declarar que en la contabilidad de COMCEL no se ha registrado cuenta por pagar alguna a favor de LA CONVOCANTE a título de la de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324 CCO.

e) Declarar que COMCEL, incluso, rechazó la factura que LA CONVOCANTE le envió al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Artículo 1324, rechazo que fundamentó porque “no corresponde a valores adeudados de acuerdo a la naturaleza del Contrato de Distribución suscrito entre las partes.”

24. VIGÉSIMA CUARTA: Si el H. Tribunal niega la inoperancia del inciso 3° de la Cláusula 30 y el numeral 6° del Anexo A del CONTRATO SUB IÚDICE de que tratan las Pretensiones 10ª a 12ª, en subsidio se le solicita:

a) Declarar que el inciso 3° de la Cláusula 30 y el numeral 6° del Anexo A del CONTRATO SUB IÚDICE, tenían por efecto consecuencias antinómicas frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordó la remuneración a favor de LA CONVOCANTE, por cuanto en estas últimas se pactó que LA CONVOCANTE recibiría unos ingresos que se imputarían ciento por ciento al pago de su remuneración contractual, y en las primeras se pactó que el 20% de los dineros que COMCEL le pagara a LA CONVOCANTE, dejaban de ser a título de remuneración para trocarse en un pago anticipado de toda indemnización, prestación o bonificación que se pudiera causar a la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

b) Declarar que la antinomia a que se refiere el literal a) anterior, se resuelve a favor de LA CONVOCANTE como adherente y en contra de COMCEL como predisponente de los textos contractuales, de tal manera que en la relación jurídica patrimonial sub iúdice, realmente, no se estipuló ni se realizó pago anticipado alguno a título de la Prestación Mercantil del inciso 1° del artículo 1324 CCO.

25. VIGÉSIMA QUINTA: Como consecuencia de las declaraciones que se dicten a partir de las pretensiones Décima Novena a Vigésima Cuarta del presente acápite, se le solicita al H. Tribunal declarar, con fundamento en el inciso 6° del Artículo y 264 CGP, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes (Art. 1622-3 CC), que COMCEL, durante la ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, nunca le pagó a LA CONVOCANTE, de manera anticipada, parte de la Prestación Mercantil del inciso 1° del Art. 1324 CCO.

F. PRETENSIONES RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS Y ABUSOS IMPUTABLES A COMCEL

26. VIGÉSIMA SEXTA: En cuanto a la denominada comisión por residual, se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que LA CONVOCANTE tenía derecho a devengar una comisión por residual equivalente al tres por ciento (3%) de los consumos realizados por los suscriptores de planes postpago activados por ella.

b) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, redujo el porcentaje a partir del cual se calculó la comisión por residual.

c) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, estableció que la comisión por residual únicamente se empezaría a causar a partir del tercer mes de cada activación.

d) Declarar que el reajuste en el susodicho porcentaje y la exclusión de los tres primeros meses de causación, no aparejaron una reducción en las obligaciones a cargo de LA CONVOCANTE, ni tampoco significaron una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

e) Declarar que COMCEL, a partir de la terminación del vínculo negocial sub iúdice, cesó la liquidación y el pago de la comisión por residual a que tiene derecho LA CONVOCANTE, esto a pesar de que (i) tal

comisión remunerada la explotación de planes que fueron activados por LA CONVOCANTE durante la vigencia del CONTRATO SUB IÚDICE y (ii) de que COMCEL ha continuado percibiendo ingresos de los respectivos abonados gestionados por LA CONVOCANTE.

f) Declarar que COMCEL, al haber reducido unilateralmente el porcentaje establecido para calcular la comisión por residual, al haber excluido de su liquidación los tres primeros meses de causación y al haber cesado el pago de la comisión por residual en los términos del literal e) anterior, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE. Si el H. Tribunal rechaza la existencia de un incumplimiento contractual, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

27. VIGÉSIMA SÉPTIMA: En cuanto a las comisiones por permanencia en planes postpago, se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia a que tenía derecho LA CONVOCANTE.

b) Declarar que la eliminación de estas comisiones significó una merma en los ingresos de LA CONVOCANTE, afectación que no aparejó una reducción en las obligaciones a su cargo, ni tampoco significó una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

c) Declarar que COMCEL, al haber eliminado las comisiones por permanencia y buena venta, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE. Si el Tribunal rechaza la existencia de un incumplimiento contractual, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

28. VIGÉSIMA OCTAVA: En cuanto a la comisión por legalización de Kits Prepago, se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar, con fundamento en el numeral 9 del Anexo A del CONTRATO SUB IÚDICE, que LA CONVOCANTE tenía derecho a recibir por cada plan prepago (Kits Prepago, antes denominado Amigo Clave) comercializado, una comisión por activación de \$50.000 y una comisión por buena venta de \$70.000.

b) Declarar que COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE y hasta el 16 de junio de 2016, redujo unilateralmente la comisión por activación a \$12.500 y la comisión por buena venta a \$6.000.

c) Declarar que COMCEL, a partir del 17 de junio de 2016 y hasta la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, modificó unilateralmente la remuneración de LA CONVOCANTE en planes prepago, la cual pasó de una comisión fija de \$12.500 por Kit Prepago activado más una comisión por buena venta de \$6.000, a una comisión equivalente al 30% de las cargas de tiempo al aire que cada suscriptor realizara durante los primeros seis meses.

d) Declarar que los referidos cambios de condiciones, significaron una merma en los ingresos de LA CONVOCANTE, afectación que no aparejó una reducción en las obligaciones a su cargo, ni tampoco significó una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

e) Declarar que COMCEL, al haber reducido unilateralmente la comisión en planes prepago, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE. Si el Tribunal rechaza la existencia de un incumplimiento contractual, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

f) Declarar que COMCEL, al no haber incrementado el valor nominal de la comisión por legalización de Kits Prepago en armonía con el incremento porcentual del Índice de Precios al Consumidor (IPC), incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE. Si el Tribunal rechaza la existencia de un incumplimiento contractual, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

29. VIGÉSIMA NOVENA: En cuanto a los Centros de Pagos y Servicios (CPS), se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que COMCEL, durante más de una década, mantuvo en el mismo valor nominal la denominada comisión por transacción de recaudo en CPS sin importar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo por los efectos de la inflación.

b) Declarar que COMCEL, como consta en la circular 2017-GSDI01-S345350 de diciembre 26 de 2017, de manera unilateral e inconsulta implementó, a partir del 1° de enero de 2018, un esquema de reducción en las tarifas por transacción de recaudo la cual no tuvo aparejada una reducción en las obligaciones a su cargo, ni tampoco una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

c) Declarar que COMCEL obligó a LA CONVOCANTE a pagar los costos mensuales de las transportadoras de valores, los cuales: (i) Fueron costos que procedieron de contratos celebrados entre COMCEL y cada una de las respectivas transportadoras de valores, negocios en los cuales LA CONVOCANTE no fue parte y en los que tampoco se pactó una “promesa por otro” (Art. 1507 CC) que hubiese sido ratificada por LA CONVOCANTE. (ii) Fueron costos que se previeron para salvaguardar dineros y valores de propiedad de COMCEL, respecto de los cuales el deber de custodia a cargo de LA CONVOCANTE cesó desde el mismo momento en que le fueron entregados a las transportadoras de valores que COMCEL contrató. (iii) Fueron costos que le fueron facturados a COMCEL por parte de las transportadoras de valores, de tal manera que fue COMCEL la parte que pudo aportar los soportes requeridos para hacer los respectivos descuentos, tanto en su liquidación del impuesto de renta como en sus declaraciones del impuesto de IVA.

d) Declarar que COMCEL, al haber modificado el esquema de remuneración de las comisiones por recaudo, al haber mantenido su mismo valor nominal en el tiempo y al haberle trasladado abusivamente a LA CONVOCANTE el costo de las transportadoras de valores, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE. Si el Tribunal rechaza la existencia de estos incumplimientos contractuales, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

30. TRIGÉSIMA: Se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que COMCEL, sin la intermediación de LA DEMANDANTE y respecto de clientes que esta última gestionó en su territorio y vinculó a los servicios de telefonía móvil de COMCEL bajo la modalidad postpago, sobrepuso nuevos planes.

b) Declarar que la sobreposición de nuevos planes significó, ipso facto, que LA DEMANDANTE dejara de percibir la comisiones por residual.

c) Declarar, con fundamento en el Artículo 1322 CCO, que LA DEMANDANTE tiene derecho a percibir la comisión por residual proveniente de los clientes cuya vinculación inicial fue gestionada por ella.

30.1. SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA: Si el H. Tribunal rechaza la pretensión principal que antecede, en subsidio se le solicita: Declarar que COMCEL incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE porque no liquidó ni pagó la denominada comisión por residual teniendo en cuenta la plenitud de los pagos que, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, le hicieron a COMCEL los clientes postpago cuya vinculación a los Servicios de Telefonía Móvil Celular gestionó LA CONVOCANTE.

31. TRIGÉSIMA PRIMERA: En cuanto a la remuneración de LA CONVOCANTE por la promoción y comercialización de Sim Cards prepago, se le solicita al H. Tribunal:

a) Declarar que LA CONVOCANTE, por cada Sim Card que activó y comercializó, tenía derecho a percibir \$2.800 por cada una de las primeras seis recargas de tiempo al aire que el respectivo suscriptor realizara dentro de los 120 días siguientes al momento de su activación, para un total máximo de \$16.800 por Sim Card.

b) Declarar que COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, modificó las condiciones de liquidación y pago de las comisiones que LA CONVOCANTE percibió por la promoción y comercialización de Sim Cards prepago.

c) Declarar que COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, redujo el margen remuneratorio (descuento auto-liquidable) que LA CONVOCANTE obtuvo en la comercialización de Sim Cards prepago.

d) Declarar que los cambios en las condiciones remuneratorias de las Sim Cards prepago que fueron impuestos por COMCEL, tanto en las comisiones como en el margen remuneratorio (descuento), significaron una merma en los ingresos de LA CONVOCANTE, afectación que no aparejó una reducción en las obligaciones a su cargo, ni tampoco significó una reducción correlativa de sus gastos operacionales.

e) Declarar que COMCEL, al haber modificado las condiciones de liquidación y pago de las comisiones en Sim Cards, y al haber reducido el respectivo margen remuneratorio (descuento), incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE. Si el Tribunal rechaza la existencia de un incumplimiento contractual, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL.

32. TRIGÉSIMA SEGUNDA: Declarar que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA CONVOCANTE las comisiones que se causaron con las activaciones de planes postpago, las legalizaciones de planes prepago y las transacciones de recaudo que LA CONVOCANTE realizó durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE.

33. TRIGÉSIMA TERCERA: Con fundamento normativo en el inciso 2° de la cláusula 27 del CONTRATO SUB IÚDICE, y con fundamento fáctico en la posición de dominio contractual de COMCEL y la consecuente y aguda dependencia económica que tenía LA CONVOCANTE frente a ella, se le solicita al H. Tribunal declarar que la mera tolerancia de LA CONVOCANTE respecto de los incumplimientos y abusos imputables a COMCEL a que se refieren las pretensiones anteriores del presente título, no significó una modificación tácita del CONTRATO SUB IÚDICE ni tampoco una renuncia de sus derechos.

G. PRETENSIONES RELATIVAS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO SUB IÚDICE

34. TRIGÉSIMA CUARTA: Se le solicita al Tribunal:

a) Declarar que LA CONVOCANTE, mediante la comunicación del 5 de febrero de 2018 y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminada la relación jurídica patrimonial sub iudice, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 8 de marzo de 2018.

b) A partir de las circunstancias que rodearon la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, y con fundamento en los Artículos 1324 y 1327 CCO, declarar que COMCEL es responsable de pagarle a LA CONVOCANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2° del Artículo 1324 CCO.

c) Declarar, asimismo, que COMCEL es civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA CONVOCANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables.

H. PRETENSIONES DE CONDENAS INDEMNIZATORIAS

35. TRIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA CONVOCANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2° del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA CONVOCANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con las comisiones que se causaron respecto de las activaciones de planes postpago, las legalizaciones de planes prepago y las transacciones de recaudo que LA CONVOCANTE realizó durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE.

c) *A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la comisión por residual que LA CONVOCANTE, durante los últimos cinco años de ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, dejó de percibir como consecuencia directa de la reducción del porcentaje para su cálculo y de la exclusión de los primeros tres meses de causación.*

d) *A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la comisión por legalización de Kits Prepago y la comisión por recaudo en CPS que LA CONVOCANTE habría percibido durante los últimos cinco años de ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, si COMCEL hubiera incrementado año tras años su valor nominal según la variación porcentual en los Índices de Precios al Consumidor (IPC).*

e) *A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la remuneración que en planes prepago LA CONVOCANTE dejó de percibir como consecuencia directa de las reducciones que COMCEL impuso unilateralmente en sus condiciones de cálculo.*

f) *A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la comisión por permanencia de planes postpago que LA CONVOCANTE dejó de percibir como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.*

g) *A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con los ingresos que LA CONVOCANTE dejó de percibir como consecuencia directa de los cambios en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones causadas con la comercialización de Sim Cards prepago.*

h) *A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la utilidad que LA CONVOCANTE dejó de percibir como consecuencia directa de la reducción en el margen remuneratorio (descuento) de las Sim Cards prepago.*

i) *A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la remuneración que LA CONVOCANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, tiene derecho a percibir con fundamento en el Artículo 1322 CCO.*

Subsidiaria al literal i): Si la indemnización a que se refiere el literal i) es rechazada, en subsidio se solicita: a título de lucro cesante, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde a la comisión por residual que, durante los últimos cinco años de ejecución de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, LA CONVOCANTE habría recibido si COMCEL hubiera aplicado el respectivo porcentaje sobre la plenitud de los pagos que le hicieron los clientes postpago cuya vinculación a los Servicios de Telefonía Móvil Celular gestionó LA CONVOCANTE.

j) *A título de daño indemnizable o, en subsidio, como compensación por el enriquecimiento sin justa causa de COMCEL, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con la comisión por residual que calculada sobre los consumos posteriores a la fecha de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, han hecho y harán los clientes que han permanecido vinculados con COMCEL en planes postpago que LA CONVOCANTE promovió y activó durante la vigencia del CONTRATO SUB IÚDICE.*

k) *A título de lucro cesante, la suma que resulte probada en el presente proceso arbitral que es compensatoria de las comisiones y utilidades que LA CONVOCANTE hubiera percibido con la normal ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE.*

l) *A título de daño emergente, la suma que resulte probada en el presente proceso arbitral y que es compensatoria de la pérdida de valor de la empresa de LA CONVOCANTE, pérdida que es consecuencia directa y previsible de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.*

m) *A título de daño indemnizable o, en subsidio, como compensación por el enriquecimiento sin justa causa de COMCEL, la suma que resulte probada en el presente proceso y que corresponde con los dineros que COMCEL le descontó a LA CONVOCANTE por concepto de transportadoras de valores.*

n) *A título de daño emergente, la suma que resulte probada en el presente proceso y que es compensatoria de las liquidaciones e indemnizaciones laborales que LA CONVOCANTE tuvo que pagar, y que son una consecuencia directa y previsible de la terminación de la relación jurídica patrimonial sub iúdice.*

36. TRIGÉSIMA SEXTA: *CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA CONVOCANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.*

I. PRETENSIONES RELATIVAS A LAS DENOMINADAS “ACTAS DE CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS”

37. TRIGÉSIMA SÉPTIMA: *Se le solicita al H. Tribunal:*

a) *Declarar que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA CONVOCANTE durante la ejecución de la relación jurídica negocial sub iúdice, no incorporaron acuerdos conciliatorios en los términos de la Ley 640.*

b) *Declarar que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA CONVOCANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción.*

c) *Declarar que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2° de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, “expresar de cada una de las partes”, y (ii) por efecto, el otorgar “un paz y salvo parcial”.*

d) *Declarar que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer “paz y salvos parciales”.*

37.1. SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SÉPTIMA: *Si el H. Tribunal considera que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” suscritas por las partes fueron verdaderos negocios de transacción, se le solicita, en subsidio: a) Declarar que tales transacciones se restringieron a controversias relativas a la liquidación y/o al pago de comisiones causadas con anterioridad a la fecha de corte de cada acta. b) Declarar, con fundamento en el artículo 2475 del CC y en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, que NO VALEN ni las renunciaciones ni las transacciones hechas sobre la Prestación Mercantil que regula el inciso 1° del Art. 1324 del CCO, por haber sido estas celebradas en fechas anteriores al momento en que tal prestación nació y se hizo exigible, v. gr. por haber sido celebradas con anterioridad a la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.*

J. PRETENSIONES FINALES

38. TRIGÉSIMA OCTAVA: *Declarar extinguidas todas las obligaciones que tenían por fuente a la relación jurídica patrimonial sub iúdice y a LA CONVOCANTE por deudora.*

39. TRIGÉSIMA NOVENA: *Declarar que LA CONVOCANTE, durante la vigencia del CONTRATO SUB IÚDICE, mantuvo ininterrumpidamente vigentes las pólizas de seguros que COMCEL predispuso en el texto contractual.*

40. CUADRAGÉSIMA: *Ordenarle a COMCEL que, a contra entrega de los bienes y valores retenidos por LA CONVOCANTE, cancele la hipoteca abierta constituida a su favor mediante las Escritura Pública 403 del 26 de febrero de 2009 de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá.*

41. CUADRAGÉSIMA PRIMERA: Ordenarle a COMCEL la destrucción de todo título valor suscrito por LA CONVOCANTE y/o por sus socios y/o administradores, con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente al CONTRATO SUB IÚDICE.

42. CUADRAGÉSIMA SEGUNDA: De conformidad con lo establecido en el Artículos 5° del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y en armonía con la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada por el apoderado de LA CONVOCANTE, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA CONVOCANTE, a título de agencias en derecho, entre el cinco por ciento (5%) y el quince por ciento (15%) de las condenas resultantes a favor de LA CONVOCANTE.

43. CUADRAGÉSIMA TERCERA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA CONVOCANTE las costas procesales, incluidos los honorarios del perito que realizó el dictamen pericial que LA CONVOCANTE aportó en el presente proceso”.

3. Tales pretensiones encuentran apoyo en los fundamentos fácticos que se compendian de la siguiente manera:

3.1. Comcel se constituyó mediante la escritura pública No. 588 de 14 de febrero de 1992, y es una compañía que se dedica a la prestación de servicios de telefonía móvil celular en el territorio de la República de Colombia, pero es “administrada por ciudadanos mexicanos para su controlante, la sociedad mexicana América Móvil S.A.B. de C.V.”, empresa esta que controla más del 99.4% de las utilidades líquidas generadas por aquélla; a “las utilidades líquidas después de impuestos que esta sociedad mexicana controla, no las han afectado las reformas tributarias que se han dado con posterioridad al año gravable 2010, todo esto a propósito del contrato de estabilidad jurídica suscrito el 6 de julio de 2010 entre COMCEL y el Gobierno Nacional; en virtud de este contrato, el régimen tributario de COMCEL que estaba vigente al momento de su firma, permanecerá sin modificaciones hasta el 3 de agosto de 2030”.

3.2. Con fundamento en el antiguo régimen de la Ley 37 de 1993, y con ocasión de la licitación pública No. 046 de 1993, el Ministerio de Comunicaciones, hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, celebró los contratos de Concesión Nos. 004, 005 y 006 de 28 de marzo de 1994 con Comcel S.A., Ocel S.A. y Celcaribe S.A., respectivamente, los cuales tuvieron por objeto conferir a los concesionarios la facultad para prestar el servicio de telefonía móvil celular en Colombia, en la red A de las áreas Oriental (Comcel), Occidental (Ocel) y Costa (Celcaribe), como servicio público de telecomunicaciones no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que parte del espectro radioeléctrico asignado al concesionario constituye su elemento principal, de conformidad con los artículos 14 del Decreto 1900 de 1990 y 1° de la Ley

37 de 1993, vigentes al momento de la celebración de los contratos.

3.3. Mediante la escritura pública No. 3799 de 21 de diciembre de 2004 se formalizaron los acuerdos de fusión por absorción celebrados entre Comcel (absorbente) y Ocel S.A. y Celcaribe S.A. (absorbidas). De este modo, Comcel asumió los derechos y obligaciones de estas.

3.4. El 8 de septiembre de 1998 se constituyó a la relación jurídica patrimonial entre las partes, con ocasión del contrato No. 841 de esa fecha, el cual se celebró inicialmente entre Ocel S.A. y Compañía Cell Net Tecnología Celular Ltda.; esta última sociedad le cedió a la convocante el contrato el 13 de noviembre de esa anualidad, cesión que fue aceptada por Ocel; el 2 de octubre de 1998 Comcel y Ocel suscribieron un acuerdo de administración, con efectos retroactivos al 1° de julio de esa anualidad, por lo que desde esa fecha y hasta que se formalizó la fusión entre las dos compañías, Comcel manejó los negocios de Ocel S.A.

3.5. En desarrollo del contrato la demandante, como parte de la red de agentes/distribuidores de Comcel y como comerciante independiente, asumió de manera estable, en los puntos autorizados de la zona prefijada, a cambio de una remuneración y actuando por cuenta de Comcel, el encargo de promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular (STMC), Kits Prepago, Sim Cards y Planes Prepago, que constituyen el negocio de esta última; el contrato se ejecutó de manera estable y permanente desde el 8 de septiembre de 1998 hasta el 8 de marzo de 2018.

3.6. Durante la vigencia del contrato, la convocante ejecutó, de manera estable y permanente, el encargo de promover y explotar el negocio de Comcel, lo cual desarrolló en el área occidental y, dentro de esta área, en los puntos (establecimientos), que le fueron expresamente autorizados por Comcel pero, dentro del área occidental, únicamente podía abrir establecimientos y puntos de venta en los locales que Comcel le autorizaba previamente; al momento de la terminación del contrato, la convocante venía ejecutando el encargo de promover y explotar el negocio de Comcel en puntos situados en Medellín, Caldas, Cali, Rionegro, Popayán y Santander de Quilichao (área oriental).

3.7. La convocante, durante y con ocasión de la ejecución del contrato, fue

remunerada por Comcel, quien implementó el sistema remuneratorio con los siguientes componentes: (i) comisiones, (ii) los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits prepago y Sim Cards), (iii) las notas de crédito y (iv) los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

3.8. Cell Net de Occidente S.A. le facturó a Comcel las comisiones que esta última, motu proprio, le liquidó. Por este motivo, los valores anuales que le pagó a título de comisiones constan en los certificados de retención en la fuente (RENTA) que aquella le emitió; Cell Net únicamente podía comercializar los equipos terminales y las Sim Cards atados al Servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) de Comcel, es decir, debidamente activados en su red celular; en materia de suministro de equipos terminales y las Sim Cards para ser comercializados en planes prepago, la convocante obtuvo un margen remuneratorio que correspondió con el descuento que Comcel le otorgó en cada factura emitida. El descuento otorgado es un descuento condicionado, el mismo constituyó un ingreso de la convocante. Este descuento constituye un margen remuneratorio.

3.9. Por imposibilidad jurídica, la convocante se vio privada de ofrecer y prestar el servicio público de telefonía móvil celular (STMC) y, por ende, no le fue posible promocionar y comercializar por su cuenta dicho servicio; los efectos económicos asociados a la ejecución del contrato, tanto positivos como negativos, se reflejaron, principalmente, en el patrimonio de Comcel; fue la convocada la que estableció las tarifas que la convocante debía ofrecer al público, y fue esta quien quedó contractualmente vinculada con los abonados y suscriptores que Cell Net gestionó bajo su encargo, percibiendo, además, los dineros que aquellos pagaron en contraprestación por los productos y servicios de telecomunicaciones contratados; en contraste, la convocante, durante y con ocasión de la ejecución del contrato, únicamente percibió la remuneración (comisiones) y los márgenes remuneratorios establecidos por Comcel.

3.10. La convocada asumió directamente los riesgos de liquidez, fluctuación en las tasas de interés y de cambio, como de crédito (cartera) asociados con la promoción, comercialización y operación de los servicios de telefonía móvil celular. Así mismo, corrió con las contingencias derivadas de las operaciones relativas al buen funcionamiento de su red celular y de aquellas asociadas al correcto funcionamiento de

los equipos terminales que le entregaba a los abonados o suscriptores, como también asumió el riesgo del mercado por la competencia y las medidas regulatorias.

3.11. La clientela que la convocante gestionó le pertenece a Comcel, lo que muestra que el contrato No. 841 es un típico agenciamiento comercial, regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

3.12. Cell Net de Occidente S.A. organizó una empresa con el único propósito de ejecutar el contrato en el cual se pactó una exclusividad absoluta a favor de Comcel, al punto que luego de la terminación de la relación contractual se clausuró la empresa de Cell Net y cesó la generación de ingresos operacionales.

3.13. Durante la ejecución del contrato Comcel extendió reglas contractuales e impartió instrucciones que le fueron impuestas de manera uniforme a toda su red de agentes comerciales, red de la cual hizo parte la convocante. Así, a través de las denominadas "*Cartas de comisiones*" fijó las condiciones de remuneración de los miembros de su red de agentes/distribuidores y estableció las condiciones de comercialización de los diferentes planes pospago y prepago que se ofrecieron al público; y mediante las denominadas "*Circulares*" impuso lineamientos y promulgó promociones que debían ser implementadas por toda la red.

3.14. Esencialmente, la totalidad de la actividad empresarial de la convocante se concentró en la atención de la relación jurídica con Comcel, al punto que la propia razón de ser o de existir de Cell Net se llegó a confundir con la ejecución del negocio jurídico trabado con aquella, generándose de este modo una dependencia de naturaleza económica particularmente aguda.

3.15. Comcel, como predisponente del contrato, denominó la relación jurídica patrimonial como un atípico negocio de distribución, excluyó a la agencia comercial como calificación del contrato, impuso cláusulas de renuncia a las prestaciones e indemnizaciones; además, aplicó disposiciones de indemnidad a su favor, y estipulaciones que simulan el pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones y un débito de la convocante que está llamado a compensarse con la prestación mercantil. De la misma forma, impuso cláusulas que impiden el derecho de retención por parte de Cell Net, y documentos bajo el título de actas de conciliación, transacción y

compensación, los cuales no incorporaron mecanismos alternativos para la resolución de controversias, ni tampoco negocios de transacción, todo ello para eludir, minimizar y/o renunciar a las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de agencia comercial que se causan al momento de su terminación, o bien para eludir su responsabilidad civil.

3.16. En los años 2003 y 2006, Comcel y la convocante suscribieron sendas convenciones mediante las cuales se modificó la cláusula 7.7. del contrato y a partir de estas convenciones la convocante comenzó a operar los denominados CPS (Centro de Pagos y Servicios), lo que implicó el recaudo y la custodia de dineros provenientes de los clientes de Comcel, viéndose obligada a constituir una garantía real para respaldar el cumplimiento de ese deber y asumió los riesgos de fuerza mayor y caso fortuito. Además, tenía que pagar el costo de las transportadoras de valores que contrató Comcel para recoger diariamente los dineros recaudados en cada uno de los CPS.

3.17. Durante los últimos cinco años de ejecución de la relación jurídica patrimonial (el quinquenio a que se refiere el artículo 1329 del Código de Comercio) Comcel calculó la comisión por residual que liquidó y le pagó a la convocante a partir de un porcentaje del 2,5% y no a partir del porcentaje pactado (5%), excluyendo, además, los tres primeros meses de su causación. Así, la convocante recibió, año tras año, un menor valor por concepto de comisión por residual, a pesar de que año tras año vinculó más personas a los servicios de telefonía móvil celular de Comcel en la modalidad de pospago.

3.18. La convocada eliminó, de manera unilateral, intempestiva e inconsulta, la comisión por permanencia en planes pospago desde el 1° de julio de 2014, impacto que se reflejó en el año 2015, esto es, a partir del sexto mes de su eliminación.

3.19. En cuanto a los planes prepago, estos representan más del 80% de las activaciones que se producen en la red celular de Comcel; la decisión de mantener el mismo valor nominal de la comisión fue creando, con los años, un desequilibrio económico en el contrato a favor de esa compañía y en perjuicio de la convocante; lo mismo aconteció con la eliminación de la comisión por permanencia en pospago y buena venta en prepago (kits), pues los ingresos de la convocante se redujeron de

manera significativa.

3.20. El 22 de septiembre de 2006, Comcel le solicitó al señor Horacio Ayala Vela la elaboración de un concepto profesional orientado a elaborar una estratagema de naturaleza contable a partir de la cual posteriores tribunales de arbitraje no negaran la existencia de los pagos anticipados que esa empresa extendió para su red de agentes/distribuidores; en su informe, el señor Ayala Vela se refirió al laudo arbitral proferido en el proceso de Celcenter contra Comcel, pero omitió mencionar que en esa decisión se dejaron sin efecto las cláusulas abusivas que la convocada impuso para eludir el pago de la denominada “*prestación mercantil*”. En el concepto le advirtió a Comcel que sus recomendaciones podrían tener efectos sobre la calificación de los contratos, y le sugirió discutir el tema con los asesores legales de la compañía.

3.21. El 1° de marzo de 2007, Comcel le envió a la convocante el "*Plan de Comisiones, Anticipos, Bonificaciones y Descuentos*" que en planes pospago y prepago empezó a regir desde entonces. Además, le solicitó a la convocante la presentación de dos facturas: una que incorporara el 80% del valor liquidado y otra el 20% restante. Ambas facturas, sumadas, representan el 100% de las comisiones causadas a favor de la convocante. Esa división en la facturación no significó un incremento del 20% en la remuneración que contractualmente venía recibiendo la contratante. Por otra parte, el pago de las comisiones se condicionó desde entonces a la separación de la facturación y a la inclusión del concepto emitido por el señor Horacio Ayala Vela.

3.22. Desde la suscripción del contrato y hasta el 31 de diciembre de 2014, Comcel llevó su contabilidad bajo las reglas de los Decretos 2649 y 2650 de 1993; a partir del 1° de enero de 2015, y con fundamento en el Decreto 2706 de 2012, la contabilidad de Comcel se rigió por las NIF (Normas Internacionales de Información Financiera); atendiendo el Plan Único de Cuentas de que trata el Decreto 2650 de 1993, aplicado por Comcel hasta el 31 de julio de 2015, esta registró en las subcuentas del PUC 260510, 529505 y 233520, el 100% de los dineros remuneratorios que le liquidó y le pagó a cada uno de los miembros de su red de agentes/distribuidores, incluida la convocante; según el PUC, en las subcuentas empleadas por Comcel únicamente se registran hechos económicos por concepto de comisiones; según los libros contables

de Comcel, los dineros pagados a su red de agentes/distribuidores, incluida la convocante, se provisionaron, se causaron y se pagaron a título de comisiones.

3.23. Comcel creó en su contabilidad las subcuentas auxiliares 2605101210, 2605101213 y 5295050017, las cuales denominó, motu proprio como “*pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones*”, y en estas registró las facturas correspondientes al 20% de las comisiones liquidadas a favor de la convocante y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores, en razón de lo cual la prestación mercantil que prevé el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio no tipificó el hecho generador del impuesto del IVA, y respecto de la tarifa de la retención en la fuente, esta corresponde a la de “*otros ingresos tributarios*” (2.5%).

3.24. Las facturas que la convocante le emitió a Comcel, tanto las que incorporaron el 80% de las comisiones liquidadas, como las que incluyeron el 20% restante, tuvieron en cuenta el impuesto al valor agregado (IVA), a una tarifa del 16% (19% a partir del 1° de enero de 2017) y sobre ellas, Comcel practicó retenciones en la fuente a una tarifa del 11%.

3.25. Mediante la circular 2015 (sic)-GSDI01-S168428 de junio 17 de 2016, Comcel le informó a su red de agentes/distribuidores (entre ellos la convocante) acerca de los cambios implementados en las condiciones de liquidación y pago de las comisiones por legalización de Kits Prepago. Posteriormente, les comunicó las nuevas tarifas que por concepto de comisión por transacción de recaudo empezarían a regir. Los cambios en las condiciones remuneratorias impuestos por Comcel (reducción de comisiones y descuentos) alteraron negativamente el equilibrio económico del contrato.

3.26. El 5 de febrero de 2018, la convocante, por justa causa provocada por Comcel, le envió el preaviso de terminación del contrato, el que finiquitó el 8 de marzo de 2018; el 13 de abril siguiente le remitió la factura correspondiente a las comisiones causadas en la última etapa contractual, por la suma de \$640'364.304, las que no fueron liquidadas ni pagadas por Comcel, quien argumentó que ese valor no corresponde a lo adeudado, atendiendo “*la naturaleza del contrato de distribución suscrito entre las partes*” el que, dijo, dista mucho de ser un negocio de agenciamiento comercial.

3.27. La contabilidad de Comcel no refleja cuenta alguna por pagar a favor de Cell Net por concepto de la prestación mercantil de que trata el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, ni aparece ningún registro que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados por dicho rubro; además, la convocada cesó el pago de la comisión por residual causada a favor de la convocante, sin parar mientes en que ha continuado y continuará percibiendo los cargos fijos mensuales y los demás consumos provenientes de los abonados que Cell Net activó en planes pospago.

3.28. A la terminación de la relación jurídica patrimonial, la convocante tenía derecho a que Comcel le pagará una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades causadas en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, aspecto que habrá de tenerse en consideración al momento de calcular la prestación mercantil.

3.29. La ley previó, como término para el pago de la prestación mercantil, el momento de la terminación del contrato, y ese es el punto de partida para contabilizar la mora evidenciada por Comcel; además, debe verse que durante la última etapa contractual, Comcel no liquidó ni tampoco pagó la plenitud de las comisiones causadas a favor de la convocante, pues en el curso de los cinco años anteriores a la terminación de la relación jurídica patrimonial omitió liquidar y cancelar la totalidad de las comisiones causadas. .

3.30. La convocante ejerció el derecho de retención sobre los bienes y valores de Comcel que se hallaban en su poder, hasta que por parte de esta última no se registre el respectivo comprobante de pago de la totalidad de los valores solicitados en las pretensiones de la demanda, o de los que se prueben y declaren en el presente proceso arbitral.

4. Dentro del término de traslado Comcel propuso las excepciones de mérito que denominó: *“Prescripción”, “Transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre Cell Net y Comcel”, “Inexistencia del contrato de agencia comercial”, “Inexistencia de actividades de promoción”, “Ausencia de independencia por parte de Cell Net”, “Cell Net actuaba en su propio nombre y representación”, “Mala fe de Cell Net”, “Inexistencia de contrato de adhesión”, “Inexistencia de cláusulas abusivas”, “Renuncia a la cesantía comercial”, “Cumplimiento del contrato por parte del Comcel”, “Facultad de Comcel para modificar las comisiones”, “Pago de todas las obligaciones a cargo*

de Comcel”, “*Venire contra factum proprium non valet*”, “*Ausencia de legitimidad de Cell Net para dar por terminado el contrato*”, “*Inexistencia de responsabilidad en cabeza de Comcel*”, “*Vencimiento del plazo para reclamar comisiones*”, “*Excepción de contrato no cumplido*”, “*Compensación, Inexistencia de intereses moratorios desde la terminación de los contratos*” y “*Excepción genérica*”².

5. Además, presentó demanda de reconvención cuyas pretensiones, luego de la reforma³, se concretan a las siguientes: (i) declarar que el 8 de septiembre de 1998 Comcel y Cell Net celebraron de forma libre, espontánea y carente de cualquier tipo de vicio, un innominado contrato de distribución, (ii) declarar que Cell Net incumplió el contrato al darlo por terminado unilateralmente y sin justa causa imputable a Comcel, (iii) declarar que los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del contrato de distribución son semejantes a los que enmarcaron las controversias que fueron resueltas mediante las siguientes sentencias: CI ANDEX *vs.* Comcel S.A.: sentencia de 24 de junio de 2019; DicomTELSA *vs.* Comcel S.A.: sentencia de 17 de septiembre de 2012; NEOCEL *vs.* Comcel SA.: sentencia de 29 de noviembre de 2013; ORBITA *vs.* Comcel S.A.: sentencia de 12 de enero de 2018; HUNZACEL *vs.* Comcel S.A.: sentencia de 2 de mayo de 2018; CELCOSTA *vs.* Comcel S.A.: sentencia de 10 de mayo de 2018; laudo arbitral de 5H Internacional S.A. *vs.* Comcel de 19 de julio de 2005, (iv) declarar que Cell Net le adeuda a Comcel sumas de dinero por concepto de saldos a favor causados y no pagados.

Consecuencialmente, que se condene a Cell Net al pago de: (i) cinco mil (5000) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de la cláusula penal pactada en el contrato de distribución, (ii) doscientos ochenta y dos millones setecientos cincuenta y siete mil trescientos ochenta y un pesos (\$282'757.381), o la suma que resulte probada en el proceso, por concepto de saldos a favor de Comcel causados y no pagados y (iii) los intereses moratorios sobre todas las sumas de dinero cuya condena se imponga, desde la fecha en que se profiera el laudo arbitral que ponga fin al proceso y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

6. Como fundamentos de hecho de la demanda de reconvención reformada se citaron los que a continuación se resumen:

² Cuaderno Principal 3, fls 1 y ss

³ Cuaderno Principal 2, fls. 423 y ss

6.1. El 8 de septiembre de 1998 se suscribió el contrato No. 841, el que el distribuidor cedió a favor de Cell Net el 13 de noviembre siguiente; dentro de las estipulaciones se acordó que el distribuidor le entregaría a Comcel la totalidad de los documentos originales exigidos por la ley, los reglamentos, los actos administrativos, las autoridades competentes y el manual de procedimientos de distribuidores, documentación que podría remitir a través de fax, correo electrónico u otro medio idóneo, obligación que Cell Net incumplió de modo sistemático durante la ejecución del contrato.

6.2. El distribuidor se hallaba obligado a constituir pólizas de seguros durante la ejecución del contrato y a renovarlas oportunamente, deber que Cell Net no cumplió a cabalidad; tampoco informó acerca del cambio de su representante legal, ni realizó la prestación del servicio en los CPS (Centro de Pagos y Servicios) de acuerdo con los estándares fijados por Comcel.

6.3. La convocante también incumplió su obligación de legalizar los formatos de autorización de Consulta de Datos ante la Registraduría Nacional del Estado Civil; además, Cell Net, por intermedio de sus apoderados judiciales, ha sido parte de un conjunto de distribuidores que han adelantado en contra de Comcel una práctica sistemática orientada a la reclamación de las prestaciones mercantiles de la agencia comercial.

7. Al ejercer su derecho de defensa frente a la demanda de reconvención reformada, Cell Net objetó el juramento estimatorio y alegó los siguientes medios exceptivos⁴: *“La Convocante se allanó a cumplir con las obligaciones que tuvieron por fuente las convenciones CPS (Centro de Pagos y Servicios)”*, *“Sin daño no hay responsabilidad”*, *“Alegaciones del derecho de retención”*, *“Compensación”*, *“Contrato no cumplido”*, *“Prescripción”*, *“Cláusula penal enorme y prohibición de usura”* y *“La genérica”*.

II. EL LAUDO IMPUGNADO

Surtido el trámite correspondiente, el 3 de febrero de 2020 el Tribunal de Arbitramento profirió el laudo censurado⁵ en el que declaró no probadas las

⁴ Cuaderno Principal 3, fls. 221 y ss.

⁵ Cuaderno Principal No. 5, fls 33 al 340

excepciones de *“Transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre Cell Net y Comcel”*, *“Inexistencia del contrato de agencia comercial”*, *“Inexistencia de actividades de promoción”*, *“Ausencia de independencia por parte de Cell Net”*, *“Cell Net actuaba en su propio nombre y representación”*, *“Mala fe de Cell Net”*, *“Inexistencia de contrato de adhesión”*, *“Inexistencia de cláusulas abusivas”*, *“Renuncia a la cesantía comercial”*, *“Cumplimiento del contrato por parte del Comcel”*, , *“Venire contra factum proprium non valet”*, *“Ausencia de legitimidad de Cell Net para dar por terminado el contrato”*, *“Inexistencia de responsabilidad en cabeza de Comcel”*, *“Vencimiento del plazo para reclamar comisiones”* y *“Excepción de contrato no cumplido”*, propuestas por Comcel contra la demanda reformada; declaró que entre Cell Net de Occidente S.A. y Comcel S.A. existió la relación jurídica patrimonial regida por el contrato No. 841 de 8 de septiembre de 1998, cuyas cláusulas fueron extendidas y dictadas por Comcel S.A., de tal manera que se trató de un contrato de adhesión; declaró que Cell Net de Occidente S.A., como comerciante independiente y en virtud de la celebración del aludido contrato asumió, por cuenta de Comcel S.A. y a cargo de una remuneración, el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de Comcel en la zona occidente del país; declaró que las partes celebraron un típico contrato de agencia comercial, regulado por los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, en el que Comcel S.A. obró como agenciado y Cell Net de Occidente S.A. como agente comercial; declaró que en la relación contractual se pactó la prohibición para Cell Net de Occidente S.A., de promover o explotar servicios competitivos de Comcel S.A., por lo que la plenitud de ingresos operacionales de aquella provenía de la ejecución del encargo de promover y explotar el negocio de Comcel S.A. y dependió de la vigencia de la relación contractual, sin tener la prerrogativa de modificar, negociar o cambiar las condiciones, por lo que Comcel tuvo una posición de dominio contractual y le impuso las cláusulas 4, 5.1, 5.3, 14 (incs. 3º y 5º), 16.2 (inc. 2º), 16.4, 16.5, 30 (incs. 2º y 3º), Anexo A (num. 6º), Anexo C (nums. 5º y 6º), Anexo F (num. 4º), como también las *“actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas”*⁶ y, por lo tanto, se trata de cláusulas y disposiciones leoninas que Comcel utilizó para eludir las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de agencia comercial, exigibles a partir de la terminación del contrato; declaró la nulidad absoluta de tales estipulaciones, de acuerdo con las precisas consideraciones y con los alcances señalados en las motivaciones del laudo.

⁶ Ver pretensión décima de la demanda reformada.

Además, declaró que a la terminación del contrato la convocante tenía derecho a que Comcel le pagara, a título de prestación mercantil (inc. 1º, art. 1324 del C. de Co.), una suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades causadas durante los últimos tres años de su ejecución, por cada uno de vigencia de la relación jurídica patrimonial, obligación que incumplió, por lo que Cell Net ejerció el derecho de retención y privilegio de que trata el artículo 1326 *ibidem*; accedió a la pretensión décima sexta de la demanda reformada, en cuanto al modo de realizar el cálculo de dicha prestación y, en consecuencia, condenó a Comcel S.A. a pagarle a Cell Net de Occidente S.A. a título de prestación mercantil, la suma de diez mil ochocientos sesenta y cinco millones trescientos cuarenta y ocho mil novecientos veintiún pesos (\$10.865'348.921), junto con los intereses moratorios a la tasa más alta permitida en la ley, causados desde la fecha de terminación del contrato, hasta que se produzca su pago total, réditos que a la fecha de expedición del laudo ascienden a la suma de tres mil seiscientos ochenta millones seiscientos sesenta y dos mil treinta y un pesos (\$3.680'662.031).

Así mismo, accedió a las pretensiones décima novena, vigésima, vigésima primera, vigésima segunda, vigésima tercera, vigésima cuarta y vigésima quinta de la demanda reformada, en virtud de lo cual declaró que durante la ejecución del contrato de agencia mercantil Comcel no le pagó de manera anticipada a la convocante, parte de la prestación mercantil prevista en el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co.; declaró que Cell Net dio por terminado el contrato por una justa causa, terminación que tuvo lugar el día 8 de marzo de 2018; declaró que la demandada debe reconocerle a la parte actora la indemnización equitativa de que trata el inciso segundo del artículo 1324 *eiusdem*, como retribución por los esfuerzos realizados para acreditar las marcas y, en consecuencia, la condenó al pago de noventa y nueve millones trescientos veintitrés mil quinientos seis pesos (\$99'323.506), junto con los intereses moratorios a la tasa más alta permitida en la ley, causados desde la fecha de terminación del contrato, hasta que se produzca su pago total, réditos que a la fecha de expedición del laudo ascienden a treinta y tres millones seiscientos cuarenta y seis mil sesenta y siete pesos (\$33'646.067).

De otro lado, declaró que la convocante tenía derecho a devengar una comisión por residual respecto de los consumos realizados por los suscriptores de planes pospago que activó, pero Comcel redujo el porcentaje de manera unilateral, y estableció que esa

comisión se causaría al tercer mes de cada activación, con todo lo cual evidenció un claro incumplimiento del contrato; declaró, con fundamento en el numeral 9° del Anexo A del contrato, que la convocante tenía derecho a recibir por cada plan prepago (kits prepago, antes denominado *amigo clave*) comercializado, una comisión por activación de \$50.000 y una comisión por buena venta de \$70.000, valores que Comcel, durante los últimos cinco años de ejecución del contrato y hasta el 16 de junio de 2016, redujo unilateralmente a \$12.500 –por ·por activación- y a \$6.000 -por buena venta-. Además, desde el 17 de junio de 2016 y hasta la terminación del contrato modificó unilateralmente la remuneración en planes prepago, la cual pasó de una comisión fija de \$12.500 por kit prepago activado más una comisión por buena venta de \$6.000, a una comisión equivalente al 30% de las cargas de tiempo al aire que cada suscriptor realizara durante los primeros seis meses.

En el laudo se declaró, además, que durante más de una década Comcel mantuvo en el mismo valor nominal la denominada comisión por transacción de recaudo en CPS sin importar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo por los efectos de la inflación, y de manera unilateral e inconsulta implementó, a partir del 1° de enero de 2018, un esquema de reducción en las tarifas por transacción de recaudo, la cual no aparejó una reducción en las obligaciones a cargo de la convocante, ni tampoco una reducción correlativa de sus gastos operacionales; declaró que Cell Net, por cada Sim Card que activó y comercializó, tenía derecho a percibir \$2.800 por cada una de las primeras seis recargas de tiempo al aire que el respectivo suscriptor realizara dentro de los 120 días siguientes al momento de su activación, para un total máximo de \$16.800 por Sim Card; declaró que Comcel, de manera unilateral e inconsulta, modificó las condiciones de liquidación y pago de las comisiones que Cell Net percibió por la promoción y comercialización de Sim Card prepago, y redujo el margen remuneratorio (descuento auto-liquidable) que esta obtuvo en dicha comercialización.

También declaró que Comcel obligó a la convocante a pagar los costos mensuales de las transportadoras de valores, a pesar de que tales costos se previeron para salvaguardar dineros y valores de propiedad de aquella; declaró que Comcel no le pagó a la convocante las comisiones que se causaron con las activaciones de planes pospago, las legalizaciones de planes prepago y las transacciones de recaudo que realizó durante las últimas semanas de ejecución del contrato.

Seguidamente, la autoridad le impuso las siguientes condenas a Comcel S.A., como consecuencia de la terminación del contrato de agencia comercial y los incumplimientos imputables a dicha empresa: **(i)** por concepto de lucro cesante, la suma de ciento noventa y ocho millones seiscientos sesenta mil cuatrocientos ocho pesos (\$198'660.408), que corresponde a las comisiones que se causaron respecto de las activaciones de planes pospago, las legalizaciones de planes prepago y las transacciones de recaudo que la convocante realizó durante las últimas semanas de ejecución del contrato objeto del contrato; **(ii)** por concepto de los intereses de mora, liquidados a la tasa más alta vigente, causados desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, hasta que se produzca su pago total, réditos que a la fecha de proferimiento del laudo ascienden a la suma de sesenta y siete millones doscientos noventa y seis mil seiscientos setenta y dos pesos (\$67'.296.672); **(iii)** por concepto de lucro cesante, la suma de tres mil quinientos setenta y ocho millones ochocientos cincuenta y dos mil doscientos veintitrés pesos (\$3.578'852.223), que corresponde a la comisión por residual que Cell Net dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del contrato; **(iv)** por concepto de los intereses de mora, liquidados a la tasa más alta vigente, causados desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, hasta que se produzca su pago total, réditos que a la fecha de proferimiento del laudo ascienden a la suma de mil doscientos doce millones trescientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y tres pesos (\$1.212'344.453); **(v)** por concepto de lucro cesante, la suma de seiscientos sesenta y siete millones cuatrocientos setenta mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$667'470.956), que corresponde a la comisión por permanencia de planes pospago que Cell Net dejó de percibir; **(vi)** por concepto de los intereses de mora a la tasa más alta vigente, causados desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, hasta que se produzca su pago total, réditos que a la fecha de proferimiento del laudo ascienden a la suma de doscientos veintiséis millones ciento siete mil trescientos veintisiete pesos (\$226'107.327); **(vii)** por concepto de daño indemnizable, la suma de ciento cincuenta y nueve millones cuatrocientos sesenta y siete mil ochocientos quince pesos (\$159'467.815.), que corresponde a los dineros que Comcel le descontó a la convocante por concepto de transportadora de valores; **(viii)** por concepto de los intereses de mora a la tasa más alta vigente, causados desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, hasta que se produzca su pago total,

réditos que a la fecha de proferimiento del laudo asciende a la suma de cincuenta y cuatro millones veinte mil noventa pesos (\$54'020.090).

Prosiguieron los árbitros a declarar que las denominadas “*Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas*” suscritas por las partes durante la ejecución del contrato, no incorporaron acuerdos conciliatorios, ni constituyen contratos de transacción y corresponden a actas de conciliación de cuentas; declararon probada la excepción de compensación propuesta por Comcel S.A., respecto de los dineros retenidos por la convocante, en virtud de lo cual, de las condenas que le fueron impuestas, dicha compañía podrá descontar la suma de ciento cuarenta y cinco millones ciento setenta y seis mil doscientos setenta y cinco pesos (\$145'176.275), rubro que se encuentra debidamente actualizado; declararon que Cell Net mantuvo ininterrumpidamente vigentes las pólizas de seguro que Comcel dispuso en el texto contractual; le ordenaron a Comcel la destrucción de todo título valor suscrito por la convocante y/o por sus socios y/o administradores, con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente el contrato, siempre y cuando tengan relación con el vínculo contractual objeto de este proceso; dispusieron denegar las demás súplicas de la demanda inicial reformada, y declarar no probadas las demás excepciones propuestas por Comcel.

En relación con la demanda de reconvención reformada, el tribunal de arbitramento declaró que entre Comcel S.A. y Cell Net de Occidente S.A., se suscribió un contrato el 8 de septiembre de 1998, el cual se celebró y perfeccionó libre de fuerza, dolo y error, cuyas disposiciones y cláusulas son válidas y vinculantes, con excepción de aquéllas cuya nulidad se decretó en el laudo; declaró su incompetencia para pronunciarse de fondo respecto de la pretensión sexta invocada por Comcel; denegó las demás pretensiones y declaró no probadas las excepciones de mérito formuladas por Cell Net.

Finalmente, condenó en costas a la convocada en la suma de setecientos siete millones cuarenta mil trescientos ochenta pesos con cincuenta y seis centavos (\$707'040.380.56), y dispuso informar sobre la expedición del laudo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Las determinaciones adoptadas por el tribunal de arbitramento se fundaron, en síntesis, en que la convocada reconoció su protagonismo e incidencia en el texto del negocio jurídico celebrado con Cell Net, tras aceptar que suministró el modelo del mismo, tomando la iniciativa en la propuesta del texto contractual, de donde se sigue que actuó como predisponente, tratándose, entonces, de un contrato de adhesión; advirtió que el negocio jurídico celebrado entre las partes cumple con los requisitos que legal y jurisprudencialmente configuran el contrato de agencia comercial, en el que el agente actúa por cuenta ajena en cuanto procura que el agenciado coloque la mayor cantidad de productos y servicios en el mercado que le ha sido encomendado, lo cual repercute en el patrimonio del agenciado, desarrollando actividades de promoción e intermediación en interés propio, buscando su beneficio, representado en comisiones y demás prestaciones derivadas del contrato, con las que le permitiría ser viable y sostenible en el tiempo como empresa, beneficio que resulta provechoso tanto para el agente como para el agenciado.

El Tribunal destacó que en el contrato se pactó la prohibición para el agente, de promover o explotar servicios competitivos de Comcel, prohibición que, de todos modos, halla sustento en el artículo 1319 del Código de Comercio, precepto que autoriza el pacto de no competencia en beneficio del agenciado, como una medida legítima y razonable; que la convocante probó que *“virtualmente la plenitud de los ingresos se relacionaba con el contrato objeto del presente proceso arbitral”*; que no se evidenció que entre las partes hubiera existido una fase de negociación, de ofertas y contraofertas y, por ende, no existió un real poder de negociación por parte del agente; que el clausulado del contrato denota estipulaciones notoriamente favorables a los intereses de Comcel como predisponente, en clara muestra de una posición de dominio contractual que se proyectó en la imposición de varias cláusulas, tales como *“denominar el contrato como de ‘distribución’ para excluir abiertamente la agencia mercantil, prever la renuncia anticipada al derecho de retención consagrado por la ley expresamente en el artículo 1326 del estatuto mercantil para garantizar el pago de las prestaciones que surgen en favor del agente a la terminación del contrato, establecer obligaciones al agente por el uso y aprovechamiento de las marcas, el good will”*, entre otras estipulaciones orientadas a eludir las obligaciones derivadas del contrato de agencia comercial, las cuales son abusivas.

Añadió el Tribunal que la liquidación de la prestación mercantil de que trata el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co., debe incluir todos los ingresos percibidos por el agente, tal y como lo determinó el perito designado en el proceso, más aún cuando Comcel no demostró que hubiera realizado pagos anticipados de dicho rubro; que en el proceso quedó probado que la convocante tenía derecho a una comisión por residual del 5%, de conformidad con lo previsto en el Anexo A del contrato, porcentaje que Comcel redujo al 2.5%, comisión que, además, restringió a lo que se causara a partir del tercer mes de permanencia del abonado, todo lo cual constituye un incumplimiento del contrato, que también se evidenció al eliminar la comisión por permanencia en los planes prepago.

Igualmente, la autoridad encontró probado que la convocante tenía derecho a recibir la indemnización equitativa prevista en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio y, además, a devengar por cada plan prepago, una comisión por activación y una comisión por buena venta, las que Comcel redujo unilateralmente durante los últimos cinco años de ejecución del contrato; que igualmente se demostró que Cell Net operó desde el año 2004 y hasta la terminación del contrato como Centro de Pagos y Servicios, y que dentro de sus funciones le correspondía recaudar el dinero que por facturas, recargas, reposiciones y otros servicios se pagaban a Comcel; además, la convocante asumió los costos derivados de los contratos con las transportadoras de valores, siendo que fue Comcel quien las contrató y, por lo mismo, era quien debía sufragar esos gastos.

Los árbitros también se refirieron a las denominadas “*actas de transacción, conciliación y compensación*”, observando que tales documentos carecen de la presencia de un conciliador y corresponden más a una conciliación de cuentas entre las partes, en términos contables, y no al método alternativo de solución de conflictos regulado en la Ley 640 de 2001, o a una conciliación judicial o extrajudicial propiamente dicha; tales actas tampoco reúnen los elementos propios de una transacción, en razón de lo cual no generan los efectos de cosa juzgada.

Por solicitud de ambas partes, el mencionado laudo se corrigió el 11 de febrero de 2020, específicamente en relación con el numeral décimo quinto de la parte resolutive, precisando que el valor de la condena por concepto de intereses hasta la fecha

corresponde a la suma de cinco mil cuatrocientos cuarenta y cuatro millones novecientos setenta y cuatro mil treinta y cinco pesos (\$5.444'974.035). Además, se aclaró lo dispuesto en el numeral 6.2. de la parte resolutive, que quedará así “6.2.- *La plenitud de ingresos operacionales de CELL NET DE OCCIDENTE S.A. provenía de la ejecución del encargo de proveer y explotar el negocio de COMCEL S.A. y dependió de la vigencia de la relación contractual*”.

III. EL RECURSO

Inconforme con lo decidido, la apoderada judicial de Comcel S.A. formuló recurso de anulación, con fundamento en las causales 2ª, 7ª y 9ª del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, exponiendo los siguientes argumentos:

CAUSAL SEGUNDA:

El Tribunal resolvió sobre aspectos no regulados en la cláusula compromisoria, pues las partes pactaron en la cláusula 29 que el Tribunal de arbitramento conocería únicamente de las disputas que surgieran como resultado del desarrollo del contrato, es decir, durante su ejecución. Sin embargo, la autoridad declaró que el contrato fue de adhesión, y que Comcel tuvo una posición de dominio contractual frente a la convocante a la que, además, le impuso el contenido de las cláusulas 4, 5.1, 5.3, 14 (incs. 3º y 5º), 16.2 (inc. 2º), 16.4, 16.5, 30 (incs. 2º y 3º), Anexo A (num. 6º), Anexo C (nums. 5º y 6º), Anexo F (num. 4º), como de las “*Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas*”, estipulaciones respecto de las cuales el Tribunal declaró la nulidad absoluta, todo lo cual evidencia, a juicio de la recurrente, que la autoridad decidió sobre aspectos que nada tenían que ver con la ejecución y/o desarrollo del contrato en disputa, por tratarse de asuntos propios de la etapa de negociación, esto es, de la fase precontractual.

Además, el Tribunal resolvió respecto de temas sobre los cuales había afirmado no tener competencia, dado que en el curso de la primera audiencia de trámite advirtió que no conocería las pretensiones sexta y séptima en las que la convocante pretendía que se efectuara el reconocimiento de la doctrina probable allí especificada. No obstante, en el laudo se accedió a la pretensión del literal c) de la cláusula 11, a pesar de que esta también tenía como sustento la doctrina probable.

CAUSAL SÉPTIMA:

El Tribunal falló en conciencia o equidad, debiendo haberlo hecho en derecho, pues los árbitros se apoyaron en su íntima convicción dejando de lado las pruebas decretadas y *“buscaron una solución por fuera del ámbito de la ley, al desconocer –sin soporte legal alguno- el pacta su[n]t servanda y la autonomía de la voluntad privada”*.

Se queja la recurrente porque el Tribunal no hizo mención alguna a los testimonios que se practicaron; no motivó sus decisiones ni consideró las objeciones al dictamen; no analizó si la pericial cumplía los requisitos mínimos que contempla el Código General del Proceso, al punto que ni siquiera verificó la existencia y representación legal de quien actuó como perito; no valoró la confesión del representante legal de la convocante, quien reconoció que no hubo vicios en el consentimiento ni imposición de cláusulas contractuales, tanto así que en la audiencia de alegatos expresó que lo que existió fue un error en la celebración del contrato.

El Tribunal no le dio mérito a la duración del contrato y, además, resolvió varias de las pretensiones con su convicción o capricho, *“como por ejemplo, lo referente a que las renovaciones pactadas en el contrato no podían ser mensuales, sino semestrales; que la posición dominante contractual generó una asimetría contractual desproporcionada; que las actas de transacción suscritas entre las partes perjudicaban a la convocante; que se generó un desequilibrio para quien no tuvo la oportunidad de pedir su modificación o exclusión, olvidando que el contrato nunca fue celebrado por Cell Net, sino que le fue cedido; que los hechos económicos que se registran en las subcuentas del PUC 260510, 529505 y 233520 solo pueden registrar circunstancias relacionadas con comisiones, y no hechos económicos por concepto de pagos anticipados; que las transacciones de recaudo que recibió Cell Net de los abonados de Comcel, como las que hace un banco o Servientrega, etc., si bien no tienen relación con la actividad de promoción, sí se debe pagar la comisión de la prestación mercantil”*.

CAUSAL NOVENA:

El Tribunal concedió más de lo pedido en lo relacionado con la prestación mercantil, pues impuso condenas que excedieron ampliamente lo pedido, a pesar de la objeción presentada por Comcel, sin tener en cuenta la razonabilidad y legalidad del dictamen pericial. Por ello, se debe declarar la nulidad del numeral décimo cuarto de la parte resolutive del laudo, en el que se condenó al pago de \$10.865'348.921, cuando lo

cierto es que la convocante pidió \$9.025'347.469 o la suma que resultara probada en el proceso.

La autoridad concedió más de lo pedido al interpretar a favor de Cell Net el literal a) de la pretensión vigésima sexta de la demanda, pues modificó del 3% al 5% el porcentaje de la comisión residual que esta tenía derecho a devengar, interpretación cuyas repercusiones económicas son altísimas, pues en el numeral 37.3 de la parte resolutive del laudo se condenó a la convocada a pagar la suma de \$3.578'852.223 por dicho rubro.

Finalmente, la recurrente alegó la *“CAUSAL ANDINA DE ANULACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES: AUSENCIA DE INTERPRETACIÓN OBLIGATORIA POR PARTE DEL TRIBUNAL DE LA COMUNIDAD ANDINA”* porque en este trámite no se efectuó la consulta obligatoria ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, con lo que se dejó de lado que acá el objeto del contrato versó sobre la distribución de productos y la comercialización de servicios de telecomunicaciones, para cuyo desarrollo las partes convinieron unas estipulaciones contractuales relacionadas con el uso de la marca, la enseña comercial, el nombre comercial y otros derechos de propiedad industrial cuya titularidad ostenta Comcel.

Añadió que con ocasión de los puntos debatidos en el caso en concreto, a la hora de definir lo atinente a la relación contractual y a la posición de dominio y presunto abuso a los que tanto aludió el Tribunal de arbitramento, pudieron tener incidencia las disposiciones de la Comunidad Andina atinentes a: la liberalización del comercio de servicios de telecomunicaciones en la región andina, los derechos de propiedad industrial sobre los signos distintivos usados en el comercio, la protección de los derechos morales y patrimoniales del autor sobre una creación considerada como obra, y la protección de la libre competencia en relación con la definición de posición dominante en el mercado y el abuso de la misma, todo lo cual daba lugar a considerar lo dispuesto en las normas comunitarias como las Decisiones 462 de 1999, 486 de 2000 y 608 de 2005.

Considera la recurrente, entonces, que la ausencia de interpretación prejudicial por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina constituye una violación del debido proceso que impone declarar la nulidad del laudo arbitral.

IV. RÉPLICA A LA CENSURA

El apoderado judicial de Compañía Cell Net de Occidente S.A. alega que paralelamente con el recurso de anulación Comcel instauró una acción de tutela tramitada en este Tribunal Superior bajo el radicado 11001220300020200047100, en la que expuso argumentos similares a los que invocó en el recurso de anulación, e intentó inducir en error al Juez constitucional tras manifestar que la convocante se hallaba en proceso de liquidación, aduciendo la existencia de un perjuicio irremediable para que se resolviera la solicitud de amparo sin esperar a que se desatara el recurso extraordinario de anulación, faltando a la verdad pues la sociedad no ha sido disuelta ni se encuentra en proceso de liquidación. En razón de lo anterior pide que la conducta de la convocada sea *“tomad[a] en cuenta como indicio grave que se deriva de la actitud procesal de COMCEL, actitud que a través de sofismas y alegaciones ligeras, se repite en el presente trámite”*.

Respecto de la causal segunda de anulación manifiesta que la falta de competencia que ahora aduce Comcel no fue alegada mediante el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, pues aunque hizo uso de tal medio de impugnación contra ese auto, lo cierto es que en esa oportunidad solo cuestionó la competencia de los árbitros para resolver las pretensiones vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada, en tanto que ahora se refiere a las pretensiones tercera, sexta, séptima, octava y novena, lo que evidencia que no se cumple el requisito de procedibilidad reglado en el numeral 2º del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

En lo atinente al alcance de la cláusula compromisoria destacó que en esta las partes acordaron que cualquier disputa que surgiera como resultado del desarrollo del contrato sería resuelta por un Tribunal de arbitramento, por lo que es menester tener en consideración que desde la perspectiva del régimen mercantil el contrato cumple tres funciones: constitutiva, reguladora y extintiva de relaciones jurídico-patrimoniales (artículo 864 C. Co.). Dicho esto, el contrato cuestionado se constituyó, se reguló y bajo sus reglas se extinguió. En consecuencia, cuando la cláusula arbitral señala *“cualquier disputa que pueda ocurrir entre las partes como resultado del desarrollo del presente contrato”*, esta, por definición legal abarca cualquier disputa que se pudiera haber suscitado entre las partes en desarrollo de su constitución, en desarrollo de su regulación o en desarrollo de su extinción.

Con todo, la interpretación que ahora efectúa la convocada surge de la ambigüedad que se genera al haber incorporado en el texto de la cláusula la expresión “*desarrollo del contrato*”, ambigüedad que se resuelve en contra de Comcel como predisponente del contrato, al tenor de lo establecido en el artículo 1624 del Código Civil.

En punto de lo expuesto por la recurrente en cuanto a que el Tribunal se pronunció sobre la pretensión 11 C que versaba sobre las mismas bases de acoger la “*doctrina probable*” que se planteó en las pretensiones sexta y séptima respecto de las cuales se había declarado incompetente para resolver, es fácil desvirtuar lo afirmado, pues basta con leer el laudo en su parte motiva y resolutive para darse cuenta que no hubo ningún pronunciamiento al respecto por parte de los árbitros.

En relación con la causal séptima dijo que para que prospere se requiere que la sentencia sea contraevidente, lo que acá no acontece porque el fallo se dictó con apego a las directrices del artículo 280 del Código General del Proceso, “*pues para cada pretensión, ora para declararla probada, ora para negarla, el Tribunal de Arbitraje, a partir de las pruebas que estimó útiles y conducentes, expuso, con la brevedad y precisión que la ley exige, los razonamientos constitucionales, legales y los criterios auxiliares que, bajo la égida del art. 230 CP, empleó en su actividad de administrar justicia*”.

Señaló, por otra parte, que en sus alegatos de conclusión reconoció que en la celebración del contrato se incurrió en un yerro, pero que por tratarse de un error de derecho no se vició el consentimiento, atendiendo lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil. En su criterio, todo lo anterior muestra que las intenciones de la convocada se orientan a que se anule el laudo “*para, finalmente, salirse con la suya, es decir, para que sus inicuos intentos de eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial cumplan su ilegal propósito*”.

Al referirse a la causal novena expresó que en la demanda se solicitó que se condenara a Comcel a pagar la suma de \$9.025'347.469, o aquella que resultara probada en el proceso. Así pues, si fue otro valor el que se demostró por dicho rubro, es claro que el Tribunal actuó dentro de los lindes pretendidos por la convocante, más aún cuando Comcel objetó el juramento estimatorio, situación que le confirió a los árbitros la prerrogativa de reconocer una suma superior, con apego a lo reglado en el artículo 206 del Código General del Proceso. De ahí, que en el fallo se ordenara el pago de

\$10.865'348.921, tras prosperar la pretensión décima sexta, literal c) en la que se pidió que para calcular el monto de la prestación mercantil se tuviera en cuenta el promedio de las comisiones que Comcel efectivamente liquidó y le pagó a la convocante, como aquellas que se causaron y que esta no liquidó ni pagó.

Respecto de la condena relacionada con la denominada comisión por residual indicó que la misma guarda congruencia con los hechos y pretensiones de la demanda. Precisó que “[e]s incuestionable que CELL NET, al momento de redactar el literal c) de la pretensión Vigésima Sexta, por error, señaló que su comisión por residual se ha debido calcular a partir de un porcentaje del 3%, cuando ha debido señalar que tal porcentaje era del 5%. Sin embargo, este error se supera cuando se interpreta la demanda como un todo, es decir, cuando se toman en cuenta las demás pretensiones y, especialmente, cuando se toman en cuenta los hechos” que resultaron probados en el proceso, como en efecto procedieron a hacerlo los árbitros al proferir el laudo.

Finalizó diciendo que en relación con la “*Causal andina de anulación de laudos arbitrales: ausencia de interpretación obligatoria por parte del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*”, ha de observarse que si en un proceso nacional no se aplica ni se controvierte una norma que pertenezca al ordenamiento de la Comunidad Andina, por sustracción de materia no es necesario agotar la interpretación prejudicial, como ocurre en este caso, en el que la demanda halla sustento íntegramente en el ordenamiento jurídico nacional, concretamente en los Códigos Civil y de Comercio.

V. CONSIDERACIONES

1. El recurso extraordinario de anulación se encuentra consagrado en el artículo 40 de la Ley 1563 de 2012, el que se puede invocar por las partes única y exclusivamente por las hipótesis consagradas en el artículo 41 *ejusdem*.

2. El numeral 2° del artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 prevé: “*Son causales del recurso de anulación: (...) La caducidad de la acción, la falta de jurisdicción o de competencia*”.

Dicha causal solo puede invocarse si el recurrente hizo valer los motivos constitutivos de la misma mediante recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia (penúltimo inciso del citado artículo 41).

Con ocasión de este requisito de procedibilidad ha expresado la jurisprudencia que:

*“El cumplimiento de este requisito de invocación previa impone al recurrente la carga de demostrar que durante el trámite arbitral puso en conocimiento del tribunal los mismos reparos que motivan la anulación, con el objeto de asegurar que el tribunal de arbitramento tuvo la oportunidad de considerarlos. Por esta razón, el requisito no se agota con la constatación de que se ha invocado la misma causal, esto es, que se ha cuestionado la existencia o eficacia del pacto, la competencia del tribunal, la oportunidad para presentar demanda, la integración o la existencia de errores o contradicción entre la parte considerativa y resolutive del laudo; este presupuesto solo se cumple cuando existe identidad entre los reparos expresados ante el tribunal arbitral en la oportunidad procesal correspondiente, y la fundamentación de la causal en sede de anulación”.*⁷

A fin de verificar si la proposición de la causal en estudio cumple con el aludido requisito de procedibilidad, la Sala advierte que en la primera audiencia de trámite celebrada el 16 de julio de 2019⁸ Comcel formuló recurso de reposición⁹ contra el auto por medio del cual el Tribunal de arbitramento se declaró competente para resolver la controversia surgida entre las partes; sin embargo, en aquella oportunidad los reparos que expuso se concretaron a la incompetencia que, en su criterio, se cernía sobre dicha autoridad en punto de las pretensiones vigésima y vigésima segunda, pero no expresó inconformidad alguna relacionada con el conocimiento de esa Corporación en relación con las pretensiones segunda, novena literal e) y décima de la demanda reformada en las que, en su orden, la convocante solicitó declarar que el contrato suscrito es de adhesión, que Comcel evidenció una posición de dominio contractual y le impuso el contenido de varias cláusulas contractuales y de las denominadas “*actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*”.

De lo anterior se sigue que no existe identidad entre los motivos invocados por el recurrente en el aludido recurso de reposición y la fundamentación de la causal de anulación, circunstancia que le impide a la Sala pronunciarse sobre el particular, ante la ausencia del requisito de procedibilidad reglado en el penúltimo inciso del citado artículo 41 de la Ley 1563 de 2012.

Y es que resulta incontestable que si Comcel estimaba que el Tribunal no se hallaba facultado para pronunciarse sobre esos precisos aspectos porque, en su criterio, los

⁷ Cfr. C.E. Sección Tercera Subsección B. Sent. 03-08-2020. C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Exp. No. 11001-03-26-000-2019-00078-00.

⁸ Cuaderno Principal No. 3, fls. 308 y ss

⁹ Expediente digital, carpeta “MM TRANSCRIPCIONES”, sub carpeta “15741 CD TRANSCRIPCIONES No. 1 AUDIENCIA 16 07 2019 FOLIO 1”

mismos no estaban comprendidos dentro de los supuestos regulados en la cláusula compromisoria, debió alegar esa circunstancia al interponer el recurso de reposición contra el auto de asunción de competencia, para que de esta manera los árbitros tuvieran la oportunidad de debatir esa situación, y para habilitar un pronunciamiento sobre dicha temática en sede de anulación.

El otro argumento para invocar la causal 2ª, radica en que el Tribunal resolvió asuntos sobre los cuales había afirmado no tener competencia, teniendo en consideración que en el curso de la primera audiencia de trámite advirtió que no conocería las pretensiones sexta y séptima en las que la convocante pretendía que se efectuara el reconocimiento de la doctrina probable allí especificada. No obstante, en el laudo se accedió a la pretensión del literal c) de la cláusula 11, a pesar de que esta también tenía como sustento la doctrina probable.

Ciertamente, en el curso de la primera audiencia de trámite los árbitros determinaron que las pretensiones sexta y séptima de la demanda reformada:

“exceden la competencia conferida a este administrador de justicia, la cual se contrae a las controversias surgidas del contrato objeto de este litigio. Definir en este proceso si otras providencias arbitrales y sentencias proferidas por la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Civil resolvieron asuntos iguales o similares al que es materia de este proceso, es un aspecto que no fue deferido a la decisión de árbitros en la medida en que claramente se trata de otros contratos y otros sujetos negociales.

Por ello, excede la competencia arbitral en este caso que en el laudo se realicen declaraciones en torno a la calidad de ‘doctrina probable’ de otras decisiones que han resuelto asuntos, como se dijo, con otros contratos, y entre otras partes, por lo que así se dispondrá en la parte resolutive de esta providencia.

Cosa distinta es que el Tribunal, en ejercicio de la autonomía e independencia que como autoridad jurisdiccional le otorga la Constitución Política, determine si, dadas las particularidades de este litigio y conforme a los hechos probados, la doctrina y consideraciones expuestas en tales providencias puedan servir de elemento a tener en cuenta en la parte motiva del laudo arbitral y apoyar o reforzar las consideraciones que para este particular litigio habrán de hacerse” (cuaderno principal No. 3, folios 315 y 316).

También es cierto que el tribunal de arbitramento acogió la undécima, literal c) de la demanda reformada en la que la convocante solicitó: *“Declarar, con fundamento en la doctrina probable inmersa en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luis Armando Tolosa Villabona, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, que toda estipulación celebrada en un momento anterior a la terminación de CONTRATO SUB IÚDICE que, directa o indirectamente, parcial o completamente, implique una renuncia de la Prestación Mercantil, es ineficaz”.*

No obstante, se observa que al abordar el estudio de la pretensión undécima el tribunal de arbitramento consideró que la renuncia a la prestación mercantil contenida en varias cláusulas del contrato suscrito entre los extremos del litigio “*va en franca contravía a lo que las partes celebraron y ejecutaron como ya se mencionó al analizar el ‘Contrato Realidad’, más aún cuando se originó en la iniciativa de la parte que ejerce posición dominante contractual, generando una asimetría contractual*”, renuncia que en manera alguna resulta justificada y, por el contrario, genera “*un correlativo enriquecimiento sin justa causa de la otra parte*”, por lo que acogió “*la posición expresada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de noviembre de 2017, al disponer que la prestación mercantil no puede ser renunciada durante la vigencia del respectivo agenciamiento comercial*” (cuaderno principal No. 5, folio 187).

Igualmente, aludió al fallo proferido por la Corte el 19 de octubre de 2011 y, específicamente en lo que concierne al literal c) de la pretensión undécima expresó que “*[e]n lo relativo a este punto y tal como ha sido presentada la pretensión y en atención a lo que se ha dicho anteriormente en este laudo, la sociedad [c]onvocada ejerció una posición de dominio contractual, mediante la inclusión de disposiciones que generaban un perjuicio y que resultaban abusivas y abiertamente lesivas para el [c]onvocante, a la luz de lo que se ha dispuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia*”, en razón de lo cual “*las cláusulas que se analizan devienen en ineficaces por no haberse tratado de una renuncia libre y espontánea expresada a la terminación del contrato*” (fl. 203 *ibídem*).

En este orden de ideas, resulta claro que los árbitros resolvieron la pretensión en comento apoyados en la jurisprudencia de la Corte Suprema para darle fortaleza a su decisión, sin que ello implique que estuviere haciendo alguna declaración sobre doctrina probable, lo que conduce a que no prospere la causal invocada.

3. La causal 7ª de anulación que prevé el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012, se estructura por “*[h]aberse fallado en conciencia o equidad, debiendo ser en derecho, siempre que esta circunstancia aparezca manifiesta en el laudo*”.

A términos de lo prescrito en el artículo 1º *eiusdem*, el arbitraje puede ser en derecho, en equidad, o técnico, debiendo las partes indicar en la cláusula compromisoria o en el compromiso el tipo de arbitraje, pues si omiten estipular al respecto el fallo que ha de proferirse debe ser en derecho.

El arbitraje es en derecho cuando los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente; en equidad o conciencia cuando deciden según el sentido común y la equidad; y técnico cuando los árbitros emiten su fallo en razón de sus específicos conocimientos en una determinada ciencia, arte u oficio.

El motivo de anulación del laudo arbitral por haberse fallado en conciencia y no en derecho, tiene que aparecer de manera ostensible y palmaria, por lo cual queda limitado a los casos en donde los árbitros haciendo abstracción de los elementos de convicción incorporados y de las normas jurídicas aplicables, resuelven el litigio bajo su íntima convicción atendiendo exclusivamente al sentido común y a la equidad, y sin necesidad de acudir a ninguna clase de argumentación jurídica.

Sobre el particular, la jurisprudencia tiene sentado:

“Ahora, el fallo en conciencia sólo se evidencia cuando la sentencia proferida no se sujeta al marco jurídico que debía acatar y solo se basa en la mera equidad, o cuando haya desconocido abiertamente el material probatorio incorporado al proceso, que le impidiera al juez darle el alcance adecuado a todos los medios de convicción, al punto de proferir una sentencia contra evidente.”¹⁰.

De manera más reciente se ha precisado que:

“el tribunal arbitral se apart[e] totalmente del marco jurídico aplicable a la controversia o de las pruebas puestas a su disposición. En esa medida, el laudo es en conciencia cuando la decisión carece de fundamento jurídico; se funda en la íntima convicción de los árbitros desconociendo el derecho aplicable o cuando se profiere desconociendo las pruebas con base en las cuales debía resolverse el litigio.

(...) Las controversias relativas al contenido y la valoración de los medios probatorios con fundamento en los cuales se profiere la decisión, lo que incluye evidentemente el alcance de las estipulaciones del contrato que da lugar al proceso, o de la determinación del derecho aplicable al mismo y la interpretación de sus disposiciones, no pueden plantearse en sede de anulación, en la cual el examen de la configuración del fallo en conciencia tiene que ver más con la motivación suficiente, que con la motivación adecuada.¹¹

Cuando las partes apelan una decisión judicial, pueden formular reparos sobre el contenido y la valoración de los medios probatorios con fundamento en los cuales se profiere la decisión a fin de que el superior resuelva sobre las objeciones que el recurrente haga en relación con las normas que el juez de primera instancia tuvo como base de su decisión y su interpretación, así como las relativas al valor y análisis de las pruebas. Esta forma de impugnación no cabe en relación con un laudo arbitral porque en tal caso las partes, por su libre voluntad, han optado por delegar en los árbitros designados la resolución -en única instancia- de los conflictos derivados de un contrato en el que se estipula el pacto arbitral”¹².

¹⁰ Consejo de Estado, sección tercera, abril 26 de 2.002

¹¹ Manuel Atienza advierte que una providencia está suficiente motivada <<no porque el órgano haya ofrecido la mejor motivación posible o simplemente una buena motivación>>; que la exigencia de la suficiente motivación <<busca que el proceso de aplicación del Derecho no permanezca en el secreto o en el anonimato, sino que contenga la explicitación del proceso lógico y mental que ha conducido a la decisión>> (Cfr. Curso de argumentación jurídica Trotta, Madrid 2018, p. 145)

¹² Cfr. C.E. Sección Tercera Subsección B. Sent. 03-08-2020. C.P. Martín Bermúdez Muñoz. Exp. No. 11001-03-26-000-2019-00078-00.

Al revisar la parte motiva del laudo¹³ la Sala observa que el tribunal de arbitramento incluyó en sus consideraciones lo siguiente:

- Explicó, con fundamento en los incisos 1° y 2° del artículo 1324 del C. de Co, y en el artículo 2535 del Código Civil, las razones por las cuales no prospera la excepción de prescripción propuesta por la convocada respecto de la cesantía comercial o prestación mercantil y la indemnización equitativa; advirtió que no ocurre igual con la comisión por residual, por legalización de kits prepago, por permanencia en pospago y por margen remuneratorio en sim cards, como quiera que su exigibilidad ocurrió al momento en el que se fueron causando, por lo que aquellas que se generaron antes del 11 de julio de 2013 prescribieron. Además, indicó las razones por las cuales en este caso no resulta aplicable la prescripción de que trata el artículo 900 del C. de Co.

- Preciso que en el caso *sub examine* no es necesaria la interpretación prejudicial del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, toda vez que las partes no debaten ni discuten la aplicación de normas comunitarias.

- Acometió el estudio, una a una, de las pretensiones de la demanda reformada y advirtió, luego de analizar las disposiciones contenidas en los artículos, 822, 864, 845 del Código de Comercio, los lineamientos contenidos en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, lo reglado en el Decreto 3466 de 1982 y en las leyes 142 de 1994, 1328 de 2009 y 1448 de 2011, como en la doctrina especializada, que el contrato celebrado por las partes es de adhesión.

- Explicó la diferencia entre doctrina probable y precedente judicial, luego de lo cual reiteró la incompetencia expresada en la primera audiencia de trámite, para conocer de las pretensiones sexta y séptima de la demanda reformada.

- Halló que el contrato suscrito entre los extremos del litigio es de agencia comercial y no de distribución, conclusión a la que arribó la autoridad luego de analizar diversos lineamientos jurisprudenciales y doctrinales, de cara a lo reglado en los artículos 1317 y 1321 del Código de Comercio; igualmente analizó varias de las estipulaciones

¹³ Cuaderno principal No. 5, folios 76 y siguientes.

del contrato, sus anexos y otrosíes, como también el concepto vertido en la experticia rendida por Jega Accounting House Ltda.

-Constató, con base en el dictamen pericial rendido, que la plenitud de los ingresos de la convocante se relacionaban con el contrato suscrito con Comcel, vínculo negocial que abarcó un amplio término de duración –diecinueve años y medio, aproximadamente-; resaltó que el esquema de prórrogas mensuales tuvo el potencial de inhibir fricciones con el titular del negocio, siendo manifiesto que el poderío contractual de la convocada precedió al contrato y se mantuvo durante todo el iter contractual; hizo alusión al interrogatorio de parte rendido por el representante legal de Comcel, en cuanto expresó que aunque el contrato no estuvo viciado de error, fuerza o dolo, debió firmarlo pues solo así podía ser parte de la red de distribuidores de Comcel; así mismo, los árbitros analizaron la prueba trasladada que mostró, en armonía con las demás documentales aportadas al proceso, que no existió una fase de negociación de ofertas y contraofertas entre las partes, y que en términos materiales no existió un real poder de negociación por parte del agente.

- Precisó que en el trámite quedó debidamente acreditada la posición de dominio contractual por parte de la convocada. Para el efecto, el tribunal de arbitramento se apoyó en jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en doctrina especializada, en la Resolución 2062 de 27 de febrero de 2009 proferida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones y en la multiplicidad de contratos allegados al plenario, celebrados entre Comcel y algunos de sus “*distribuidores*”.

- Comprobó que la convocada extendió y le impuso al agente el contenido de varias cláusulas contractuales, con lo cual desconoció lo dispuesto en el artículo 1326 del Código de Comercio que consagra el derecho de retención para garantizar el pago de las prestaciones que surgen en favor de este a la terminación del contrato. Además, al establecer renovaciones mensuales Comcel contradijo la naturaleza del negocio jurídico celebrado, para “*eludir las consecuencias económicas de un contrato de larga duración como es el de agencia comercial y así también tener un elemento de presión sobre Cell Net, para que mes a mes, so pena de una posible terminación, se sometiera a la voluntad unilateral de la convocada*”; abuso que también es evidente en las cláusulas que previeron la renunciabilidad de las pretensiones de agencia comercial, la caducidad para suscribir el acta de liquidación y

para efectuar reclamaciones al agenciado. Igualmente, los árbitros advirtieron una posición de dominio contractual en las denominadas “*actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas*” que Comcel extendió en desarrollo del inciso 2º de la cláusula 30 y del Anexo F del contrato, tras establecer de manera indeterminada que se encontraba cubierto y cancelado cualquier pago, indemnización, prestación o bonificación que por cualquier causa o concepto fuere exigible, incluyendo la prestación del artículo 1324 del estatuto mercantil estipulaciones, todas ellas, que contrarían los lineamiento de la jurisprudencia que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha proferido sobre el tema, y vulnera el principio de buena fe que consagra el artículo 871 *ibidem*, pues no se trató de una renuncia libre y espontánea expresada a la terminación del contrato.

- Aludió a los requisitos de existencia y validez de los contratos (arts. 1501 y 1502 del Código Civil), y se refirió al contenido de los artículos 830 y 899 del C. de Co, como también al canon 95 de la Constitución Política, luego de lo cual estimó que resultaba imperioso declarar la nulidad absoluta de las cláusulas abusivas impuestas por Comcel.

- Seguidamente, se ocupó el tribunal de arbitramento del análisis de la prestación mercantil de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, y señaló que aunque Comcel cuestionó la eficacia probatoria del dictamen pericial elaborado por Jega Accounting House Ltda., aportado por la convocante para efectos de la cuantificación de la prestación, lo cierto es que esa oposición no tiene fundamento, dado que en la experticia se liquidó correctamente la cesantía comercial, con inclusión de la totalidad de los ingresos y utilidades percibidos por Cell Net en razón de su actividad de promoción ejecutada en desarrollo del contrato de agencia comercial, tal y como lo prevé la norma en cita, razón de más para acoger esa experticia que se ajusta a las exigencias del artículo 232 del C. G. del P., pues contiene argumentos adecuados, se apoyó en documentos contables y contiene suficientes explicaciones acerca de cómo realizar el cálculo de la aludida prestación, cuyas conclusiones no fueron desvirtuadas en el curso del proceso, amén que tampoco se observa que “*a la hora de hacer las revelaciones de ley y de suministrar la información de que trata el artículo 226 del Código General del Proceso, el perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. haya incurrido en omisiones graves a partir de las cuales se pueda deducir una falta de objetividad o imparcialidad del perito. Hay que recordar que los requisitos, informaciones y manifestaciones exigidos por la norma en comento tienen como propósito*

brindarle al juez elementos de juicio para valorar adecuadamente la prueba pericial. En este caso, como ya se dijo, no encuentra el Tribunal que se haya incurrido en una omisión que le reste credibilidad al dictamen, máxime cuando en la diligencia de interrogatorio se ofrecieron suficientes explicaciones que le permiten al Tribunal concluir que se trata de una prueba pericial objetivamente sustentada”.

Con base en esas motivaciones, los árbitros determinaron que el valor de la prestación mercantil asciende a la suma de \$10.865'348.921, junto con los intereses moratorios causados.

-Estableció, con apoyo en el referido dictamen pericial, que en los libros de Comcel no consta registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados de la prestación mercantil a favor de Cell Net, aspecto que no fue negado en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de aquella; ciertamente, en los libros de la convocada únicamente aparecen unas subcuentas auxiliares que dicha compañía creó y denominó como *“Pagos anticipados de prestaciones, bonificaciones e indemnizaciones”*, las cuales pertenecieron a las subcuentas del OUC 260510 Y 529505; sin embargo, se demostró que las facturas que Cell Net emitió a partir de mayo de 2007 que incorporaron la leyenda *“Cláusula 30, inciso 3º, Pagos Anticipados de prestaciones, bonificaciones y/o indemnizaciones”* tuvieron tratamiento contable y tributario que es propio del pago de una típica comisión.

- Precisó que en relación con la comisión por residual *“el demandante advirtió error al referirse a la base de la liquidación”* como quiera que al formular la primera parte de la pretensión vigésima sexta aludió a un porcentaje del 3%, cuando lo correcto era el 5%, situación que impone el deber de interpretar la demanda, según lo ha destacado la jurisprudencia nacional. Efectuada dicha labor hermenéutica encontró que el porcentaje correcto es el 5% -el cual Comcel redujo al 2.5% y lo restringió a lo que se causara a partir del tercer mes de permanencia del abonado, evidenciando un incumplimiento grave del contrato- pues así se desprende del análisis conjunto de los hechos y de las demás pretensiones del libelo, de donde se sigue que es claro a partir de la *causa petendi* que el error de su formulación no impide entender su alcance.

- Constató, a partir del contenido del contrato, de sus otrosíes y anexos, que Comcel: (i) eliminó la comisión por buena venta en planes prepago (kits prepagos),

conducta que no se halla amparada en el otrosí suscrito por las partes en el año 2001, (ii) durante los últimos cinco años de ejecución del contrato, y hasta el 16 de junio de 2016 redujo la comisión por activación de \$50.000 a \$12.500, y la comisión por buena venta de \$70.000 a \$6000 y, posteriormente, modificó unilateralmente esa remuneración, que pasó a una comisión equivalente al 30% de las cargas de tiempo al aire libre que cada suscriptor realizara durante los primeros seis meses.

- Se refirió a la comisión por transacción de recaudo en CPS, prestación que Comcel mantuvo en el mismo valor nominal durante más de una década, sin parar mientes en la pérdida del poder adquisitivo del dinero por los efectos de la inflación -lo cual generó un desequilibrio en la relación contractual-, y a partir del 1º de enero de 2018 implementó de manera unilateral e inconsulta un esquema de reducción en las tarifas y, por si fuera poco, obligó a la convocante a pagar los costos mensuales de las transportadoras de valores que recogían los dineros que recaudaba, mostrando un abuso de su posición dominante.

Finalmente, la autoridad destacó que al haber quedado demostrados los diversos incumplimientos por parte de Comcel, la terminación del contrato por justa causa que adoptó la convocante se ajusta a las previsiones de los literales a) y b) del artículo 1325 del Código de Comercio, lo que da lugar a la imposición de las condenas respectivas discriminadas en la parte resolutive del laudo.

De todo el anterior recuento se concluye que, contrario a lo que argumentó la recurrente para apoyar la causal en estudio, el tribunal de arbitramento sí expuso los argumentos necesarios y pertinentes para sustentar cada una de sus decisiones; además, la situación fáctica del caso *sub examine* se subsume de forma lógica en los fundamentos jurídicos expresados en la parte motiva del laudo.

Así mismo, no se vislumbra en la sentencia de los árbitros la ausencia del análisis probatorio de rigor y, por el contrario, la autoridad efectuó expresa mención a los elementos de convicción que objetivamente fundamentan las determinaciones adoptadas. Dicho en otras palabras, el fallo muestra una relación clara entre la valoración probatoria y las decisiones del Panel arbitral.

En este orden de ideas, la causal alegada resulta infundada.

4. La causal 9ª de anulación que consagra el artículo 41 de la Ley 1563 de 2012 se estructura por *“Haber recaído el laudo sobre aspectos no sujetos a la decisión de los árbitros, haber concedido más de lo pedido o no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento”*.

La hipótesis en comento es la atinente a no haber decidido sobre cuestiones sujetas al arbitramento, y para tal efecto recuérdese que el artículo 281 del C.G.P. prevé que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos con la demanda, y con las excepciones invocadas.

La causal referida se funda en el principio de congruencia, que es una garantía del derecho fundamental del debido proceso (art. 29 C.P.), que por regla general se circunscribe a la sentencia, ya que el juez no puede dejar de decidir aspectos sustanciales esgrimidos por las partes al ejercer sus derechos de acción y contradicción, lo que constituiría una falta de consonancia entre lo pedido y lo resistido que, en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *“acontece cuando la sentencia (...) (ii) es diminuta en el evento en que deja de pronunciarse sobre peticiones de la demanda o sobre excepciones formuladas por el demandado o que debe reconocer de oficio (citra o mínima petita partium)”*¹⁴.

En materia arbitral el Consejo de Estado ha precisado que la causal en estudio *“se configura cuando el juez arbitral profiere un fallo extra petita, es decir, se pronuncia sobre aspectos o puntos que no han sido solicitados en la demanda, un fallo ultra petita, es decir, cuando condena por más de lo pedido en la demanda o un fallo citra petita, es decir, cuando no resuelve todas las pretensiones que se le presentan en la demanda o no se pronuncia sobre las excepciones propuestas por el demandado o que encuentra debidamente probadas”*¹⁵

En criterio de la recurrente, el tribunal de arbitramento concedió más de lo pedido en lo relacionado con la prestación mercantil, pues impuso condenas que excedieron ampliamente lo pedido, a pesar de la objeción presentada por Comcel, sin tener en cuenta la razonabilidad y legalidad del dictamen pericial. Por ello, se debe declarar la nulidad del numeral décimo cuarto de la parte resolutive del laudo, en el que se condenó

¹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sentencia proferida el 19 de diciembre de 2017. SC22036-2017. Radicación No. 73001-31-03-002-2009-00114-01.

¹⁵ Cfr. C.E. Sección Tercera Subsección C. Sent. 10-11-2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. No. 11001-03-26-000-2016-00063-00.

al pago de \$10.865'348.921, cuando lo cierto es que la convocante pidió \$9.025'347.469 o la suma que resultara probada en el proceso.

También alega que la autoridad concedió más de lo pedido al interpretar a favor de Cell Net el literal a) de la pretensión vigésima sexta de la demanda, pues modificó del 3% al 5% el porcentaje de la comisión residual que esta tenía derecho a devengar, interpretación cuyas repercusiones económicas son altísimas, pues en el numeral 37.3 de la parte resolutive del laudo se condenó a la convocada a pagar la suma de \$3.578'852.223 por dicho rubro.

Advierte la Sala que la convocante solicitó en la pretensión décima séptima de la demanda reformada condenar a Comcel a pagarle por concepto de prestación mercantil \$9.025'347.469 *“o aquella otra que resulte probada en este proceso”*.

Así, en los precisos términos en los que se formuló la pretensión, el tribunal de arbitramento tenía la prerrogativa de condenar a la convocada a pagar por dicho rubro la suma solicitada, o aquella que se probara en el curso del proceso. Entonces, al analizar el dictamen pericial que rindió Jega Accounting House Ltda., los árbitros advirtieron que el cálculo de la prestación mercantil se realizó acertadamente, considerando la totalidad de *“los ingresos que a título de comisiones, regalías y utilidad recibió CELL NET en los últimos tres años de ejecución del contrato”*, como lo prevé el artículo 1324 del Código de Comercio.

Además, la autoridad precisó que en el cálculo de la cesantía comercial se debe incluir también *“el valor de aquellas prestaciones que no le fueron debidamente reconocidas a CELL NET, es decir, las comisiones que COMCEL le debió pagar y se abstuvo de hacerl[o] y, en general, los demás ingresos a que tenía derecho la convocante”*, lo cual arroja un valor total de \$10.865'348.921 (cuaderno principal No. 5, folio 215).

El tribunal de arbitramento destacó que *“si bien es cierto COMCEL controvirtió la citada prueba pericial a través del dictamen elaborado por Jorge Arango Velasco y Melissa Varela, no lo es menos que esta última prueba pericial no es categórica y concluyente a la hora de evidenciar un verdadero yerro o dislate cometido por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. Hay que recordar que para que un dictamen pierda su eficacia probatoria por la comisión de errores graves, deben estar presentes equivocaciones notorias y trascendentes que traigan como consecuencia que las conclusiones*

incorporadas en dicho medio de prueba resulten contraevidentes, lo cual no ocurre en este caso, toda vez que JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. se limitó a hacer un cálculo objetivo basado en los ingresos y utilidades obtenidas [por] CELL NET en desarrollo y ejecución del contrato de agencia comercial celebrado por COMCEL, a lo cual debe añadirse que en el dictamen se hace una discriminación de dichos rubros y se explica con suficiencia la forma de realizar el cálculo de que trata el citado artículo 1324 del Código de Comercio, habiéndose aportado los soportes documentales y contables requeridos para tal menester”.

Y refuerza aún más la facultad que tenían los árbitros para reconocer una suma superior a la que solicitó la convocante, el hecho de que Comcel objetó el juramento estimatorio lo que habilitaba imponer condenas superiores a lo solicitado, conforme lo prevé el inciso 5 del artículo 206 del C.G.P.

No sucede lo mismo con el reconocimiento de los árbitros del 5% de la comisión por residual a pesar de haberse solicitado sólo el 3% como pasa a explicarse. Es claro que una de las labores de juez al momento de proferir la sentencia es la de interpretar la demanda, pero no es una facultad omnímoda, sino que tiene unos límites sólo procede cuando el libelo es oscuro o ambiguo, sobre el particular la jurisprudencia ha precisado que:

“Acerca de esta particular cuestión, tiene dicho la Corte que ‘cuando el lenguaje de la demanda, sin ser indescifrable por completo, no se ajusta a la claridad y precisión indispensables en tan delicada materia’ (CLXXXVIII, 139), para ‘no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal’ (CCXXXIV, 234), ‘el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos’, realizando ‘un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos’, ‘mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral’ (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), ‘siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho’, bastando ‘que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda’ (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185).”¹⁶.

Ahora bien, el principio de congruencia que regula las decisiones jurisdiccionales impone el deber de que exista consonancia con los hechos, pretensiones y excepciones, lo que implica que el juez no puede proferir una sentencia en la que se pronuncie acerca de algo que no fue solicitado por las partes (extra petita) o en la que otorgue más de lo

¹⁶ C.S.J., SC cas. civ. de 6 de mayo de 2009, exp. 00083

pedido (ultra petita), temática sobre la cual el Consejo de Estado en una temática similar a la que analizada refirió que:

“habrá incongruencia si el sentenciador trastocó de manera relevante el debate contradictorio objeto de arbitraje, sorprendiendo al colegiado con un dictamen que se pronunció o concedió derecho o cosa diferente a la pedida por la parte interesada, caso en el cual el fallo será extra petita ubicándose por fuera de las cuestiones que componen la controversia litigiosa (pues nadie pidió lo que se concedió); al tiempo que se revelará como ultra petita cuando lo reconocido o condenado por el sentenciador, pese a estar comprendido dentro del marco litigioso, excede en cantidad o cuantía lo demandado; en este último caso el vicio se contraerá a la concedido en exceso”¹⁷.

En el presente asunto no cabe duda que en la pretensión VIGÉSIMA SEXTA: “En cuanto a la denominada comisión por residual”, se solicitó “a) Declarar que LA CONVOCANTE tenía derecho a devengar una comisión por residual equivalente al **tres por ciento (3%)** de los consumos realizados por los suscriptores de planes pospago activados por ella” (negrilla fuera de texto), y ninguna duda que fue ese el porcentaje pedido, más aún si se atiende que la demanda fue reformada, de ahí que si se había incurrido en un lapsus calami tuvo esa oportunidad para corregirla, sin que sea viable modificar una pretensión so pretexto de interpretar la demanda.

Sobre el particular en la parte motiva del laudo se indicó que¹⁸ “De acuerdo con lo dicho precedentemente, el Tribunal declarará prósperas, por corresponder a lo probado en el proceso, las peticiones contenidas en los literales a), b) y c) de la Vigésima Sexta Pretensión (...) en el sentido que la Convocante tenía derecho a una comisión del 5% de comisión por residual, de acuerdo a lo previsto en el Anexo A del contrato suscrito por las partes; que COMCEL lo redujo a un 2.5%, y que igualmente restringió dicha comisión a lo que se causara a partir del tercer mes de permanencia del abonado” y agrega que “el alcance jurídico de esas decisiones será objeto de análisis al decidir la petición del literal f) de esta pretensión”.

De lo hasta aquí expuesto resulta evidente que el tribunal de arbitramento al reconocer un 5% que no fue solicitado, incurrió en un fallo ultra petita, esto es, concedió más allá de lo pedido, y al tenor de lo reglado en el artículo 43 de la Ley 1563 de 2012 procede la corrección del laudo en ese particular aspecto.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de veintisiete (27) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), exp. 59913.

¹⁸ Folios 212 y s.s. C5

Ahora bien, el tribunal de arbitramento en el numeral 37.3 dispuso que “*A título de lucro cesante, la suma de TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS VEINTITRÉS PESOS (\$3'578.852.223) que corresponde a la comisión por residual que CELL NET DE OCCIDENTE S.A., durante los últimos cinco años de ejecución del contrato objeto del presente trámite, dejó de percibir*”, monto que fue liquidado al 5% conforme se advierte al analizar el dictamen pericial que sirve de fundamento a dicha decisión.

En consecuencia, si lo solicitado sólo fue el 3%, y la convocada había cancelado el 2.5% de dicha comisión, luego sólo faltaba por reconocer el 0,5%, monto que se deduce de la siguiente operación:

Si \$3578852223 equivale al 2.5% cuanto equivale el 0,5%, entonces

$$X = \frac{3578852223 \times 0.5\%}{2,5\%}$$

$$X = 715'770.444,60$$

De acuerdo a lo discurrido la causal en comento está llamada a prosperar parcialmente.

5. En relación con la “*Causal andina de anulación de laudos arbitrales: ausencia de interpretación obligatoria por parte del Tribunal de la Comunidad Andina*”, la jurisprudencia ha puntualizado que “*en el marco de los procedimientos arbitrales cursados en alguno de los Estados parte de la Comunidad Andina de Naciones, la jurisprudencia comunitaria, al reconocer que los árbitros se adscribe[n] dentro de la noción de ‘juez nacional’, también ha hecho exigible respecto de ellos el cumplimiento del trámite de interpretación prejudicial obligatoria en aquellos litigios donde se deba fallar en derecho y se discuta o aplique una norma comunitaria*¹⁹, de ahí que este deber no pueda ser suplido en sede del juez de anulación pues éste actúa como instancia extraordinaria. Siendo que el arbitramento consiste en un juicio de única instancia carente de recursos ordinarios, se ha entendido que

¹⁹ “Por lo tanto, si los árbitros tienen funciones jurisdiccionales y actúan en última instancia y no dependen de los jueces nacionales; para los efectos de la norma comunitaria actúan como jueces nacionales, es decir, de acuerdo con la interpretación extensiva están incluidos dentro del concepto de juez nacional los árbitros que deciden en derecho, luego deben solicitar la interpretación prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de manera directa, sin que sea necesaria la participación o mediación de organismos judiciales”. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de Naciones. Sentencia de 26 de agosto de 2011. Proceso 03-AI-2010.

*es posible ventilar el incumplimiento del procedimiento de interpretación prejudicial en sede del juez de anulación del laudo, más aún le asiste al Juez la competencia oficiosa de declarar ello inclusive cuando el recurrente no censure el laudo impugnado por tal razón*²⁰. (sublínea fuera del texto original).

En este orden de ideas, es claro que la causal en estudio no puede abrirse paso, para lo cual basta ver que en el *sub judice* no se discutió la aplicación de normas que hagan parte del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, pues tanto las actuaciones procesales de ambas partes, como el laudo arbitral, se basaron en su integridad en las disposiciones de los Códigos Civil y de Comercio.

6. De acuerdo a lo discurrido se accederá parcialmente al recurso de anulación, lo que conlleva a que no se condene en costas al recurrente al amparo de lo reglado en el artículo 365 del C.G.P.

VI. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, la Sala Primera Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR infundado el recurso de anulación interpuesto por Comunicación Celular S.A. Comcel S.A., contra el laudo proferido el 3 de febrero de 2020 por los árbitros Carlos Mayorca Escobar, Marcela Castro Ruiz y Gilberto Alzáte Ronga, convocado por Cell Net de Occidente S.A. respecto de las causales 3 y 7.

SEGUNDO: DECLARAR fundado parcialmente el recurso de anulación formulada en lo que toca con la causal 9ª y en consecuencia, modificar el numeral 37.3 del laudo proferido el 5 de diciembre de 2019 el que quedará de la siguiente forma: “*A título de lucro cesante, la suma de que corresponde a la comisión por residual que CELL NET DE*

²⁰ Cfr. C.E. Sección Tercera Subsección C. Sent. 10-11-2016. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. No. 11001-03-26-000-2016-00063-00.

OCCIDENTE S.A., durante los últimos cinco años de ejecución del contrato objeto del presente trámite, dejó de percibir la suma de setecientos quince millones, setecientos setenta mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$715.770.444,60)”.

TERCERO: Sin condena en costas.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.

Adriana Ayala Pulgarin.
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá, D.C., tres de mayo de dos mil veintiuno.

Radicado: 11001 22 03 000 2021 00259 00

Se pone de presente a las partes que, según pudo establecer el Despacho y de acuerdo con lo corroborado por la Secretaría en informe de esta fecha, el recurso extraordinario de anulación interpuesto por la convocante contra el Laudo Arbitral proferido el 5 de noviembre de 2020 por el Tribunal de Arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá dentro del litigio promovido por RH Group S.A.S. – MDC S.A.S. contra CRM S.A.S., ya fue resuelto dentro de la radicación 11001 22 03 000 2021 00104 00 mediante providencia de 6 de abril de 2021 (M.P. Ricardo Acosta Buitrago).

En firme este proveído, vuelva el expediente al Despacho para lo pertinente.

NOTIFÍQUESE

El Magistrado,

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

11001 22 03 000 2021 00259 00

Firmado Por:

**GERMAN VALENZUELA VALBUENA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 019 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:

65b467225aadf2f0f393d080417f2ac8559d83954ab90963f5309211f9158f26

Documento generado en 03/05/2021 05:34:15 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	ZONA LOGISTICA SAS – ZLG S.A.S
DEMANDADO	:	ZONA LOGÍSTICA S.A.S
RADICACIÓN	:	110013199001202023728 01
DECISIÓN	:	CONFIRMA
FECHA	:	Tres (3) de mayo de 2021

ASUNTO

La Magistratura decide el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante contra el auto N° 124872 del 11 de diciembre de 2020 mediante el cual se desestimó la solicitud de medidas cautelares presentada por Zona Logística S.A.S. ZLG S.A.S.

ANTECEDENTES:

Por intermedio de apoderada judicial, Zonalogistica S.A.S. -ZLG S.A.S. promovió demanda jurisdiccional contra Zona Logística S.A.S., por la infracción de la marca ZONA LOGÍSTICA (MIXTA), certificado de registro número 493.615 y el nombre comercial ZONA LOGÍSTICA.

Así mismo, la sociedad demandante solicitó el decreto de las medidas cautelares de conformidad a lo contemplado en los artículos

245 a 249 de la Decisión 486 de 2000, señalando que su objeto social se dirige a la prestación de servicios relacionados con la cadena de abastecimiento y logística. Afirmó cuenta con distintas unidades de negocio para entrelazar la operación logística con otras industrias, tales como: soporte experto; consultoría, gestión ayudada de Tecnología, Operación In-house, entre otros. Afirmó realizan capacitaciones y actualizaciones en temas de interés para la comunidad logística, utilizando pautas publicitarias, escuelas virtuales, Seminarios, cursos, revistas y eventos, entre otros. Para ofrecer sus servicios, ZGL utiliza la página web www.zonalogistica.com.

Adujo que desde 2001, ZLG se identifica de manera ininterrumpida en el mercado de cadena de abastecimiento y logística, bajo la expresión “ZONA LOGISTICA” conforme se evidencia en la primera edición de la revista Zona Logística del 22 de diciembre de 2000. En 2014 le fue concedida a ZLG la marca mixta ZONA LOGISTICA, identificada con certificado de registro número 493.615 para identificar productos y/o servicios comprendidos en las clases 16, 35, 39 y 41 de la clasificación Internacional de Niza. Afirmó que mediante Resolución No. 13798 de 2016, también se le concedió el depósito del nombre comercial “ZONA LOGÍSTICA” identificado con el número de depósito 23.154.

Respecto de la accionada, ZONA LOGISTICA, afirmó se trata de una empresa constituida en el año 2008 y dedicada al transporte de carga, mercancías, almacenamiento, depósito, manipulación y distribución de carga, entre otros. Añadió que la accionada organiza eventos, recreativos, culturales, deportivos en los que se ejecutan actividades propias de marketing y publicidad a través de la web www.zonalogistica.com.co. Sobre la página web, resaltó que, si bien a través del servicio de la web “Whols” habría sido infructuoso establecer

la titularidad del dominio en cabeza del accionado, la información contenida en este portal (datos de contactos) coincide con aquella relacionada en su certificado de existencia y representación legal, lo que permite vincular el portal con la demandada.

Mencionó que la demandada solicitó el registro de la marca mixta para identificar servicios comprendidos en la clase 29 de la clasificación internacional de Niza, relacionados con transporte, carga y almacenamiento de mercancías. No obstante, con ocasión a la oposición presentada por ZLG, tal solicitud de registro fue negada sin que hubiese sido recurrida. Añadió que en el año 2020 la demandada, ZONA LOGISTICA, solicitó la cancelación por no uso de la marca mixta ZONA LOGÍSTICA titularidad de ZLG, para identificar servicios comprendidos en clase 39 de la Clasificación Internacional de Niza. Debido a lo anterior, mediante Resolución No. 203072 de 2020 se canceló parcialmente el certificado de registro No. 493.615, excluyendo la clase 39 y dejando vigente su alcance a los servicios de las clases 16, 35 y 41.

Concluyó que el signo utilizado por la accionada, esto es ZONA LOGÍSTICA/ZONA LOGÍSTIKA son idénticos a su nombre comercial y marca mixta, por demás, usado para distinguir servicios idénticos a los suyos, tales como la realización de eventos, así como otros conexos competitivamente, conforme a las precisiones realizadas por el Tribunal de Justicia Andino en la interpretación prejudicial 100-IP-2018. Afirmó que el signo usado por el accionado vulnera sus derechos de propiedad industrial sobre la marca y nombre comercial, pues las similitudes entre sus nombres de dominio, la identidad de los servicios que ofrecen y el nombre con el que se identifican generarían confusión entre los consumidores.

Por auto 124872 del 11 de diciembre de 2020, la delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio denegó la solicitud de medidas cautelares tras considerar no acreditado el tercer requisito para la procedencia de las cautelas referente a *(iii) que el interesado presente pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión la comisión de la infracción o su inminencia, carga procesal que deberá ser asumida por quien solicita la medida.*

Para decidir como lo hizo, refirió el juez de instancia que *“Respecto del registro titularidad de la accionante, encuentra el Despacho el signo mixto ZONA LOGISTICA fue concedido, en su momento, mediante certificado de registro de marca No. 493615 para la prestación de los servicios enlistados en las clases 16, 35, 39 y 41. A lo que es importante destacar que en la protección conferida en tal registro no fue otorgado derecho de exclusividad sobre las expresiones descriptivas aisladamente consideradas, sino sobre el conjunto marcario nominativo-grafico (Pág. 4, Consecutivo 0 y pág. 3 consecutivo 7), entiendo como objeto de esta exclusión las expresiones ZONA y LOGISTICA por ser las únicas comprendidas en el conjunto marcario.*

Sumado a ello, conforme al hecho décimo quinto del escrito de demanda y la Resolución N° 203072 del 4 de mayo del presente año2 se evidencia que dada la solicitud de cancelación presentada por la accionada tal registro habría sido cancelado parcialmente excluyendo aquellos servicios vinculados a la clase 39 de la Clasificación internacional de Niza (Pág. 3, Consecutivo 0) y vinculados con la prestación de servicios de carga y transporte.

Así las cosas, de cara a las precisiones realizadas el registro titularidad del accionante solo podría oponerse a otros signos que repliquen el conjunto marcario, sin pretender reivindicar elementos nominativos, aisladamente considerados. Por lo tanto, las pruebas aportadas en esta etapa cautelar, generan duda en este juzgador sobre la apariencia de buen derecho de cara a

la alegada infracción de unos derechos de propiedad industrial, la cual es un presupuesto para el decreto de las medidas cautelares”.

LA APELACIÓN

Señaló que se equivocó el *a quo* al no tener por demostrada la apariencia de buen derecho, que descartó sobre la base de que la marca de la demandante es de aquellas clasificadas como débiles, de tal forma que su infracción únicamente se podría producir *“cuando haya una reproducción simultánea de su elemento nominativo así como de su elemento gráfico”*. Al respecto expuso que la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante SIC), en su rol de autoridad marcaria, había negado en dos oportunidades el registro de la marca ZONA LOGÍSTICA (MIXTA) solicitada por la sociedad demandada.

Explicó que la SIC, en su análisis como autoridad administrativa, se refirió al conjunto de los elementos que componen los signos comparados (nominativos y gráficos), lo que es propio del cotejo en estos casos en que los signos se conforman de un gráfico en el que sobresalen las palabras, pues estas no constituyen únicamente el elemento nominativo, sino que hacen parte fundamental del componente gráfico. En consecuencia, resultaba errado desconocer la existencia de la infracción, pues no viable desligar el elemento nominativo del gráfico a la hora de realizar el cotejo entre signos para establecer la violación a los derechos marcarios de la accionante.

En relación con la infracción, refirió que aquella se evidenciaba con mayor claridad a partir de la forma y los medios empleados por la accionada para cometerla. Lo anterior, pues ha utilizado medios en los que se puede hacer uso de manera simultánea de palabras e imágenes (sus redes sociales, página web, vehículos y establecimientos de comercio,),

pero también se ha valido de medios en los que, por su naturaleza, es imposible usar imágenes (razón social y nombre de dominio), pues se conforman solo de palabras.

Por eso resultó desacertado exigir en la providencia impugnada que la infracción proviniera de signos que incluyeran una gráfica, pues, en estos casos, la violación del derecho marcario únicamente puede darse con palabras, pues aquellas son las que los componen. Conforme con lo anterior, el cotejo en este caso debió realizarse a partir de las palabras que conformaban los signos (ZONA LOGÍSTICA/LOGÍSTIK), lo que hubiera llevado al Despacho a concluir que se encontraba acreditada razonablemente la comisión de la infracción, máxime cuando fue la cantidad de casos de confusión presentados lo que dio lugar a la solicitud cautelar.

Por último, sostuvo que la afirmación contenida en el auto apelado de que la marca de titularidad de la accionante es débil implica desconocer los medios a través de los cuales aquella se reproduce y el alcance sus derechos como titular de un signo distintivo.

CONSIDERACIONES

Como se colige de la impugnación, el debate se centra en establecer si, de conformidad con el artículo 247 de la Decisión 486, se presentaron *“pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción o su inminencia”*. Con este fin se examinará, en primer lugar, el alcance del derecho de propiedad industrial en cuestión, para luego determinar si se está ante su eventual infracción por parte de la sociedad accionada.

El derecho de propiedad industrial en cabeza de la accionante corresponde a la siguiente marca:

MARCA	TIPO	CLASE	CERTIFICADO	VIGENCIA
	Mixta	16 / 35 / 41 ¹	493615	27/05/2024

A efectos de determinar la probable comisión de la infracción resulta necesario tener en cuenta que, al momento de conceder el derecho marcario a la accionante, expresamente se señaló que *“NO SE OTORGA DERECHO DE EXCLUSIVIDAD SOBRE LAS EXPRESIONES DESCRIPTIVAS AISLADAMENTE CONSIDERADAS SINO SOBRE EL CONJUNTO MARCARIO NOMINATIVO-GRAFICO”*. Esto supone que no le está dado al titular del derecho marcario reivindicar el uso aislado del elemento denominativo que hace parte del signo, esto es, la expresión *“ZONA LOGÍSTICA”*.

Desde esa perspectiva, no se evidencia que el *a quo* haya incurrido en ningún yerro al realizar el cotejo a partir del conjunto marcario y los elementos que lo integran, que no solo con su elemento denominativo, como lo pretende la apelante. Debe aclararse que el argumento se expone en el recurso relativo a que las palabras hacen parte del componente gráfico del signo, corresponde a una confusión de los conceptos, lo que se hace claro a partir de la conceptualización que ha hecho el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina respecto de cada uno de los elementos

¹ Originalmente la marca se había concedido también para identificar los productos y servicios comprendidos en la clase 39 de la Clasificación Internacional de Niza; sin embargo, fue cancelada parcialmente posteriormente por no uso en lo que respecta a dicha categoría.

que integran los signos mixtos. Al respecto dicha autoridad ha explicado que los signos mixtos se componen de dos elementos, uno denominativo y otro figurativo o gráfico. El primero –denominativo— está “*representado por una o más palabras pronunciables, dotadas o no de un significado o concepto*”², mientras que el segundo elemento–figurativo o gráfico—, está formado “*por trazos definidos o dibujos perceptibles visualmente, los cuales pueden adoptar varias formas, como emblemas, logotipos, íconos, etc., pudiendo evocar o no un concepto*”³.

Desde esa perspectiva, es claro que las palabras no hacen parte del elemento gráfico del signo, pues aquellas integran es la parte denominativa de este. Ahora bien, ello resulta relevante para el presente análisis, debido a que, como ya se advirtió, al titular del derecho de propiedad industrial no lo estaba dado reivindicar aisladamente el elemento denominativo o, en otras palabras, aquel no podía reclamar la existencia de una infracción por el simple uso que un tercero hiciera de la expresión “ZONA LOGÍSTICA”.

Aceptar una tesis como la propuesta por la apelante supondría reconocerle derecho de exclusiva sobre la expresión “ZONA LOGÍSTICA”, en contravía de lo determinado en el acto administrativo que le concedió el registro de su marca, que limitó dicha prerrogativa del titular al conjunto nominativo-gráfico. Ello quiere decir, que para que se configure una infracción al derecho marcario en cabeza de la accionante resulta necesario que la similitud o identidad se predique tanto del elemento denominativo como del componente gráfico del signo.

Esta circunstancia descarta que en el caso de aquellas marcas mixtas respecto de las cuales se ha otorgado al titular el derecho de exclusiva únicamente en relación con el conjunto nominativo-gráfico, su

² Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina / Proceso 83-IP-2017.

³ *Ibíd.*

infracción pueda producirse a través de aquellos medios en los que, por su naturaleza, solo se pueda reproducir el componente denominativo del conjunto marcario. En este caso, ello se ve reflejado en que no había lugar a que, conforme las pruebas obrantes en el expediente, razonablemente se produjera una infracción al derecho marcario de la accionante a través del nombre de dominio o la razón social de la accionada. Como se admitió en el recurso, en aquellas solo se puede reproducir el elemento denominativo del conjunto marcario, lo que resulta insuficiente para que se produzca la violación de la prerrogativa del titular del signo distintivo.

Descontado, en este momento preliminar, que la infracción al derecho marcario de la accionante pudiera producirse únicamente por la reproducción del elemento denominativo de su signo, se pasa a verificar si se arrimaron pruebas que permitan presumir razonablemente la comisión de la infracción, esto es, que sirvan para “reconocer[la] como probable”⁴, de acuerdo con el estándar adoptado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

La peticionaria funda la infracción en el supuesto previsto en el literal d) del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000, esto es, la existencia de un riesgo de confusión o asociación por el uso de la demandada en el comercio de un signo similar o idéntico a aquel de propiedad de la sociedad accionante. A esos efectos, lo primero que se debe establecer es si la accionada utiliza en el mercado el signo que se reputa como infractor, lo cual se encuentra sumariamente demostrado en el presente caso, a partir del certificado de existencia y representación de legal de la sociedad demandada (ZONA LOGÍSTICA S.A.S.). En dicho documento se indica que el sitio web de dicha compañía corresponde a www.zonalogistica.com.co, lo que permite determinar, a partir de las

⁴ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina / Proceso 049-IP-2012.

imágenes publicadas en esa página web, el uso por la accionada del signo “ZONA LOGISTIK” para distinguir sus bienes y servicios en el comercio.

Verificado el uso por la accionada del signo que se denuncia como infractor, se pasa a estudiar lo referente a la existencia de un riesgo de confusión o asociación entre los signos confrontados. Según lo enseña el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, para efectos de este análisis se debe, en primer lugar, verificar si los signos confrontados son similares o idénticos, para luego examinar si esa circunstancia “*es capaz de generar riesgo de confusión (directo o indirecto) o de asociación en el público consumidor*”⁵. Para efectos de determinar la existencia de un riesgo en los términos definidos previamente, se pasa a realizar el análisis correspondiente, para lo que se presentan a continuación ambos signos:

MARCA DEMANDANTE	MARCAS USADA POR LA DEMANDADA
	

Por ser claro que no se trata de signos idénticos, se pasa a analizar si en este caso el riesgo de confusión o asociación se podría originar en la similitud que existe entre estos, la cual, en palabras del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, “*presupone que entre los objetos que se comparan existen elementos comunes pero coexistiendo con otros aparentemente diferenciadores, produciéndose por tanto la confundibilidad.*”⁶

⁵ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina / Proceso 035-IP-2020.

⁶ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina / Proceso 021-IP-2008.

Siguiendo lo señalado por el Tribunal Andino de Justicia, a la hora de analizar la similitud entre dos signos distintivos de carácter mixto, como los estudiados en el presente caso, en primer lugar, se debe estudiar cuál es el elemento que predomina del conjunto, pues será a sobre ese componente que deberá recaer el estudio para establecer la semejanza de los signos confrontados.

No obstante lo anterior, como ya se advirtió, en el presente caso a la accionante se otorgó protección sobre el conjunto nominativo-gráfico, lo que supone que el riesgo de confusión o asociación que puede ser repelido por el titular del derecho marcario es aquel en el que el infractor hace uso de un signo que resulta similar a aquel de la demandante tanto en el componente denominativo como en el componente figurativo.

En el presente caso, si bien existe similitud o semejanza en la parte denominativa de los signos confrontados, no sucede lo mismo con el elemento gráfico, el cual ofrece diferencias relevantes, que permiten concluir que no existe riesgo de que el consumidor medio se confunda o asocie los productos de ambos empresarios al apreciar los conjuntos marcarios de forma sucesiva, esto es, al observar un signo después del otro.

De un lado, resulta relevante destacar que el componente gráfico prácticamente no se encuentra presente en el signo infractor. Con todo, al comparar la fuente de letra empleada en ambos signos, los colores utilizados y la disposición de las palabras se advierten divergencias que permiten descartar el riesgo de confusión y asociación entre los conjuntos marcarios cotejados. En efecto, mientras que en signo de la accionada se usa una tipología gruesa y con mayúsculas sostenidas, en la marca de la accionante se emplea una letra fina, en el que la mayúscula únicamente se utiliza en la primera letra. En lo que atañe a los colores utilizados, si bien

es cierto que en ambos aparece la palabra “ZONA” en color rojo, no se puede pasar por alto que en la marca de la accionante predomina el color azul, el cual ni siquiera es utilizado en el signo de la demandada, pues la palabra “LOGISTIK” aparece en color blanco. Finalmente, se aprecia que en la marca de la demandante las palabras se encuentran puestas una sobre la otra, mientras que en el signo de la accionada estas aparecen de forma horizontal una pagada a la otra. Las marcadas diferencias en el componente gráfico de los signos confrontados permite concluir la ausencia de riesgo de confusión entre los conjuntos marcarios cotejados, no obstante la similitud en el componente denominativo, el cual, se insiste, no puede reivindicarse de forma aislada por el la accionante.

En relación con lo anterior debe hacerse énfasis en que, debido a la protección limitada que se le otorgó a la marca solicitada por la accionante —sobre el conjunto nominativo-gráfico—, aquella está llamada a soportar el riesgo de confusión y asociación que se origine en la reproducción que verse únicamente sobre el elemento denominativo, dado que sobre el conjunto de palabras que conforman la marca no se le concedió un derecho en exclusiva, lo que le imposibilita impedir que terceros hagan uso de signos semejantes, cuando la similitud versa exclusivamente sobre dicho componente.

Y es que, como quedó determinado en el certificado de registro, las expresiones o palabras que conforma la marca son descriptivas, lo que supone que aisladamente no pueden ser objeto de protección, por carecer de distintividad. Con fundamento en el artículo 135 de la Decisión 486 de 2000, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha explicado que *“no es registrable un signo conformado exclusivamente por designaciones o indicaciones descriptivas. Sin embargo, los compuestos formados por uno o más vocablos descriptivos tienen la posibilidad de ser registrados siempre que formen un conjunto suficientemente distintivo. El titular de un*

*signo con dichas características no puede impedir la utilización del elemento descriptivo y, por tanto, su marca sería considerada débil*⁷.

En el presente caso, es claro, de acuerdo con el certificado, se puede inferir que se concedió la marca solicitada a la accionante únicamente con derecho de exclusividad sobre el conjunto marcario (nominativo-gráfico), pues este el que cuenta con la distintividad necesaria para el otorgamiento de dicho derecho de propiedad industrial, de la cual carece el elemento denominativo aisladamente considerado.

Ahora bien, si bien es cierto que se pueden presentar confusiones por el uso de la expresión “ZONA LOGÍSTICA” por terceros, lo cierto es que aquellas deben ser toleradas por la accionante, pues se trata de la consecuencia derivada del uso de una marca débil, según la interpretación prejudicial a la que hizo alusión con anterioridad.

Por último, en relación con los reparos que funda la accionante en los actos administrativos proferidos por la Superintendencia de Industria y Comercio, en su calidad de autoridad marcaria, en los que declara fundada la oposición al registro presentada por la sociedad accionante, debe señalarse que dichas decisiones no vinculan al órgano judicial, el cual cuenta con plena autonomía para establecer, a partir de los términos en que fue concedido el derecho marcario, el alcance de la protección concedida al titular, que en este caso está claro lo fue únicamente sobre el conjunto marcario nominativo-gráfico.

En consecuencia, por las razones aquí consignadas, se confirmará la decisión apelada teniendo en cuenta que no se encuentran acreditados los presupuestos para la procedencia del decreto de medidas cautelares.

⁷ Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina / Proceso 035-IP-2020.

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

RESUELVE:

PRIMERO: Confirmar el proveído apelado de fecha y origen preanotados, de conformidad con las motivaciones que anteceden.

SEGUNDO: Oportunamente devuélvase las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,



LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada

Firmado Por:

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 008 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación: **ec1a19de588e26142db13d5ad83a6f9590e0f18d2bbd13bd1fea55cea3ada24a**

Documento generado en 03/05/2021 03:42:25 PM

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso verbal instaurado por Javier Antonio Gutiérrez Lozano contra la sociedad Palmeras La Cabaña Gutiérrez y Cia S. en C. Rad. No. 11001310300220170029001.

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto número 806 de 2020, se **RECHAZA POR EXTEMPORÁNEA** la solicitud de pruebas que hiciera la apoderada de la parte demandante el día 12 de abril del año que avanza toda vez que el auto que admitió recurso de apelación se notificó por estado el día 6 de abril del año en curso, luego tenía hasta el día **9 de abril de 2021, a la hora de las 5:00 p.m.**, fecha en la que cobró ejecutoria.

Por **Secretaría**, contrólense el término de sustentación del recurso de apelación, y oportunamente regrese el expediente al despacho.

NOTIFÍQUESE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL
TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación:

**070743a33df625ba8a4cb745097d4b97956d2a14685b875e118
dcc89fdf42a14**

Documento generado en 03/05/2021 03:16:57 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

des12ctsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Proceso verbal instaurado por Alcira Ávila Martínez contra Zurich Colombia Seguros SA – Banco Av Villas SA. Rad. No. 11001319900320203952301.

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

En los términos del artículo 14 del Decreto Legislativo número 806 de 2020, mediante proveído calendado del doce (12) de abril de dos mil veintiuno (2021), se corrió traslado al apelante por el término de cinco (5) días a efectos de sustentar el recurso interpuesto.

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

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

NOTIFÍQUESE Y 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:

9cc17fd8a3d9c28d9c38716479b2dc7ba2fd52699e5e51a0e34a14cf20971fda

Documento generado en 03/05/2021 03:16:58 PM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso ejecutivo instaurado por Distribuidora Andina de Licores SA contra Roberto Aurelio Sanín Díaz Rad. No. 11001310300620170012101.

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

Se admite en el efecto **devolutivo** el recurso de apelación interpuesto por la parte ejecutada, contra la sentencia proferida el 28 de octubre de 2020, por el Juez 7° Civil del Circuito de Bogotá D.C.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, el apelante cuenta con el término de cinco (5) días para sustentar el recurso de apelación, vencido éste, se surtirá el traslado de esta a la otra parte por cinco (5) días de acuerdo con el artículo 9° y 14 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 110 del Código General del Proceso.

Los escritos de sustentación deberán ser remitidos a los correos electrónicos secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia al des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

TRIBUNAL SUPERIOR SALA 012 CIVIL DE BOGOTÁ D.C.

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

Código de verificación:

**c95dd454f9f3fc10f2063b8c0439b32f3da6320ec6e882696
fed4510ae5139a9**

Documento generado en 03/05/2021 03:16:55 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL

Bogotá D.C., tres (3) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

Providencia: Apelación Sentencia
Proceso: Verbal
Demandante: Mireya Torres de Diaz
Demandado: Carlos Humberto Romero Niño
Radicado 11001-31-03-006-2018-00585-01

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

Discutido y aprobado en sesión de sala del 24 de marzo de 2021

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá D.C.

ANTECEDENTES

1. Mireya Torres de Díaz, actuando a través de apoderado judicial, formuló demanda en contra de Carlos Humberto Romero Niño para que, previos los trámites del proceso verbal, se declarara¹ que la primera es la titular de derecho de

¹ Fl. 99 y s.s. C. Digital

dominio de una cuota parte del inmueble correspondiente al 20,8325% del inmueble ubicado en la carrera 7 H No. 155-33, con matrícula inmobiliaria 50N-696156; que se ordene al demandado en su calidad de “*invasor, a devolver o restituir y entregar materialmente*” a la actora la citada cuota “*vinculada al apartamento 201*” de la edificación; que se declare que la demandante no está sujeta al pago de mejoras por cuanto el demandado ha actuado de mala fe, así mismo se le condene al pago de los frutos por la suma de \$25'000.000.

2. Lo así solicitado, se fundamenta en los hechos que a continuación se compendian:

2.1. El inmueble objeto del proceso está situado en la carrera 7H No. 155-33 de esta ciudad, con folio de matrícula inmobiliaria No. 50N-696156.

2.2. Que la actora es actual propietaria del 20.8325% del inmueble, la que recae sobre el apartamento 201 del inmueble.

2.3. Que dicho apartamento lo dio en arrendamiento a Gustavo Enrique Pérez y María Alejandra Torres por la suma de \$170.000, pero se reservó una habitación donde tenía sus pertenencias, quienes incumplieron el pago de los cánones por lo que inicio proceso para obtener la recuperación del bien.

2.4. Que posteriormente María Alejandra Torres Castillo vendió su cuota del 4,165% a Carlos Humberto Romero, y éste cambio las chapas del apartamento 201 y le impidió el ingreso al apartamento.

3. Admitida la demanda mediante proveído de 30 de octubre de 2018² se ordenó la notificación del demandado, quien formuló las excepciones de mérito que denominó “carencia de legitimación para demandar la restitución y entrega material del apartamento 201 o de parte del mismo”, “prescripción ordinaria adquisitiva de dominio”.

² Fl. 119 C. digital

4. Surtidos los trámites de rigor, el *a quo* en audiencia celebrada el 9 de marzo de 2020 dictó sentencia mediante la cual declaró prospera la excepción denominada carencia de legitimación para demandar la restitución y entrega material del apartamento 201 o de parte del mismo, con fundamento en que si bien es cierto la demandante es propietaria del 20.83%, dicho porcentaje es sobre todo el inmueble y no puede decirse que recae de manera específica sobre el apartamento 201, por lo que no hay identidad sobre el bien, a lo agregó que en la demanda no se indicó que el demandado fuera poseedor sino invasor.

5. Contra la anterior decisión la parte actora formuló recurso de apelación, con fundamento en que “no queda duda alguna que MIREYA TORRES DE DIAZ, fue despojada de su apartamento 201 situado en Bogotá en la carrera 7 H No. 155-33, con matrícula inmobiliaria 50N-696156, que es el mismo que está ocupando hoy el demandado CARLOS HUMBERTO ROMERO NIÑO, y sobre el cual MIREYA TORRES DE DIAZ, ejercía plena posesión mediante el contrato de arrendamiento citado”, así mismo estima que el valor de las agencias en derecho fijadas resultan excesivas.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran acreditados en el presente proceso, y además, no se observa causal de nulidad que pueda invalidar la actuación, ni impedimento para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda.

2. El libro 2o., Título XII regula la acción reivindicatoria y la consagra como el medio eficaz para hacer efectivo el atributo de persecución que es consustancial al dominio para así poder obtener la restitución de la cosa a su dueño.

Conforme al artículo 946 del Código Civil "*Es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla*", pues, siendo el dominio "*el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella*

arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno" (artículo 669 ejusdem), se caracteriza por conferir a su titular el poder de persecución de la cosa en manos de quien se encuentre.

Así mismo, el artículo 949 del C.C., prevé que *“Se puede reivindicar una cuota determinada pro indiviso de una cosa singular”*.

3. La doctrina y jurisprudencia han consagrado cuatro presupuestos básicos para la prosperidad de la acción reivindicatoria a saber:

- a) Que el demandante sea titular del derecho de propiedad sobre la cosa cuya restitución demanda.
- b) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular.
- c) Identidad entre lo poseído y lo pretendido
- d) Que el demandado tenga la calidad de poseedor.

4. Respecto del primer elemento, esto es, que se acredite el derecho de dominio en cabeza del actor, esto es, debe de probar la existencia de un derecho real a través del instrumento público debidamente registrado, sobre el particular ha precisado la jurisprudencia que *“Quien alega ser dueño ... por haber adquirido el derecho de dominio a título de compraventa, prueba su propiedad con la copia, debidamente registrada, de la escritura pública en que se consignó ese contrato sin que, en principio le sea forzoso demostrar también que su tradente era verus dominus del inmueble comprado”*³.

De manera más reciente la referida Corporación precisó que *“Como el demandante en reivindicación de finca raíz, tiene el deber de probar no que fue o ha sido dueño, sino de que lo es actualmente, a más del título registrado debe aportar la certificación registral de que la inscripción de su título está vigente por no haber sido cancelada por uno de los tres medios establecidos por el artículo 789 del Código Civil (por voluntad de las partes, una nueva inscripción, por la transferencia del derecho a otro o por decreto judicial). Si no fuera así, la formidable presunción de que el poseedor se repute dueño, mientras otra persona no justifique serlo, podría ser arrasada frente a dueños que fueron y ahora no son, circunstancia por la cual hoy no tienen derecho de propiedad*

³ C. S. de J. diciembre 2 de 1970

*radicado en su cabeza*²⁴.

En el presente asunto se allegó el certificado de tradición que en las anotaciones 9, 12 y 19 aparecen sendas trasferencias a la aquí demandante, las dos primeras a través de compraventa y la tercera vía sucesión, pero sólo se arrimó el último título, que representaba el 4.165%, pero no se aportaron copias de las escrituras públicas que den cuenta de los primeros traspasos a pesar de recaer en ella el deber de conseguir dichos documentos (num. 10 art. 78 del C.G.P.).

5. En segundo lugar, analizada íntegramente la demanda se advierte que la cuota solicitada se ligó al apartamento 201 del inmueble objeto del proceso, lo que no resultaba procedente habida cuenta que debió pedirse una cuota abstracta o ideal, y no sobre una cuota física claramente determinada. Sobre el particular la jurisprudencia ha precisado que:

“si la titularidad del derecho de propiedad de un bien, está fraccionado entre dos o más sujetos, (...) la cuota que a cada uno de ellos le corresponde, constituye la expresión del derecho de dominio adscrito al respectivo copartícipe, de ahí que su titular puede reivindicar para sí solamente dicha cuota y no todo el bien como cuerpo cierto, si bien es cierto que la cuota de dominio considerada en sí misma, sólo es contemplable en un plano abstracto ideal, vale decir como el símbolo de la participación en un derecho, también lo es que su titular la puede enajenar, gravar o reivindicar, esto es, ejercer sobre ella ciertos actos característicos del dominio, como si fuera el objeto exclusivo de este. Por supuesto que esa exclusividad es aparente, porque la verdad es que no cabe distinguir la cuota del objeto común en dicho derecho, de todas maneras, la realidad jurídica es que cada cuota, en sí misma considerada, es individual y, por ende, diferente a las demás, cuestión que permite a su titular reivindicarla para sí, pues al fin y al cabo (...) es la expresión del derecho dominio adscrito al copartícipe”⁵.

Tampoco desconoce la Sala que el dueño de cuota puede iniciar esta acción en nombre de la comunidad respecto de todo el inmueble, pero analizada la demanda se advierte que no fue esa opción la escogida en este caso.

6. En cuanto al reparo atinente a las agencias en derecho, éste resulta prematuro, como quiera que dicho tema debe ser objeto de recurso una vez se

⁴ C.S.J. SC. 16 de julio de 1982

⁵ C.S.J., SC agosto 14 del 2007

apruebe la liquidación de costas conforme lo prevé el artículo 366 del C.G.P.

Por lo que la decisión del *a quo* de negar la prosperidad de las pretensiones debe confirmarse, con la consecuente condena en costas al recurrente.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.** en Sala Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante. La magistrada sustanciadora fija como agencia en derecho la suma de \$1'000.000.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

Adriana Ayala Pulgarín

ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

ACLARACIÓN DE VOTO

**Radicación 21-2017-00189-01 Ejecutivo singular de Banco de
Occidente S.A. contra Luis F. Correa & Asociados S.A**

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

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

El Decreto Legislativo 806 de 2020, aunque indica que se adoptará *“... en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición...”*, no creó un régimen especial de transición. Lo que

conlleva que para su aplicación deba ajustarse al Código General del Proceso.

En efecto, tal precepto modificó por un término de dos años el trámite del recurso de apelación en asuntos civiles regulado en el Estatuto en cita. Por ende, se trata de una norma procesal, que entró en vigor desde el 4 de junio de 2020¹, por lo que predomina respecto de la disposición que disciplina el decurso de ese medio de impugnación, toda vez que el artículo 624 del Código General del Proceso indica:

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

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

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

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

¹Según el artículo 16 de la Decreto Ley 806 de 2020.

el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro...”².

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

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

Desde esa perspectiva, las prescripciones contenidas en el Decreto

²Consejo de Estado. Sentencia de 14 julio de 2011, expediente 85/2009-00032-02.

806 de 2020 sobre el trámite de la alzada no son de recibo para los recursos de esa naturaleza que tuvieron su génesis antes que entrara en vigencia la mencionada disposición, pues a voces del Alto Tribunal Civil, *“...cuando una norma posterior modifica los requerimientos relativos al nacimiento o finalización de una situación jurídicamente relevante, en línea de principio, no puede alterar las situaciones que están consolidadas en el pasado, ni violentar los derechos adquiridos, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y someter a la sociedad a una situación permanente de incertidumbre...”*³.

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

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

“...según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, algunas situaciones, así: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de febrero de 2018, expediente 11001311001820080033101.

operancia y no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal...”⁴.

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

“...los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación»⁵. Para los eventos antes mencionados, que representan actuaciones judiciales caracterizadas por su unidad, autonomía e independencia, no hay posibilidad de fraccionar el acto procesal con el fin de dar cabida a la nueva ley, porque éste constituye un todo inescindible que se rige, desde que se formula hasta que se decide, por la ley anterior, sin que pueda sacrificarse su integralidad para admitir que una es la normatividad que ampara su inicio y otra diferente la que debe atenderse para su resolución...”⁶.

Las directrices precedentes, conllevan a concluir que si la alzada que nos ocupa se planteó cuando no había entrado en vigencia el Decreto 806 de 2020, lo propio era tramitarla bajo los lineamientos del Estatuto Adjetivo Civil y no al amparo de la previsión contemplada en aquel acto legislativo, en virtud del fenómeno de ultractividad, “...[d]e donde emerge entonces que si el acto procesal comenzó a desarrollarse en el tiempo previo a la entrada en vigencia de la ley modificatoria, la norma aplicable seguía siendo la anterior...”⁷.

Puestas así las cosas, en el *sub-lite* no era dable impartir a la opugnación el curso señalado en el aludido decreto legislativo, sino convocar a la audiencia prevista en el artículo 373 del Código General

⁴Corte Suprema de Justicia. Autos del 17 de mayo de 1991 y del 9 de mayo de 2002, expediente 2002-0066-01.

⁵ Debe advertirse que el sentido de esa misma regla se hace expreso en los artículos 699 del Código de Procedimiento Civil, 17 del Decreto 2272 de 1989 y 140 del Decreto 2303 de 1989.

⁶Auto de 20 de septiembre de 2010, expediente 11001-02-03-000-2010-01226-00.

⁷Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de mayo de 2008, expediente 11001020300020070077600.

del Proceso, dado que al haberse iniciado el memorado recurso bajo el imperio de este ordenamiento, es el llamado a seguir rigiéndolo, con sustento en el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

De acuerdo con lo discurrido, estimo que las anteriores consideraciones debieron ser tenidas en cuenta para tramitar la apelación de la referencia.

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

Fecha *ut supra*,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

ACLARACIÓN DE VOTO

**Radicación 36-2019-00553-01 Ejecutivo singular de Itaú
Corpbanca Colombia S.A. contra Jorge Hugo Muriel Rojas**

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

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

El Decreto Legislativo 806 de 2020, aunque indica que se adoptará “... en los procesos en curso y los que se inicien luego de la expedición...”, no creó un régimen especial de transición. Lo que

conlleva que para su aplicación deba ajustarse al Código General del Proceso.

En efecto, tal precepto modificó por un término de dos años el trámite del recurso de apelación en asuntos civiles regulado en el Estatuto en cita. Por ende, se trata de una norma procesal, que entró en vigor desde el 4 de junio de 2020¹, por lo que predomina respecto de la disposición que disciplina el decurso de ese medio de impugnación, toda vez que el artículo 624 del Código General del Proceso indica:

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

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

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

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

¹Según el artículo 16 de la Decreto Ley 806 de 2020.

el cual la ley sólo rige para el porvenir, esto es, sus disposiciones únicamente se aplican desde el momento en que comienza su vigencia y hacia el futuro...”².

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

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

Desde esa perspectiva, las prescripciones contenidas en el Decreto

²Consejo de Estado. Sentencia de 14 julio de 2011, expediente 85/2009-00032-02.

806 de 2020 sobre el trámite de la alzada no son de recibo para los recursos de esa naturaleza que tuvieron su génesis antes que entrara en vigencia la mencionada disposición, pues a voces del Alto Tribunal Civil, *“...cuando una norma posterior modifica los requerimientos relativos al nacimiento o finalización de una situación jurídicamente relevante, en línea de principio, no puede alterar las situaciones que están consolidadas en el pasado, ni violentar los derechos adquiridos, so pena de atentar contra la seguridad jurídica y someter a la sociedad a una situación permanente de incertidumbre...”*³.

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

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

“...según la ley colombiana, las normas procesales tienen aplicación inmediata aun respecto de los procesos pendientes. Pero si bien es un principio de carácter general, tolera algunas concesiones, toda vez que la misma ley ha exceptuado, rindiendo con ello culto a la doctrina que distingue los actos procesales consumados de los no consumados, algunas situaciones, así: "Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la vigente al tiempo de su iniciación". Estas excepciones están significando, entonces, que la ley antigua tiene, respecto de ellas, ultractividad; de suerte tal que si una actuación, una diligencia o un término, ha empezado a tener

³ Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 12 de febrero de 2018, expediente 11001311001820080033101.

operancia y no se han agotado cuando adviene la ley nueva, ellas y él terminarán regulados por la antigua. Salvedades que se muestran imperiosas y plenamente justificadas en aras del orden procesal...”⁴.

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

“...los términos que hubieren comenzado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación»⁵. Para los eventos antes mencionados, que representan actuaciones judiciales caracterizadas por su unidad, autonomía e independencia, no hay posibilidad de fraccionar el acto procesal con el fin de dar cabida a la nueva ley, porque éste constituye un todo inescindible que se rige, desde que se formula hasta que se decide, por la ley anterior, sin que pueda sacrificarse su integralidad para admitir que una es la normatividad que ampara su inicio y otra diferente la que debe atenderse para su resolución...”⁶.

Las directrices precedentes, conllevan a concluir que si la alzada que nos ocupa se planteó cuando no había entrado en vigencia el Decreto 806 de 2020, lo propio era tramitarla bajo los lineamientos del Estatuto Adjetivo Civil y no al amparo de la previsión contemplada en aquel acto legislativo, en virtud del fenómeno de ultractividad, “...[d]e donde emerge entonces que si el acto procesal comenzó a desarrollarse en el tiempo previo a la entrada en vigencia de la ley modificatoria, la norma aplicable seguía siendo la anterior...”⁷.

Puestas así las cosas, en el *sub-lite* no era dable impartir a la opugnación el curso señalado en el aludido decreto legislativo, sino convocar a la audiencia prevista en el artículo 373 del Código General

⁴Corte Suprema de Justicia. Autos del 17 de mayo de 1991 y del 9 de mayo de 2002, expediente 2002-0066-01.

⁵ Debe advertirse que el sentido de esa misma regla se hace expreso en los artículos 699 del Código de Procedimiento Civil, 17 del Decreto 2272 de 1989 y 140 del Decreto 2303 de 1989.

⁶Auto de 20 de septiembre de 2010, expediente 11001-02-03-000-2010-01226-00.

⁷Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 20 de mayo de 2008, expediente 11001020300020070077600.

del Proceso, dado que al haberse iniciado el memorado recurso bajo el imperio de este ordenamiento, es el llamado a seguir rigiéndolo, con sustento en el principio de la ultractividad de la vigencia de la ley en el tiempo.

De acuerdo con lo discurrido, estimo que las anteriores consideraciones debieron ser tenidas en cuenta para tramitar la apelación de la referencia.

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

Fecha *ut supra*,


CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada