

República de Colombia

Rama Judicial



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

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 110013103040-2019-00387-01
Demandante: Comware S.A. y otros
Demandado: Fonade (Enterritorio)
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia
Discutido en varias Salas de julio de 2021

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

Decídese el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 10 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado 40 Civil del Circuito, en este proceso verbal de Fundación Colombianos Solidarios, Itelca SAS y Comware S.A (quienes conformaron la unión temporal UT Fonade fase 3) contra Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo - Fonade (actualmente Enterritorio).

ANTECEDENTES

1. Pidió la parte actora¹, en síntesis: *a)* se declare que la cláusula décima segunda de los contratos suscritos entre las partes, es absolutamente nula por ilicitud de objeto, en tanto que el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (Fonade), carece de jurisdicción y competencia para declarar el incumplimiento e imponer unilateralmente el valor de la cláusula penal.

¹ Folios 1234 a 1282 pdf 02CuadernoEscaneado.



b) Declarar que la cláusula décima es parcialmente nula, en lo concerniente a que Fonade puede obtener el pago de la pena pecuniaria con la efectividad de la garantía de cumplimiento y de acuerdo con el procedimiento fijado en la cláusula décima segunda.

c) En subsidio de las dos pretensiones anteriores, solicitó declarar que Fonade incumplió la cláusula décima segunda, por no seguir el procedimiento pactado para exigir el pago de la cláusula penal, motivo por el que no estaba habilitada para descontar y compensar saldos a la UT Fonade fase 3, por dicho concepto.

d) También pidió que se deje sin efecto cualquier procedimiento administrativo iniciado por el Fonade en contra de UT Fonade fase 3, con fundamento en la cláusula décima segunda contractual, aunado a que se declare que la demandada no está habilitada para descontar o compensar la cláusula penal de los saldos que se encuentran a favor de la unión temporal, mientras no exista declaración judicial de incumplimiento y la respectiva condena.

e) Declarar que Fonade, a partir de 8 de marzo de 2018, incumplió la obligación del numeral 1° del numeral 7.2., de la cláusula séptima del contrato Región 3, en tanto que no pagó a la unión temporal el valor del contrato en la forma y bajo las condiciones previstas.

f) Declarar que la unión temporal ejecutó los servicios por concepto de componente de apropiación del contrato 2162856 (región 3), para el periodo entre el 1 y el 11 de mayo de 2018, los cuales no le han sido pagados, a pesar de que el 16 de agosto de 2018 los servicios fueron aprobados por la interventoría, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar \$1.933.117.016, o la suma que resulte probada, más los intereses moratorios desde el 16 de agosto de 2018, liquidados a la tasa del 1,5 veces el interés bancario corriente, o de manera subsidiaria la sola tasa del interés bancario corriente, o la indexación.



g) Declarar que UT Fonade fase 3, ejecutó los servicios por concepto del componente de personal mínimo del contrato 2162856 (región 3) para el periodo comprendido entre el 12 de abril y el 11 de mayo de 2018, sin que se le hayan pagado, a pesar de que el 24 de mayo de 2018 dichos servicios fueron aprobados por parte de la interventoría, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar \$88.918.841 (antes de IVA), o la suma que resulte probada, más los intereses moratorios desde el 23 de mayo de 2018, liquidados a la tasa del 1,5 veces el interés bancario corriente hasta que se verifique su pago total, o de manera subsidiaria, la sola tasa del interés bancario corriente, o indexación correspondiente.

h) Declarar que Fonade, a partir del 8 de marzo de 2018 incumplió la obligación contenida en el numeral 1 del numeral 7.2. de la cláusula séptima del contrato región 5, pues no pagó el valor del contrato en la forma y bajo las condiciones previstas, mientras que la unión temporal sí ejecutó los servicios por concepto del componente de apropiación para el periodo comprendido entre el 1 y el 11 de mayo de 2018, los cuales no le fueron pagados a pesar de que el 16 de agosto de 2018 la interventoría los aprobó, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar \$1.930.828.844, o la suma que resulte probada, más los intereses moratorios causados desde esa última fecha, a la tasa del 1,5 veces el interés bancario corriente, o de manera subsidiaria, la sola tasa del interés bancario corriente, o la indexación.

i) Declarar que la unión temporal ejecutó los servicios sobre el componente de *personal mínimo del contrato* 2162859 (región 5), para el periodo comprendido entre 12 de abril y 11 de mayo de 2018, que no le han sido pagados pese a que el 24 de mayo de 2018 fueron aprobados por la interventoría, y en consecuencia, condenar a la demandada a pagar \$95.734.545 (antes de IVA), o la suma que resulte probada, más intereses moratorios desde esa última fecha, a la tasa de



1,5 veces el interés bancario corriente, o de manera subsidiaria la sola tasa del interés bancario corriente o la indexación.

2. El sustento fáctico de la demanda se resume en que Fonade, en desarrollo del Fondo de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones - Fondo TIC, hizo convocatoria privada para seleccionar contratistas encargados de la *prestación de servicios integradores para el mantenimiento preventivo, correctivo, soporte y mesa de ayuda, diagnóstico y reposición, suministro, dotación de nuevas necesidades, promoción y apropiación a que haya lugar, con la finalidad de mantener en óptimas condiciones de operación, funcionalidad y servicio la infraestructura instalada en los puntos Vive Digital.*

El 28 de octubre de 2016 Comware S.A., Itelca SAS y la Fundación Colombianos Solidarios (FCS) conformaron la unión temporal denominada *UT Fonade fase 3*, con la cual participaron en aquella convocatoria y lograron suscribir dos contratos de prestación de servicios con números 2162856 y 2162859, denominados *contrato Región 3* y *contrato Región 5*. Las actas de inicio de cada uno fueron suscritas el 12 de diciembre de 2016.

La interventoría fue ejercida por la Universidad Francisco José de Caldas, y el plazo de ejecución fue previsto de 6 de diciembre de 2016 a 31 de julio de 2018.

La obligación de Fonade consistía en pagar por el sistema de precios unitarios fijos sin fórmula de reajuste, con trámite previo formado por la conciliación de descuentos, solicitud de pago, cuenta de cobro o factura, informe de interventoría, cumplimiento de otras obligaciones requeridas por el interventor, y acatar el instructivo de pago previsto por esa entidad, según está descrito en las cláusulas cuarta y quinta, en especial los párrafos primero y segundo de esa última.



El referido instructivo, en el numeral 6.1.1., previó requisitos alusivos a la existencia de un registro presupuestal, legalizar el contrato, diligenciar formatos de certificación de cumplimiento, información general y tributaria de terceros, factura o modelo de cuenta de cobro, recibos sobre pago de pensión y salud, certificación de parafiscales, y otros documentos que se exijan en el contrato.

En correo de 4 de febrero de 2017, la interventoría informó otras exigencias para el proceso de revisión de la prestación de los servicios, y un calendario para el desarrollo de actividades. Verificado el cumplimiento de los requisitos, la unión temporal expedía la factura y la interventoría debía radicarla en Fonade.

Los contratos fueron suspendidos el 11 de mayo de 2018 hasta el 25 de ese mes, con posibilidad de terminación anticipada, según acta 1, dado que la demandada estaba en incumplimiento, pues el pago dependía de la disponibilidad de recursos por parte del Ministerio de las Tic. Para reiniciar la ejecución se requería suscribir un acta, que nunca se hizo porque Fonade no tuvo el dinero para continuar, solo confeccionó unas minutas que envió por correo electrónico el 29 de mayo de 2018, en el que reconoció que su propósito era la terminación anticipada por no poder efectuar pagos.

El 31 de julio de 2018, fecha de vencimiento del plazo contractual, el inconveniente que motivó la suspensión ejecución seguía presente.

En los contratos se fijó un procedimiento para declarar unilateralmente el incumplimiento del contratista e imponer la cláusula penal, con base en el cual la demandada citó a la unión temporal a una audiencia para ese propósito, trámite que culminó con dicha declaratoria de incumplimiento e imposición de la pena en decisión comunicada en diligencia de 18 de diciembre de 2018.



Sin embargo, las estipulaciones que consagran esas facultades adolecen de nulidad (cláusula décima segunda y parcialmente la cláusula décima), porque los negocios son de derecho privado, y aunque la demandada es entidad pública, carece de las potestades que otorga el estatuto de contratación pública, según art. 15 de la ley 1150 de 2007, motivo por el cual no tiene competencia para imponer penas o multas unilaterales, en la medida en que está obligada a acudir al juez para esas decisiones, situación que ella misma reconoció varias veces.

La demandada ni siquiera aplicó con estrictez el trámite de la cláusula décimo segunda, pues la imposición de la cláusula penal procedía luego de finalizado el plazo de ejecución del negocio y no antes, como hizo aquella, además de que no informó los hechos que fundaban esa decisión y tampoco tasó la cláusula penal según el grado de incumplimiento, que no fue total sino parcial, es más, la audiencia de descargos fue restringida en tiempo para el ejercicio del derecho de defensa y no se permitió la práctica de testimonios.

La fecha de corte para determinar el incumplimiento fue 31 de diciembre de 2017, pero luego de presentados los descargos la demandada cambió el sustento fáctico y modificó esa calenda para el 31 de julio de 2018, con variación de los supuestos iniciales y la cuantificación de perjuicios.

Respecto del contrato Región 3, la unión temporal expidió varias facturas aprobadas y tramitadas por la interventoría, por un total de \$4.817.760.858 luego de la respectiva amortización del anticipo, valor que no fue cancelado por la demandada; situación similar en relación con el contrato Región 5, pero por la suma de \$6.774.584.469.

En los contratos, uno de los servicios era relativo al componente de apropiación, consistente en dictar cursos a los usuarios en los niveles básico, intermedio y avanzado. Así, para el contrato Región 3 el servicio entre 1 y 11 de mayo de 2018 acumuló \$1.956.602.985,



conforme al sistema de precios unitarios, valor al que se le restan \$23.485.969 por concepto de acuerdo de niveles de servicios (ANS), para un total de \$1.933.117.016.

La interventoría validó y aprobó esos servicios, pero para el cobro de ese valor mediante factura se presentaron inconvenientes ante la interventoría y la demandada, quienes hicieron varias devoluciones por circunstancias no imputables a la unión temporal.

Respecto del contrato Región 5, por ese mismo periodo, se causaron servicios por valor de \$1.953.769.966, al que se le descuentan \$22.941.122 por ANS, para un total de \$1.930.828.844.

La interventoría validó y aprobó esos servicios, pero hubo dificultades con el cobro de factura, por varias devoluciones de la interventoría por circunstancias no imputables a la unión temporal, en especial, no permitió facturar 5611 capacitaciones del nivel básico del curso ciudadanía digital, pues consideró que se sobrepasaba el presupuesto, restricción que iba en contravía de los lineamientos del Ministerio de las TIC, acogidas en la cláusula sexta del otrosí #1 de 16 de abril de 2018, pues no hay segmentación de metas en las capacitaciones según niveles de complejidad y mucho menos se estableció un presupuesto por nivel de capacitación.

Sobre el servicio de componente de personal mínimo, alusivo a la disponibilidad de personal, cuyo cobro era bimensual, se alcanzó a generar el monto de \$88.918.841 antes de IVA, en el contrato Región 3, por el periodo entre 12 de abril a 11 de mayo de 2018 (fecha última de suspensión del contrato); y por el mismo lapso de tiempo, para el contrato Región 5, se causó el rubro de \$95.734545 antes de IVA.

Se agregó que el ente demandado no pagó los servicios antes discriminados.



3. La demandada se opuso a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros y se abstuvo de formular excepciones, sin explicar razonadamente y con exactitud su objeción al juramento estimatorio, falencia que llevó al juzgado a no tener en cuenta dicha objeción (folios 1436 a 1455 y 1504 a 1505 pdf 02).

4. El juzgado denegó las pretensiones, declaró terminado el proceso, ordenó el levantamiento de las medidas cautelares y condenó en costas a los demandantes (pdf 27).

Para esa decisión consideró², en resumen, que las cláusulas cuya nulidad reclamaron los demandantes, en realidad no ostentan vicio que conlleve a declarar su invalidez, pues nada obsta que en contratos de derecho privado se estipule que una de las partes esté facultada para el cobro de la cláusula penal mediante procedimiento convenido, si es producto directo de la previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes, dada su autonomía de la voluntad, en procura de evitar que los servicios se presten de manera tardía, negligente o deficiente, más si la demandada es un ente público que debe aplicar los principios de celeridad, eficiencia y eficacia.

Afirmó que la unión temporal tuvo la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en ese trámite contractual, pues presentó escritos y rindió descargos a la demandada, aportó pruebas, y formuló recurso de reconsideración, es decir, se opuso a la imputación de incumplimiento.

Y la cláusula penal no se hizo efectiva, porque jamás expidió un acto administrativo que impusiera esa sanción, según la cláusula décima segunda de ambos contratos, como tampoco hubo compensaciones ni descuentos, en la medida en que Fonade presentó ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, una demanda de acción de controversias contractuales contra el contratista por ese concepto, y

² Archivo multimedia 26AudienciaInstrucciónJuzgamientoParteII20210210.



procedió al archivo de la actuación administrativa seguida por la subgerencia de contratación de la entidad.

Expuso que las pretensiones de incumplimiento de la demandada, por no pagar los servicios ejecutados entre 1 y 11 de mayo, y 12 de abril y el 11 de mayo de 2018, por concepto de los componentes de *apropiación y personal mínimo*, tampoco prosperan, dado que la demandante no demostró ser contratante cumplida (art. 1609 C.C.), así su mora purga la mora de su contraparte conforme a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

Especificó que el incumplimiento de la actora está acreditado con los documentos del trámite de la demandada para imponer la cláusula penal, en el cual hay informes de interventoría que lo sustentan por no cumplir las metas fijadas en los anexos técnicos de los contratos.

Y aunque la deuda de Fonade en el pago de servicios prestados esté sin discusión, pues no está acreditado que cumplió, tampoco puede decirse que como solo se pide el pago de algunos periodos, esto imposibilita verificar si todos los compromisos contractuales fueron cumplidos durante la ejecución del pacto, ya que la suspensión de los pagos por la demandada, tuvo origen en incumplimientos anteriores a esos periodos, y los contratos se celebran de buena fe, para ser cumplidos íntegramente y no en parte.

Respecto de descuentos y compensaciones por la demandada, los servicios prestados que se querían compensar, obran en actas de conciliación, porque los servicios facturados no se cobran en este litigio.

Agregó que en los memorandos de 1° de noviembre de 2018 se previó para ambos contratos que los descuentos fueron con cargo a las facturas antes presentadas por la parte demandante, los cuales no pueden hacerse extensivos a las obligaciones pecuniarias cobradas, porque no



están soportadas en facturas. De ahí que las pretensiones en ese sentido no prosperan.

Ante su propio incumplimiento, la contratista no está facultada para solicitar el reconocimiento y pago de suma de dinero alguna, por lo que no puede predicarse ninguno de los efectos que surgen de la mora, conforme artículo 1609 del C.C.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En la sustentación de su recurso la parte demandante expresó, en resumen, las siguientes críticas:

La juez se equivocó al interpretar los contratos respecto de su valor y forma de pago, como si fuera de precio global o único, dado que conforme a las estipulaciones, se probó que la interventoría certificó el cumplimiento del servicio por la unión temporal, junto con sus facturas asociadas, lo que determina la obligación de la demandada de pagar dichos servicios, porque fue pactado el pago por precios unitarios. Esa forma de pago determinó que el precio total del contrato es variable, según la cantidad de ítems que se ejecuten y en la medida en que se paguen conforme al avance en la ejecución de obligaciones.

Para resolver las pretensiones, 5ª a 19ª, debía tenerse en cuenta que se pactó que por cada certificado de formación de competencias, la demandada debía pagar el precio unitario según el nivel impartido, una vez se cumpliera la certificación de la interventoría, respecto de la disponibilidad de personal mínimo, la demandada también debía pagar por bimestre el precio unitario por costos administrativos, una vez la interventoría aprobara esa disponibilidad.

Las actas INUDINCSA-190, INUDIN-CSA-204, INUDIN-CAF-067, INUDIN-CAF-065 y sus facturas asociadas 302, 304, 308 y 309, no fueron



desconocidas, así, el pago debió realizarse porque se cumplieron las condiciones, al margen de que las certificaciones de los cursos hayan sido en menor número respecto del total de las metas previstas en el contrato, pues cada curso tenía precio unitario y no global.

Conforme al artículo 2056 del C.C., cuando se ejecuta el contrato de manera parcial, se permite reconocer el precio de lo ejecutado. El servicio fue prestado, según pruebas no valoradas por la juez, cuya cuantía se determinó en el juramento estimatorio, sin que la objeción presentada por la demandada haya sido tenida en cuenta por el juzgado, de allí que no pueda haber controversia sobre el respectivo *quantum*.

No se valoraron los testimonios de Carolina Cely y Liliana Beltrán Jiménez, quienes dieron cuenta de la forma en que las partes y la interventoría cumplieron las cláusulas y el sistema de pago del precio. Esas declaraciones demuestran que la demandada no cumplió el procedimiento para verificar la aprobación de servicios, porque su propósito fue rehusar el pago de los dos últimos meses de ejecución en abril y mayo de 2018.

Las pretensiones 6, 9, 13 y 16 debieron prosperar, porque se probó la prestación del servicio y se cumplieron los requisitos para el pago por parte de la demandada.

Se dejaron de aplicar los artículos 1618, 1621 y 1622 del C.C., porque no se analizó la intención de las partes en la forma de pago bajo el sistema de precios unitarios fijos, sin que pueda decirse que el incumplimiento posterior impida el cobro de servicios anteriores que fueron efectivamente prestados.

No permitir el cobro de esos servicios genera un enriquecimiento patrimonial injustificado de la demandada.



La excepción de contrato no cumplido es inaplicable, porque la demandante cumplió con los servicios unitarios realizados entre el 1º y el 11 de mayo de 2018 y 12 de abril a 11 de mayo de 2018, recibidos a satisfacción por la interventoría.

El incumplimiento reprochado a la demandante se basó en documentos de la interventoría y Fonade, expedidos en el procedimiento para imponer la cláusula penal, pero no se tuvieron en cuenta los descargos que explican los inconvenientes para cumplir las metas fijadas, además de que la demandada cerró los procedimientos, en tanto que promovió demanda ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca para dirimir esa controversia, de allí que no pueda afirmarse que el incumplimiento de la parte demandante esté probado.

También hay una indebida interpretación de los artículos 1546 y 1609 del C.C., porque si bien ambas partes se encuentran en situación de incumplimiento, no es correcto concluir que la solución sea declarar próspera la excepción de contrato no cumplido.

La juez aplicó una postura de la Corte Suprema de Justicia que fue abandonada en 1982, en el sentido de que la mora de ambas partes no impide que se demande la ejecución de la obligación principal o la resolución, sin exigir la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, porque esos dos últimos aspectos sí dependen de la mora. Aquí la demandante solo pide que la demandada cumpla por los servicios ejecutados, sin que reclamar penalidades ni perjuicios.

Las entidades públicas solo pueden actuar conforme a lo habilitado por la ley, según los artículos 6 y 121 de la Constitución. Acorde con el artículo 15 de la ley 1150 de 2007, que modificó el 32 de la ley 80 de 1993, los contratos de entidades financieras de carácter estatal no están sujetas a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y la demandada es de esas entidades según artículo 1 del decreto 288 de 2004.



El art. 17 de la ley 1150 de 2007, en armonía con el 86 de la ley 1474 de 2011, establece que solo las entidades públicas sometidas a ese estatuto, tienen la facultad de imponer multas, declarar incumplimiento para ejecutar la cláusula penal, mientras que las entidades sujetas al derecho privado no gozan de esa facultad, como ha precisado el Consejo de Estado (Sección 3ª, Subsección C, sentencia de 8 de abril de 2014, Rad. 13001 2331 000 2000 00341-01 -25.801).

El hecho de que esas entidades incluyan en los contratos privados la facultad de imponer multas o declarar incumplimientos, implica ejercer prerrogativas reservadas exclusivamente por ley a entidades regidas por el estatuto de contratación pública, aspecto que vicia de nulidad absoluta ese tipo de cláusulas. Eso traduce falta de competencia, para hacer efectiva la cláusula penal, sin acudir al juez del contrato, quien puede declarar el incumplimiento, según el Consejo de Estado.

La parte demandada oportunamente describió el traslado de la sustentación de la apelación (pdf 14 cuaderno tribunal).

CONSIDERACIONES

1. Quedó dilucidado, sin que subsistiera algún resquicio de duda, que la competencia para dirimir este asunto es de la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria, según advirtió el *a quo* en auto de 5 de diciembre de 2019 (folios 35 a 38 pdf *01EscritoExcepcionesPrevias*), en la medida en que la ley 1437 de 2011 previó en el artículo 105, numeral 1º, que la “*jurisdicción de lo contencioso administrativo no conocerá... de las controversias relativas... a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando*



correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades...”.

En esta litis es claro que la demandada, al momento de la celebración de los contratos que conforman el tema de discusión, se denominaba Fondo Financiero de Desarrollo - Fonade, constituido como empresa industrial y comercial del Estado, de carácter financiero, al tenor del artículo 1° del decreto 2168 de 1992, que celebró y ejecutó esos negocios en el giro ordinario de sus negocios, porque estaba encargada de gerenciar el proyecto fase 3 de la estrategia de puntos *Vive Digital*, financiada con recursos públicos.

Debe precisarse que la naturaleza jurídica de la demandada se conservó, pese a que con el decreto 495 de 2019 cambió su denominación a la de Enterritorio.

2. Efectuada esa aclaración, vista la presencia de los presupuestos procesales y demás aspectos de forma, limitada la competencia del Tribunal a los puntos objeto de recurso vertical, los problemas centrales consisten en determinar (i) si unas estipulaciones de los contratos entre las partes, adolecen de los defectos aducidos por los demandantes para que se declare su nulidad, por otorgar facultades a la demandada que están reservadas a entidades que se rigen por el estatuto de contratación pública, y de ser así, cuáles serían las consecuencias de las respectivas pretensiones; y (ii) si de todas maneras pueden ordenarse los pagos de unos servicios, con independencia de las peticiones de invalidación, según lo insistido con particular énfasis en el recurso de apelación.

Y las respuestas a esas cuestiones son: (i) no está acreditada la nulidad de aquellas estipulaciones, en la medida en que deja de verse que ellas sean el fruto de un abuso de posición dominante, o conducta abusiva, o violación de normas imperativas sobre la contratación, o por vicios, o supresión del consentimiento. y (ii) que tampoco es procedente ordenar el pago de las aludidas prestaciones.



3. Para comenzar, la parte actora basó su primer grupo de pretensiones declarativas en la nulidad absoluta y parcial de las cláusulas 10ª y 12ª de ambos contratos en discusión, pues facultaron a Fonade para declarar en forma unilateral el incumplimiento del otro contratante e imponer la cláusula penal, lo que a su juicio, desconoce que la última es una entidad pública cuyas funciones están previstas de modo expreso en la ley, y al ser una empresa industrial y comercial del Estado, cuya actividad se rige por normas de derecho privado, está desprovista de esas facultades exorbitantes en materia contractual, de modo que esas estipulaciones configuran objeto ilícito.

Para mayor claridad, se transcriben las siguientes estipulaciones tildadas de objeto ilícito:

CLÁUSULA DÉCIMA - CLAUSULA PENAL PECUNIARIA: En ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes acuerdan libre, expresa e irrevocablemente la causación y efectividad de la cláusula penal pecuniaria en caso de incumplimiento parcial o definitivo en la ejecución oportuna del contrato o de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA después de terminado el plazo de ejecución, FONADE podrá hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, a título de pena, por un monto equivalente hasta por el treinta por ciento (30%) valor total del Contrato. El pago del valor acá señalado a título de cláusula penal pecuniaria se considera como indemnización parcial y no definitiva de los perjuicios causados por el incumplimiento del CONTRATISTA, razón por la cual, FONADE tendrá derecho a obtener de EL CONTRATISTA el pago de la indemnización correspondiente a los demás perjuicios que con dicho incumplimiento se le hayan irrogado. EL CONTRATISTA autoriza a FONADE a descontar y compensar de los saldos presentes o futuros a su favor, los valores correspondientes a la pena pecuniaria aquí estipulada. De no existir tales deudas o de no resultar suficientes para cubrir la totalidad de su valor, FONADE podrá obtener el pago de la pena pecuniaria haciendo efectiva la garantía de cumplimiento para lo cual seguirá el procedimiento indicado en la cláusula Décima Segunda o mediante el ejercicio de las acciones legales a que haya lugar. El valor de la pena pecuniaria pactada se calculará sobre el valor total del contrato, incluidas las modificaciones al valor del mismo, sin perjuicio de lo previsto en el Art. 1596 del Código Civil”.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: PROCEDIMIENTO PARA PARA EXIGIR EL PAGO DE LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO Y/O CLÁUSULA PENAL PECUNIARIA.- Cuando se presente un posible incumplimiento parcial o total del contrato atribuible al



CONTRATISTA respecto de cualquiera de las obligaciones del mismo, FONADE deberá evacuar el siguiente procedimiento para exigir el pago de la cláusula penal pecuniario o de apremio: A) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA, según conste en informes elaborados por la supervisión y/o interventoría, FONADE lo citará a él y al GARANTE, mediante comunicación que por escrito se remitirá al domicilio del CONTRATISTA y del GARANTE, a una audiencia para debatir lo ocurrido. FONADE, fijará la fecha para realizar la audiencia, como mínimo al quinto día hábil siguiente a la fecha de recepción de la comunicación de citación a audiencia al CONTRATISTA y al GARANTE. En la citación, se hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan y por ello deberá indicar los presuntos incumplimientos contractuales atribuibles al CONTRATISTA, acompañando el informe de la supervisión o interventoría en el que se sustente la actuación y las demás pruebas que soporten la citación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para EL CONTRATISTA, de acuerdo con las estipulaciones contractuales. En la misma se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia la que deberá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. B) En desarrollo de la audiencia, FONADE presentara las circunstancias de hecho que motivan la actuación contractual, indicará los presuntos incumplimientos contractuales atribuidos al CONTRATISTA, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para EL CONTRATISTA, según las estipulaciones contractuales. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del CONTRATISTA o a quien lo represente y al GARANTE, para que ejerzan su derecho de defensa y se pronuncien sobre las imputaciones de incumplimiento, en desarrollo de lo cual podrán rendir las explicaciones del caso, solicitar y aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad. C) Una vez evacuada la práctica de las pruebas o recibidos los medios probatorios aportados por los interesados, se cerrará la audiencia para que FONADE mediante decisión contractual motivada que constará por escrito, proceda a resolver sobre la exigibilidad o no de la sanción contractual. Si se verifica que no hubo incumplimiento, se archivará la actuación contractual. Por el contrario, si evidencia un incumplimiento contractual, en el mismo documento se hará la tasación de la suma a pagar a favor de FONADE y a cargo del CONTRATISTA y/o EL GARANTE, como consecuencia del incumplimiento de acuerdo con las estipulaciones contractuales. La respectiva decisión, se informará mediante comunicación escrita que se remitirá al domicilio del CONTRATISTA y del GARANTE. EL CONTRATISTA y EL GARANTE, podrán presentar un escrito de reconsideración ante FONADE, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha de adopción de la decisión que declara el incumplimiento contractual. Si declarado éste ni EL CONTRATISTA, ni EL GARANTE, presentan el escrito de reconsideración o lo hacen en forma extemporánea, se entenderá que esa decisión se ratifica y se procede para su posterior cobro. La decisión sobre el escrito de reconsideración, si se presenta, será resuelta por FONADE por escrito, dentro de los 15 (quince) días hábiles siguientes a su recepción y remitida al CONTRATISTA y al GARANTE. El plazo anteriormente descrito podrá



ser prorrogado por un término igual al inicialmente pactado. Por el contrario, si se resuelve que no hubo incumplimiento, se comunicara por escrito a los interesados y se archivara la actuación contractual. D) En todo caso, en cualquier momento del desarrollo de la audiencia contractual, FONADE, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación contractual. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia.

FONADE podrá ordenar el archivo de la actuación contractual en cualquier momento, si se prueba la cesación de situación de incumplimiento que dio lugar a este procedimiento.

PARÁGRAFO. Para efectos de valores a favor de FONADE, referentes a cláusula penal de apremio y/o cláusula penal pecuniaria procederá la compensación”.

4. Cumple recordar, para que una persona se obligue con otra por un acto o contrato, se requiere que éste, a más de reunir otros requisitos, recaiga sobre objeto lícito, conforme al artículo 1502, numeral 3°, del Código Civil. Si el objeto es ilícito el contrato es absolutamente nulo a voces de los artículos 1740 y 1741 ibidem.

El objeto, entendido como la prestación -material o inmaterial- que se debe realizar en ejecución del negocio, es un elemento esencial del acto jurídico, de modo que sin su presencia éste no puede producir efectos. Los requisitos respecto de este elemento se reducen, bien se sabe, a su posibilidad, determinación y licitud.

En el caso concreto, el reproche contra las cláusulas contractuales transcritas, se enfoca en la ilicitud parcial, en el entendido de que no era posible que la demandada quedara facultada para imponer y cobrar la cláusula penal de manera unilateral. La parte demandante dejó sin citar alguna norma de orden público que prohíba al Fonade incluir estipulaciones en tal sentido, puesto que su alegación se basa en la imposibilidad de aplicación de las normas del estatuto de la contratación pública, a los contratos de esa entidad, debido a que por su naturaleza de empresa industrial y comercial del Estado, el desarrollo



de su actividad se sujetará a las disposiciones del derecho privado (art. 93 de la ley 489 de 1998 y demás normas concordantes), además de la doctrina y jurisprudencia sobre esos temas.

Sin embargo, en la cláusula décima de los contratos se previó que las partes actuaban en “*ejercicio de la autonomía de la voluntad*”, así fuese por adhesión de la contratista, amén de que de todas maneras, la aplicación del derecho privado a los negocios jurídicos de la entidad demandada, no desdibujó el carácter público de esta, razón suficiente para aceptar que pueda pactarse algunas prerrogativas en sus contratos, que le permitan llevar a cabo de manera apropiada el ejercicio de sus funciones, que como todo ente estatal deben enfilarse al bienestar de la comunidad.

Por supuesto que la eventual adhesión de la persona contratista a ciertas estipulaciones contractuales que favorecen la posición contractual de la entidad pública, no puede configurar por sí misma (*per se*) un abuso de posición dominante o una extralimitación de sus facultades legales y reglamentarias. Es inadmisibles la tesis de ser juez y parte la demandada, por cuanto no acontece el abuso o facultad desmedida de ella en la fijación de esas estipulaciones y su ejecución, es decir, no puede verse que la contratante se hubiese arrogado de modo abusivo o ilícito esas facultades en esos pactos accesorios.

5. La fuerza vinculante del negocio jurídico está descrita por el art. 1602 del C.C., conforme al cual el contrato legalmente celebrado es una ley para las partes, “*y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causales legales*”, además se puede renunciar a “*los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia*” (art. 15 del C.C.), en tanto que no pueden “*derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres*” (art. 16 del C.C.).



Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto, su consentimiento no adolezca de vicio, que recaiga en objeto lícito y tenga causa lícita (art. 1502 del C.C.).

Bajo esas directrices, las acusadas facultades previstas en las cláusulas diez y doce de los contratos, son una verdadera expresión de la autonomía de la voluntad de las partes, quienes tuvieron plena libertad de regular sus relaciones negociales, sin que la parte actora demostrara que esas estipulaciones contrarían normas de orden público o las buenas costumbres, así Fonade, en el ejercicio de sus actividades tenga que actuar conforme a disposiciones de derecho privado, ciertamente, pues ninguna norma impedía que en desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad contratara bajo ciertas condiciones, lo cual no fue una extralimitación de funciones públicas.

Cosa distinta sería si se tratara de contrato entre particulares, en que los pactos para la facultad de declarar el incumplimiento unilateral y cobrar la cláusula penal, supuestos invocados en concreto, podría contrariar el apotegma del derecho privado relativo a la igualdad de las partes ante la ley, dada su calidad de personas privadas, así como la consecuente necesidad de evitar la justicia por la propia mano y tener acudir ante el juez para esos efectos, pues a pesar del auge en las últimas décadas de las formas de contratación por adhesión y la inclusión de algunos aspectos de las denominadas estipulaciones exorbitantes, *verbigracia*, la posibilidad de terminación unilateral o anticipada, o la presencia de posiciones dominantes indiscutibles de algunos partícipes, la ley conserva unas reglas para mantener la simetría en la posición jurídica de los partes, así como la insustituible intervención de un juez, estatal o de origen contractual, para dirimir las controversias en puntos de discusión.

Como también sería diferente si hubiera alguna expresa prohibición legal en tal sentido, para la contratación por parte de Fonade, la que en



concreto no fue invocada, de tal manera que no está acreditada la vulneración al orden público que permita verificar siquiera algún supuesto de objeto ilícito.

6. Por demás, es aceptado que luego del trámite precontractual por la demandada, la unión temporal suscribió los contratos de prestación de servicios, con lo cual declararon consentir en todas las estipulaciones del negocio, entre estas la posibilidad de que Fonade declarara el incumplimiento del contratista y procediera al cobro directo de la cláusula penal, conforme al procedimiento previsto en esos negocios. Sin que luego la actora quiera desconocer esos pactos accesorios, en la medida en que 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.

Debe atenderse que la demandada es una empresa industrial y comercial del Estado, que así se rija por el derecho privado, conforme al régimen de su creación, no deja de ser de carácter público, como ya se dijo, y por eso nada le impedía que con base en la autonomía de la voluntad, la parte contratista aceptara que aquella tuviera determinadas prerrogativas contractuales para el ejercicio de la actividad a su cargo.

Tanto más que se trataba de contratar unos servicios para cumplir políticas y proyectos estatales en beneficio de la comunidad, por lo cual no era irrazonable que buscara pactar prerrogativas contractuales más estrictas, para efectos de poder ejecutar esa labor.

Por demás, la facultad de declarar el incumplimiento y cobrar la cláusula penal por parte de Fonade, no tuvo como fuente el estatuto de la contratación pública, porque las empresas industriales y comerciales del Estado no están sujetas a ese ordenamiento (art. 15 de la ley 1150 de 2007, que modificó el artículo 32 de la ley 80 de 1993). Pero tampoco puede hallarse una prohibición que viciara de ilicitud el objeto de los negocios jurídicos, en el hecho de que las partes, previendo una



situación que afectara el interés general perseguido con los servicios de capacitación contratada, con apoyo en la autonomía de la voluntad, propia del derecho privado, aceptaran las referidas prerrogativas para la entidad pública y un procedimiento apropiado para el propósito de cobro de la cláusula penal, por supuesto que sin perjuicio de poder acudir la contratista al juez respectivo para cuestionar cualquier decisión que la afectara.

Así, la fuente de tal prerrogativa no fue una extralimitación de funciones por la entidad pública, en materia de competencia para imponer sanciones, sí un pacto expreso entre las partes.

7. De otro lado, es de verse que Fonade principió un trámite con fundamento en dichas estipulaciones, pero a la postre desistió de ese parecer, es decir, terminó por dejar de aplicarlas y, en su lugar, inició unas acciones contractuales, tal como lo anunció desde la litiscontestación. Conducta semejante deja sin piso las peticiones relativas a la invalidez de las consecuencias que pudieran derivarse de las susodichas cláusulas negociales.

En consecuencia, todas las pretensiones alusivas a la invalidez de las cláusulas 10ª y 12ª de los contratos de prestación de servicios tema del litigio, así como el trámite que alcanzó a realizar Fonade para la imposición de la cláusula penal, están conminados al fracaso como en efecto fue decidido por el *a quo*.

8. Ya por el otro problema jurídico, el segundo grupo de pretensiones de la demanda, se basó en el cobro de los servicios que alcanzó a prestar la unión temporal demandante, antes de la suspensión de los contratos y la respectiva fecha de vencimiento. En ese libelo se adujeron varios supuestos de hecho y derecho para el cobro de esos servicios, en los periodos comprendidos entre el 1º y el 11 de mayo de 2018, el 12 de abril al 11 de mayo del mismo año.



Esos periodos fueron previos a la suspensión de los contratos el 11 de mayo de 2018, los cuales nunca se reiniciaron, según concuerdan las partes, dado que jamás se suscribió el acta respectiva y venció el término de duración contractual que estaba previsto para el 31 de julio de 2018.

La argumentación de la parte demandante, reiterada en la apelación, puede sintetizarse en que esos servicios deben pagarse de manera individual y concreta, sin miramiento a la condición global de cumplimiento o no, toda vez que la forma de pago se pactó por el sistema de precios unitarios, el cual dependía de la cantidad de ítems ejecutados, en atención a los certificados de formación de competencias que se hubieran expedido y la disponibilidad de personal mínimo que se pagaba de manera bimensual.

En el libelo iniciador del litigio no se invocó la acción de resolución del contrato, ni la indemnización de perjuicios o cláusula penal a favor de la parte actora, pues tan solo se buscó el cobro de servicios prestados conforme a la obligación principal del contrato, reclamo que se fundó en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la sentencia civil de 7 de diciembre de 1982.

Sin embargo, esa doctrina de la Corte, por cierto reiterada en la reciente sentencia SC1662-2019, es inaplicable al caso bajo estudio, en la medida en que los contratos analizados en aquellas oportunidades eran de carácter preparatorio (promesas de compraventa), sometidos a un plazo o condición, respecto de contratos de ejecución instantánea, pero de ninguna manera se trataba de negocios de prestaciones periódicas o sucesivas, como las de este asunto, pues memórese que las relaciones contractuales entre las partes en contienda trataron de la prestación de servicios durante un tiempo determinado.

La jurisprudencia citada también discierne sobre la necesidad de no dejar vínculos contractuales en conflicto y sin solución, ante el vacío



legal en aquellos eventos en los cuales ambas partes incurrieran en incumplimiento y, por tanto, se veían desprovistos de legitimidad para incoar la acción prevista en el artículo 1546 del C.C., pues en caso de que alguna de ellas presentara demanda con sustento en dicha norma, la contraparte bien podría formular con éxito la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 del mismo código.

Para este asunto, en cambio, las pretensiones no están enfocadas en resolver de manera definitiva, las relaciones contractuales con la demandada, pues ni siquiera se invocó la terminación y mucho menos se solicitó la liquidación de los contratos, sino que de manera reiterada se fijó la atención única y exclusivamente en la prestación de una fracción de los servicios durante algunas semanas previas a la suspensión de los negocios y el vencimiento del término de duración.

9. Acorde con lo anotado, el *petitum* por los valores de esas prestaciones parciales, de ningún modo puede prosperar en esta litis, pues conforme a las estipulaciones de las mismas partes, además de ser posible la compensación de prestaciones en caso de alegar ellas incumplimiento, que bien podría considerarse como una forma de retención con fundamento en lo pactado o las infracciones que se pudieran endilgar, tampoco sería posible por falta de liquidación de los contratos, que fueron de indiscutible tracto sucesivo.

En efecto, sin entrar en discusiones en cuanto a que la forma de pago de los servicios fuera por el sistema de precios unitarios, ese solo hecho no impide sopesar todo el contenido contractual con miras a la efectividad del querer de las partes.

Así, es claro que a partir del 11 de mayo de 2018 terminó la prestación de los servicios por parte de la unión temporal UT Fonade fase 3, dado que se dispuso la suspensión de los contratos Región 3 y Región 5, los cuales no volvieron a reiniciarse previo a su vencimiento (31 de julio de 2018), luego es innegable que para el momento de presentarse la



demanda (5 de marzo de 2019, folio 1283 pdf 02), las partes debían proceder con la liquidación respectiva.

La cláusula décimo octava dispuso que de conformidad con el manual de la actividad precontractual, contractual y poscontractual de Fonade, debe *“formalizarse la terminación y cierre de la ejecución del contrato con la suscripción por parte del interventor”, “con un acta de cierre en la que se consigne el cumplimiento del objeto contractual y de las condiciones contractuales”*. También se previó que en caso *“de que se verifique el incumplimiento del contratista o la existencia de obligaciones pendientes derivadas del objeto contractual, deberá adelantarse el procedimiento de cierre y liquidación de los contratos derivados y de funcionamiento establecido en la Entidad, en el que se deje constancia de tales circunstancias y se consagren de manera clara, expresa y exigible las obligaciones y/o actividades pendientes a cargo”* del contratista.

En esas condiciones, si bien la parte demandante pudo haber ejecutado servicios por concepto de capacitaciones y personal disponible, los cuales no han sido cancelados por la demandada, conforme a lo pactado, inviable es desconocer que los contratos no se encuentran vigentes, situación que activa aquellas estipulaciones tendientes a saldar cuentas inconclusas mediante la liquidación de los contratos, actividad en la que pueda determinarse el cumplimiento final de las obligaciones y prestaciones a cargo y favor de cada parte, pues así emana de la naturaleza sucesiva de los negocios y fue pactado.

Permitir el cobro aislado de unos servicios sin contemplar la situación contractual global que unió a las partes, implicaría dejar sin eficacia las estipulaciones tendientes a la liquidación con aplicación de compensaciones o descuentos respectivos, postura improcedente en tratándose de negocios de tracto sucesivo que requieren de un finiquito de cuentas.



10. En torno a los artículos 2056 y 2058 del C.C., traídos a colación por la parte apelante sin mostrar por qué deben aplicarse a los negocios objeto de estudio, se refieren al contrato para la confección de una obra material, que conlleva una prestación distinta a adelantar los servicios contratados por Fonade, además de que el pago parcial de obra, previsto en esos soportes normativos, no prohíben que los contratos de esa naturaleza se sujeten, por regulación expresa entre las partes, a un procedimiento de liquidación de cuentas no finiquitadas.

Ahora bien, el solo hecho de que pudiesen haberse verificado los servicios parciales de unos periodos, conforme a varios soportes documentales y los testimonios de Carolina Cely y Liliana Beltrán Jiménez, no implica forzosamente que la demandada deba proceder de inmediato con el pago, pues se reitera, la relación contractual entre las partes entró en etapa de liquidación, luego de la suspensión y vencimiento del término de duración de los contratos, de donde aflora viable que los valores correspondientes a esos servicios, se encuentren sujetos a las resultas de liquidar todas las obligaciones involucradas, según quedó previsto en el contenido contractual.

11. Carece de fuerza el argumento atinente a que la demandada ha incurrido en enriquecimiento injustificado, si en cuenta se tiene que esa entidad no ha desconocido que puede haber obligaciones pendientes por los últimos servicios prestados por la unión temporal, a tal punto que prefirió promover una acción de controversias contractuales sobre el particular, según precisó en sus escritos de contestación y excepciones (folios 1436 a 1455 pdf 02 y pdf 01 *Escrito Excepciones Previas*).

Respecto al tema del incumplimiento por parte de la unión temporal, memórese que la demandada no formuló excepciones de mérito, solo se pronunció sobre los hechos y pretensiones de la demanda, en el sentido de determinar esa situación de incumplimiento con miras a liquidar el



contrato, aserto suficiente para dejar de lado ese punto, dado que se torna una cuestión que se aleja, en cierta medida, del tema litigado.

En todo caso, valga la pena precisar que el fracaso de las pretensiones de la demanda respecto del cobro de algunos servicios prestados, no obedece a la excepción de contrato no cumplido del artículo 1609 del C.C., planteada de alguna manera por la juez *a quo* en sus consideraciones, sino a la inviabilidad del *petitum* por contener pretensiones focalizadas en una parte de la ejecución contractual, con desconocimiento de la efectividad de otras estipulaciones tendientes a la necesidad de liquidar los contratos que no están vigentes.

Así, lo procedente es que las partes, de común acuerdo o por medio de las actuaciones o acciones pertinentes, procuren la liquidación de los contratos, con miras a dirimir todos los asuntos pendientes entre ellas y determinar con claridad las prestaciones respectivas, sin que aquí pueda abordarse esa cuestión, en atención al principio de congruencia previsto en el artículo 281 del CGP.

12. En resumen, se confirmará la sentencia de primera instancia, pero por las razones contenidas en esta providencia.

Se condenará en costas de segunda instancia a la parte apelante, conforme al numeral 3° del artículo 365 del CGP.

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, **confirma** la sentencia de fecha y procedencia anotadas.



Condénase en costas de segunda instancia a la parte apelante, que se liquidarán conforme a lo previsto en el art. 366 del CGP.

El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de la segunda instancia, la suma de \$5.000.000.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADA

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

MAGISTRADA

FIRMADO POR:

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

SALA 018 CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C. - BOGOTÁ D.C.,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

SALA 008 CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C. - BOGOTÁ D.C.,

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

SALA 012 CIVIL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ, D.C. - BOGOTÁ D.C.,

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil*

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:

**2D03CD9ADE0FD1EDD05160CA37063E4463DB21678C25933299A32B2EC4
21B2C5**

DOCUMENTO GENERADO EN 20/08/2021 04:34:30 PM

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL

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

Ref.: Ejecutivo de Moravo S.A.S. y Torre Sancho
BBDO contra LPQ Restaurantes S.A.S.
Radicación 1100131030 40 2019 0757 01

Magistrada: **LIANA AÍDA LIZARAZO V.**

Discutido y aprobado en Sala del 12 de agosto de 2021.

Decide el Tribunal el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de diecinueve (19) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. Moravo S.A.S. y Edificio Torre Sancho BBDO P.H., mediante apoderado judicial debidamente constituido, instauraron demanda ejecutiva contra LPQ Restaurantes S.A.S., para obtener el pago de los siguientes conceptos:

La suma de \$153.000.000 por valor de los cánones de arrendamiento adeudados de los meses de mayo a septiembre de

2019, más los cánones causados durante el curso del proceso, junto con los intereses comerciales moratorios desde la exigibilidad de cada renta hasta que se proceda a su pago.

También se solicitó el pago de la cláusula penal pactada en la cláusula decimoquinta del contrato.

2. La demanda se fundamenta en los siguientes supuestos de hecho:

Moravo S.A.S. y Edificio Torre Sancho BBDO P.H. mediante contrato de 10 de septiembre de 2018, dieron en arrendamiento a la sociedad LPQ Restaurantes S.A.S. un inmueble compuesto de cuatro locales comerciales, una terraza y una bodega, por un término de diez años. El canon de arrendamiento se pactó inicialmente en la suma de \$25.000.000,00 más IVA.

La demandada dejó de pagar los cánones de mayo a septiembre de 2019, los que ascienden a la suma total de \$153.000.000, más las rentas causadas con posterioridad a la presentación de la demanda, incluyendo los intereses moratorios de cada una a la tasa máxima legal.

La convocada efectuó varios abonos imputados a cánones anteriores. En la cláusula decimoquinta del contrato se acordó una cláusula penal por valor de quinientos mil dólares (archivo: 01 cuaderno principal, 01 cuaderno escaneado, pdf, pp. 73-.87).

3. La demanda fue asignada por reparto al Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de esta ciudad, quien negó la ejecución de la cláusula penal y libró mandamiento de pago por los cánones impetrados, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida, liquidados desde la fecha en que cada renta se hizo exigible hasta cuando se verifique el pago (archivo: 01 cuaderno principal, 01 cuaderno escaneado, pdf, p. 94).

Notificada la demandada oportunamente, por intermedio de apoderado interpuso la excepción de mérito que denominó “*inexistencia de la obligación por pago*” fundada, en resumen, en que los cánones de febrero a septiembre de 2019 se pagaron conforme a un acuerdo de pago celebrado entre las partes en reunión de 9 de octubre de ese año, las demás rentas hasta diciembre de 2019 se cancelaron en forma regular.

Adujo que el 9 de junio de 2020 la apoderada de los arrendadores le comunicó que “*Teniendo en cuenta que a la fecha no se ha generado pago alguno por concepto de canon de arrendamiento desde el mes de marzo de 2020, a lo cual se suma la deuda por servicios públicos, cuota de administración y cláusula penal, me permito informarles que hemos hecho uso del derecho de retención establecido en el artículo 2000 del Código Civil, en consecuencia hemos dispuesto cierre en todos los accesos al restaurante y no está permitido el ingreso a la bodega*”.

Refirió que el 13 de junio de 2020 replicó a la parte demandante vía correo electrónico que la instalación de la cadena es ilegal porque se ejecuta el derecho de retención sobre bienes que no son de tenencia de los arrendadores, no puede seguir pagando los

valores por servicios públicos de agua y energía sin tener medidores independientes, respecto al servicio de gas por presuntas modificaciones al medidor “*se les informó nuevamente que las actuaciones contrarias a derecho, eran total responsabilidad a los arrendadores*”, indicándoles que los perjuicios causados serán responsabilidad de estos.

Anotó que por estos hechos perturbadores de la tenencia y goce del bien inmueble arrendado formuló una querrela policiva (archivo: 01CuadernoPrincipal/03ExcepcionesDeMerito.pdf).

4. Agotada la etapa probatoria y evacuada la etapa de alegatos de conclusión, el a-quo dictó sentencia mediante la cual declaró parcialmente probada la excepción de mérito planteada y, en consecuencia, ordenó seguir adelante la ejecución únicamente por los cánones de marzo a mayo de 2020 en los términos del mandamiento de pago, decretó el remate y el avalúo de los bienes embargados, la práctica de la liquidación del crédito y condenó en costas a la parte demandada en un 40%.

II. FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO

Se fundamenta la sentencia de primer grado, en resumen, en que la demandada probó el pago de los cánones de arrendamiento de mayo a diciembre de 2019, a su vez, la apoderada de la parte demandante informó que la arrendataria adeuda únicamente las rentas de marzo a septiembre de 2020, fecha última en la que se dio por terminado el contrato sin justa causa. Por esa razón, el a-quo

consideró que la discusión se ciñe a las rentas entre marzo y septiembre de 2020.

Sostuvo que la representante legal de la parte demandada: i) debatió la obligación de cancelar esos cánones por el incumplimiento contractual del arrendador, las dificultades para los restaurantes ocasionadas por la pandemia Covid-19 y el que no ha podido ingresar al establecimiento desde el 10 de junio de 2020 por causa de las demandantes, hechos por los cuales interpuso una demanda que cursa ante el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá para lograr la terminación del contrato; ii) reconoció que se canceló únicamente la mitad del canon de marzo de 2020 pero ninguna renta posterior; iii) aceptó que hasta mayo de 2020 seguía disponiendo del local, aunque con las restricciones por la pandemia de conocimiento público.

Bajo tales supuestos, el fallo concluyó que aunque hubo afectación por la pandemia, la demandada tuvo la tenencia y goce del bien, en consecuencia, los cánones de marzo a mayo de 2020 deben reconocerse, sin que ocurra lo propio con los cánones posteriores, que no son exigibles dado el mencionado bloqueo de la entrada al inmueble arrendado.

III. LA APELACIÓN

Inconforme con el fallo las partes interpusieron recurso de apelación, no obstante, la alzada de la parte demandante se declaró desierta en esta instancia.

La demandada sustentó oportunamente el recurso vertical, cuyos fundamentos se sintetizan en lo siguiente:

Insistió en que la arrendataria incumplió el contrato de arrendamiento al entregar a destiempo el inmueble, no informar sobre la falta de licencia de construcción de la terraza decretándose por la Alcaldía Local de Chapinero apertura de investigación contra los propietarios, los problemas con el medidor del gas que conllevaron a la suspensión del servicio domiciliario, la falta de medidores de servicios públicos independientes, sumado a la restricción y bloqueo arbitrario de la entrada.

Afirmó tras mencionar el artículo 282 del Código General del Proceso, que al encontrarse demostrada la excepción de mérito “*incumplimiento de contrato*” el sentenciador debió declararla de oficio y terminar el proceso.

Aseveró que la pandemia constituyó motivo de fuerza mayor como eximente de responsabilidad respecto del pago de los cánones aludidos, pues a causa de las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional -imprevisibles e irresistibles-, hubo parálisis de operaciones en el sector de los restaurantes desde mediados de marzo de 2020, máxime cuando las ventas a domicilio no eran rentables.

IV. CONSIDERACIONES

1. Los llamados presupuestos procesales se encuentran acreditados en el presente proceso, y no se observa causal de nulidad

que pueda invalidar la actuación o impedimento para proferir la decisión que en derecho corresponda.

2. Pretende la recurrente la revocatoria parcial de la sentencia de primer grado, y que en su lugar se niegue la ejecución de los cánones de arrendamiento por los meses de marzo a mayo de 2020.

Manifestó, en compendio, que se demostró el incumplimiento del contrato de arrendamiento soporte de la ejecución, en la restricción ilegal para el ingreso del establecimiento que implica la perturbación en el goce de la cosa arrendada, más la infracción en la fecha acordada para la entrega del local, la falta de licencia de construcción de la terraza, y las dificultades con la prestación y cobro de los servicios públicos. Agregó que la pandemia por Covid-19 constituyó un evento de fuerza mayor liberatorio del pago.

3. De esta forma, delimitados los puntos objeto de apelación, en primer lugar, debe recordarse que corresponde probar la existencia y vigencia de una obligación, o su extinción, a quien alega una u otra de esas circunstancias (artículos 1757 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso). A su vez, que las obligaciones se extinguen por los modos referidos en el artículo 1625 del Código Civil.

En segundo lugar, los títulos ejecutivos que puedan dar nacimiento a la acción de ejecución por la cual se pretende el pago forzoso de una cantidad de dinero mediante la intervención del órgano jurisdiccional, deben contener obligaciones claras, expresas y

exigibles, constar en documentos provenientes del deudor y constituir plena prueba contra él, según lo establecido por el artículo 422 del Código General del Proceso.

Al respecto el tratadista Hernán Fabio López asegura que todo documento escrito que se ajuste a los preceptos del mencionado artículo es, sin duda alguna, título ejecutivo y que, éste al contener un derecho cierto e indiscutible merece la intervención del Estado cuando el obligado pretende desconocer la prestación que debe ejecutar.

4. Ahora bien, del contrato de arrendamiento emerge para el arrendatario el derecho para gozar de la cosa arrendada, por ello, las obligaciones del arrendador tienden a la satisfacción de tal propósito, a procurar al arrendatario el goce a que tiene derecho, fin que es recogido por el artículo 1892 del C. C.

La primera obligación del arrendador está dirigida a la entrega de la cosa para que pueda entrar el arrendatario a gozar de ella y para tal efecto, el bien debe encontrarse en buen estado, como se desprende del art. 1985 del C. C., y además, se entiende que es de la naturaleza del contrato que la cosa arrendada debe ser entregada de tal modo, toda vez que a través de tal convención las dos partes se obligan recíprocamente, la una a conceder el goce de una cosa, o a ejecutar una obra o prestar un servicio, y la otra a pagar por este goce, obra o servicio un precio determinado (art. 1973).

Entregada la cosa, y mientras perdure el contrato de arrendamiento, el arrendador debe procurar al arrendatario el disfrute de esta, por ello debe mantenerla en buen estado de servir para el fin

al cual ha sido arrendada, la que es considerada como la obligación de conservación, y que consiste en hacer “*todas las reparaciones necesarias, a excepción de las locativas, las cuales corresponden generalmente al arrendatario*”.

5. En el caso, del documento presentado por la parte ejecutante, es decir, del contrato de arrendamiento celebrado entre ésta y la demandada, se deriva una obligación expresa de pagar una suma líquida de dinero correspondiente a los cánones originados por el negocio jurídico celebrado entre las partes que, debían ser cancelados dentro de los términos allí mencionados, situación que no fue objeto de discusión por los extremos procesales (archivo: 01CuadernoPrincipal/01CuadernoEscaneado.pdf, pp.7-45).

De acuerdo con el tenor del contrato, el inmueble fue arrendado “*con el fin de prestar servicios de restaurante bajo la marca internacional Le Pain Quotidien*”. El término de arrendamiento se pactó en diez años contados a partir del 1º de octubre de 2018 con un canon mensual convenido en la suma de \$25.000.000. más IVA. El arrendatario en la cláusula sexta se comprometió a pagar la renta dentro de los diez primeros días de cada mes. El objeto social principal de la demandada según se desprende del certificado de existencia y representación corresponde a la “*operación de restaurantes*”.

Obra la actuación de la Alcaldía Local de Chapinero bajo el radicado No. 043 de 2016, entidad que inició una querrela policiva en contra de las demandantes propietarias del inmueble arrendado, por la presunta infracción del régimen urbanístico en cuanto a la falta

de licencia de construcción de la terraza (archivo: 01CuadernoEscaneado.pdf, pp. 237-305).

Sin embargo, tales probanzas no permiten concluir que apertura de la querrela implicara el cierre del establecimiento de comercio de la demandada, durante los meses de marzo a mayo de 2020 por los cuales se ordenó seguir la ejecución, es decir, no se demostró que el trámite policivo envolviera la imposibilidad por culpa del arrendador de ejercer la actividad comercial del restaurante. En esa medida, no se evidencia el alegado incumplimiento del contrato por perturbación en el goce del inmueble arrendado.

De igual forma, en cuanto a las circunstancias que impidieron el correcto suministro del servicio de gas, o respecto a un excesivo cobro de otros servicios públicos, lo cierto es que no se determinó si esa situación se prolongó ni cuánto duró, tampoco se acreditó que esos hechos impidieran abrir el establecimiento de comercio ni por qué periodos, sin que las manifestaciones de la demandante (sean las de su contestación o lo explicado en el interrogatorio de parte) sean suficientes para acreditar esa circunstancia, en tanto como es conocido, a nadie le es permitido elaborar su propia prueba.

Así, como no hay elemento de juicio de que el establecimiento no operaba o no producía rentas por causa imputable al arrendador, era obligación de los arrendatarios efectuar completa y cumplidamente el pago de los cánones de arrendamiento.

En gracia de discusión, tampoco se demostró la violación de la obligación del arrendador de entrega de la cosa, pues los

arrendatarios la recibieron y explotaron pese a las condiciones anotadas. Y, con todo, los perjuicios por los incumplimientos y perturbaciones denunciados son situaciones que se están ventilando en otro proceso.

Surge así que ningún elemento probatorio fue aportado a la actuación para acreditar las afirmaciones de la demandada respecto al incumplimiento de su contraparte, y, ante la ausencia de medios de prueba, la vigencia del contenido sustancial de lo consignado en el contrato de arrendamiento en cuanto al canon no puede ser prescindido, como se pretendió por la ejecutada. Por lo anterior, el primer reparo no está llamado a prosperar.

6. En punto al hecho de que la pandemia por Covid-19 afectó en forma imprevisible e irresistible la operación del restaurante, es necesario precisar lo siguiente.

La Corte Suprema de Justicia desde antaño asentó que, para los efectos liberatorios de la fuerza mayor, el hecho debe cumplir los siguientes requisitos: a) no puede ser imputable al deudor; b) no puede haber concurrido por culpa de este; c) debe ser ***“irresistible, en el sentido que no haya podido ser impedido y que haya colocado al deudor -dominado por el acontecimiento- en la imposibilidad absoluta (no simplemente en la dificultad ni en la imposibilidad relativa) de ejecutar la obligación”***¹; y d) debe ser imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el deudor razonablemente pudiera precaverse contra él -negrilla fuera del texto-.

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de Julio de 1935. Reiterada en sentencias de casación de 31 de agosto de 1942, 23 de junio de 2000, entre otras.

Luego, si la fuerza mayor liberatoria supone imposibilidad absoluta de ejecución, en el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, se itera, fue acreditado que la parte demandada detentó la tenencia del inmueble durante los meses de marzo a mayo de 2020, pues así lo reconoció la representante legal de la convocada en su interrogatorio de parte, quien adujo que si bien los decretos emitidos por el Gobierno Nacional no permitieron el uso pleno del restaurante y el servicio de domicilios era “*financieramente inviable*”, los empleados seguían asistiendo para desarrollar actividades operativas y de conservación de alimentos.

De lo anterior se deduce que si bien es cierto hubo afectación por las restricciones consecuencia de la pandemia por Covid-19, la demandada no probó la imposibilidad absoluta de desarrollar su objeto social, tampoco se acreditó por ningún medio la afirmación respecto a que la actividad productiva a través de domicilios fuera financieramente inviable.

Con otras palabras, para el Tribunal es claro que la demandada no demostró hallarse en impedimento absoluto de cumplir con el pago del canon de arrendamiento de los meses en cuestión por fuerza mayor, en la medida en que detentó la tenencia del inmueble y aún pese a las limitaciones causadas por la pandemia, podía desarrollar su operación entre otras formas, por vía de ejemplo, mediante domicilios o por medio de la prestación del servicio a través de plataformas virtuales. Por tanto, el segundo reparo elevado está llamado al fracaso.

Concluyese de lo dicho que se encuentra ajustada a derecho la sentencia del a-quo y en consecuencia deberá ser confirmada.

V. 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 y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia de diecinueve (19) de abril de dos mil veintiuno (2021), proferida por el Juzgado Cuarenta Civil del Circuito de esta ciudad, por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. CONDENAR en costas a la parte ejecutada. Se fija como agencias en derecho la suma de \$ 2.000.000

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
Magistrada

JOSE ALFONSO IZASA DAVILA
Magistrado

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Firma Con Aclaración De Voto

**Martha Patricia Guzman Alvarez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 012 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación:

**eac17eecb4e5f856bc8e0a0b79a06d1bc45db21b2e4c9e01024030
c5bb9d86b8**

Documento generado en 20/08/2021 12:12:34 PM

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Aclaración parcial de voto del magistrado José Alfonso Isaza Dávila

Ref.: Ejecutivo de Moravo S.A.S. y Torre Sancho BBDO contra
LPQ Restaurantes S.A.S.

Rad. 110013103040 2019 0757 01 – Apelación sentencia

Magistrada Ponente: Liana Aida Lizarazo Vaca

Aunque comparto la decisión en este asunto, en cuanto confirmó la sentencia apelada, aclaro parcialmente el voto, por lo relativo a la decisión de la magistrada ponente, anterior a la sentencia, de declarar desierto el recurso de apelación de una de las partes, por no haberse presentado sustentación escrita en segunda instancia.

1. La aclaración parcial muy breve, es que no comparto que se hubiese declarado desierto el recurso de apelación de la parte demandante, por falta de sustentación en segunda instancia, pues considero que debieron tenerse como motivos de apelación esgrimidos como reparos en primera instancia.

2. Al respecto estimo que de acuerdo con el decreto 806 de 2020, no es forzoso que siempre se deba sustentar de modo escrito, u oral en audiencia, el recurso vertical en segunda instancia, por lo cual es razonable considerar que pueden aceptarse los reparos siempre que muestren un verdadero reproche a la sentencia apelada. Si bien el artículo 14 de ese decreto previó un término para sustentar la apelación ante el *ad quem*, tal precepto debe entenderse como carga complementaria para los casos en que ante el *a quo*, se hayan presentado simples y sucintos reproches que impidan ver claramente la controversia que desea plantear el recurrente.

Ese artículo 14 del citado decreto 806 de 2020, dadas las circunstancias de la actual pandemia mundial del Covid-19, además de adoptar la orientación del sistema procesal escritural en la segunda instancia,



estableció que la sustentación debe hacerse “a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, lo cual significa que puede cumplirse esa carga con anterioridad. Sistema que es similar a lo que antes consagraba el artículo 352 el derogado Código de Procedimiento Civil, en cuyo párrafo 1º se preveía que la carga de sustanciación del apelante debía cumplirse “ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360...”

3. Esa postura fue planteada y acogida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias STC5497-2021 y STC5569-2021¹.

En el caso de autos, así no se hubiese sustentado el recurso en segunda instancia, acorde con la norma citada, de todas maneras el memorial de reparos del apelante contiene críticas específicas contra la sentencia apelada y un desarrollo argumental que, así fuese breve, podía tenerse como sustentación.

4. Sin embargo, como la magistrada sustanciadora, en ejercicio de sus facultades autónomas de dirección del proceso, consideró viable la deserción del recurso, por las razones que entonces expuso, decisión que quedó en firme, hay lugar a acatar esa decisión sin discusión alguna.

Con todo comedimiento,

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

¹ Al respecto puede verse el video de la Corte Suprema de Justicia, denominado *Diálogos con la Justicia. Balance sobre el decreto 806 de 2020. Junio 8 de 2021*, a partir del minuto 24:12. [\(257\) DIÁLOGOS CON LA JUSTICIA. Balance sobre el decreto 806 de 2020. Junio 8 de 2021. - YouTube](#)

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

Bogotá, D. C., veinte de agosto de dos mil veintiuno

11001 3103 041 2009 00188 01

Ref. proceso ordinario de pertenencia de Jaime Palacios Palacios frente a Yesid Palacios Olaya (y otros)

Como quiera que la parte demandante no sustentó su apelación en la oportunidad que consagra el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 (que se computó a partir de la ejecutoria del auto de 5 de agosto de 2021, mediante el cual se admitió el recurso vertical), el suscrito Magistrado DECLARA DESIERTA la alzada que interpuso dicha parte contra la sentencia que, en primera instancia, se profirió en el proceso de la referencia.

Lo anterior, teniendo en cuenta las previsiones del inciso final del artículo 322 del C.G.P., por cuya virtud, **“el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”**.

Esta decisión guarda armonía con lo que en reciente oportunidad dispuso la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, cuando recogió la doctrina que había sostenido en torno al mismo tema.

En efecto, al dirimir un asunto de tutela frente a la declaración de deserción de un recurso de apelación **interpuesto en el mes de julio de 2020**, vale decir, ya en vigencia del Decreto Legislativo 808 de 2020, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que, “en el caso particular que se revisa, debe indicarse que esta Sala al realizar un nuevo estudio del artículo 322 del Código General del Proceso, considera que en efecto **la consecuencia de la no sustentación del recurso de apelación en segunda instancia, al margen de que los reparos concretos se hubieren presentado en la audiencia y la sustentación se haya hecho por escrito ante el juez singular, es la declaratoria de desierto de la alzada**” (sentencia STL2791-2021 de 10 de marzo de 2021, R. 92191, M.P. Jorge Luis Quiroz Alemán).

Devuélvase el expediente al juzgado de origen

Notifíquese

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

64780920cb86af592854247b078729c317c7f4a0ac28b3b4d27d6bde8f185251

Documento generado en 20/08/2021 12:06:45 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veinte de agosto de dos mil veintiuno.

Proceso: Verbal
Demandante: Ana Yanneth Zapata Tovar y otros
Demandado: Cafesalud EPS
Radicación: 110013103043201700516 02
Procedencia: Juzgado 43 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación Sentencia

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

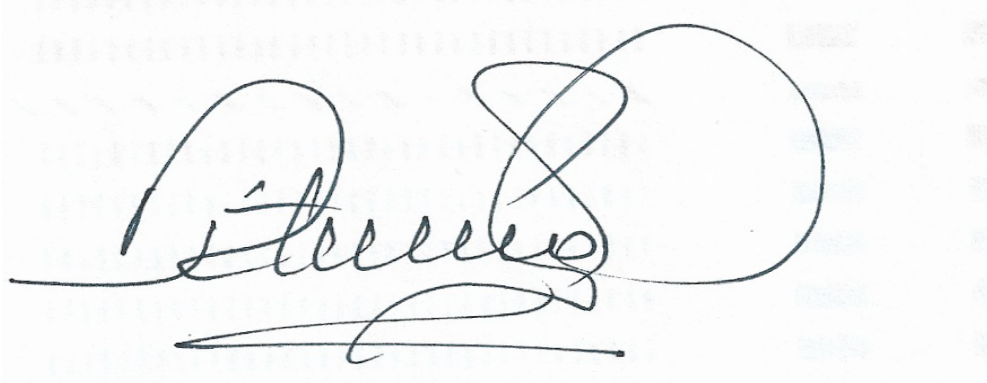
1. CONFERIR TRASLADO a la parte apelante por el término de cinco (5) días para que sustente su recurso, los cuales comenzaran a contabilizarse desde la notificación de esta determinación, vencidos los cuales la no recurrente podrá pronunciarse al respecto en un plazo igual. Se recuerda que la sustentación consistirá en el desarrollo de los reparos planteados al propiciar el recurso, cualquier aspecto adicional que se incluya no será considerado (artículos 320, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012).

Los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 de la ley 1564 de 2012, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

Las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias inmediatamente al despacho con informe pormenorizado de Secretaría.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', is written over a faint, light-colored grid background. The signature is fluid and cursive, with a large loop at the end.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **bf1b3d6c2bb71bb6fc51798754997b14ae9f32581045a4346c73424bd6343c83**

Documento generado en 20/08/2021 10:09:11 AM

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

Correo: des12ctsbt@cen DOJ.ramajudicial.gov.co.

Radicación: 044-2020-00188-01

Bogotá D.C., trece (13) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

Ref: PROCESO VERBAL DE LEOVIGILDA ALVARADO VILLAMIL CONTRA MARTHA LUCIA GALLO INDABURU.

I. ASUNTO

Corresponde al Tribunal decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la demandante, contra la decisión proferida en audiencia celebrada el 23 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado 44Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual se rechazó la demanda.

II. ANTECEDENTES

1. La Juez a-quo mediante providencia del 11 de marzo de 2020, inadmitió la demanda al tenor del artículo 90 del Código General del Proceso, señalando seis defectos que debían ser subsanados.

2. El recurrente presentó el escrito de subsanación, allegando un acta de conciliación extrajudicial en la que convocó la parte demanda (fl. 122-123 c.1), sin embargo, la demanda es rechazada en providencia del 24 de septiembre de 2020, argumentando al numeral 1° del auto inadmisorio.

3. Inconforme con lo decidido, la parte demandante formuló el recurso de apelación, concedido en auto de 8 de octubre de 2020 de la cual se ocupa actualmente el Despacho.

III. CONSIDERACIONES

Las causales de inadmisión y rechazó de la demanda están específicamente determinadas, razón por la cual la decisión que en cualquiera de esos sentidos se adopte debe corresponder a uno o a varios de los eventos dispuestos por el legislador y que están consagrados en el artículo 82, 83, 84 del Código General del Proceso.

Establece el artículo 90 ibídem, *“se señalará el defecto que adolezca la demanda para que el demandante la subsane en el término de cinco (5) días, so pena, de rechazo”*.

El art. 1º del Decreto 1919 de 1998 define la conciliación como *“un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador”*, que puede recaer sobre asuntos susceptibles de transacción o desistimiento, además de los que la ley expresamente indique

Su importancia es tal, que la redacción original del artículo 38 de la Ley 640 de 2001, sin la reforma introducida por el artículo 621 de la Ley 1564 de 2012, establece la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, en desarrollo del principio de economía procesal; por tanto, la ley impone la obligación de intentar la conciliación extrajudicial en los procesos declarativos que deban tramitarse a través del procedimiento verbal, y en el supuesto, de no acreditarse su realización, deberá rechazarse de plano la demanda, salvo que se estén solicitando medidas cautelares.

El requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, o cuando vencido el término previsto en el inciso 1° del artículo 20 de la Ley 640 de 2001, no se hubiere celebrado por cualquier causa; en este último evento se podrá acudir directamente a la jurisdicción con la sola presentación de la solicitud de conciliación.

En el *sub-lite* la parte demandante promovió proceso verbal, contra Martha Lucia Gallo Indaburu, como pretensiones formuló entre otras, que se declare: i) que, las partes suscribieron contrato de promesa de compraventa del apartamento 301 de la Carrera 14 N. 116-21 barrio Santabárbara de esta ciudad, el 14 de junio de 2018 mediante contrato No. LC-02295639, ii) que, las partes modificaron las condiciones, firmando el octubre 29 de 2018, otro si, en contrato LC-0232688 que hace parte integral del negocio jurídico, iii) que, el contrato de promesa compraventa y anexo, fue incumplido por la promitente compradora, iv) que, se declare resuelto la promesa de compraventa y anexos contenidos en contratos LC02295639 y LC-0232688 de 14 de junio y 29 de octubre de 2018, por exclusivo incumplimiento de la parte demanda Martha Lucia Gallo Indaburu, al no haber pagado el total del precio pactado, y v) la condena a la demandada al pago de los daños por el no goce de los frutos civiles que por arrendamientos, hubiera percibido, lucro cesante por el incumplimiento de lo pactada tasado en la suma de \$130'000.000.00, y el daño emergente por \$16'000.000.00 por concepto del pago de bodega en que debió incurrir la demandante.

La demanda se inadmitió el 11 de marzo de 2020 para que se subsanaran seis (6) falencias, entre las que se indicó “1° acredítese la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, en atención a las previsiones del art. 38 de la ley 640 de 2001”.

El demandante con el escrito de subsanación, aportó un formato de acta de no acuerdo de 17 de septiembre de 2018 ante el Centro de Conciliación de la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles, donde la convocante Martha Lucia Gallo Indaburu, cita a la convocada Leovigilda Alvarado Villamil; solicitud encaminada a acordar *“la resolución del contrato de compraventa del apartamento 301 de la Carrea 14 No. 116-21 Edificio Adfa II matrícula inmobiliaria No. 50N-434637 con la correspondientes indemnización de daños y perjuicio”*, o en su defecto, acordar al fecha de suscripción de la escritura pública de compraventa, *“igual con indemnización de daños y perjuicios”*, en suma aproximada de \$122.000.000.oo.

De la revisión del acta de conciliación allegada con el escrito de subsanación, se observa que aunque fue convocada por la señora Martha Lucia Gallo Indaburu, quien es demandada en esta acción, lo cierto es que, se intentó la misma para acordar la resolución del contrato de compraventa suscrito entre las partes, así como la indemnización por daños y perjuicios, quiere decir lo anterior, que la misma se adecua a los hechos y las pretensiones de la demanda.

En ese orden, se advierte que erró la juez de primer grado al rechazar la demanda porque consideró que este requisito no fue cumplido, como quiera que, de la revisión del acta conciliación prejudicial aportada, y las súplicas de la demanda, es claro que, versar sobre los mismos puntos, por lo menos en lo fundamental, a los que se refiere la demanda, huelga decir, a la resolución del contrato de compraventa allegado como base de la acción y la indemnización por daños y perjuicios; téngase en cuenta que la Ley 640 de 2001, lo que exige es que las parte intenten la conciliación, requisito de procedibilidad se entenderá cumplido cuando se efectúe la audiencia de conciliación sin que se logre el acuerdo, sin que en ninguna parte de la ley, determine que quien demanda es quien debe convocarla.

Quiere decir lo anterior, que el requisito que echó de menos el a-quo, y del cual fue solicitada su subsanación, se encontraba cumplido en el libelo introductor, por lo tanto, el auto censurado ha de revocarse para que, en su lugar, la juez de conocimiento adopte la decisión pertinente.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrital Judicial Bogotá, D.C.**

IV. RESUELVE

Primero: Revocar el auto del 23 de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado 44 Civil del Circuito de Bogotá, para que, en su lugar, adopte la decisión que en derecho corresponda.

Segundo: Sin condena en costas por la prosperidad del recurso.

Tercero: Disponer la devolución de las actuaciones, al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

Martha Patricia Guzman Alvarez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 012 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**641e32100d73978d886fdac51b2f0e34db527a4546728909
5045699ca687e0d4**

Documento generado en 20/08/2021 05:22:49 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
SALA CIVIL**

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

Proceso N.º 110012203000202101634 00
Clase: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN
Demandante: PAOLA ANDREA BAQUERO CLAVIJO
Demandada: MARÍA MERCEDES SÁNCHEZ RODRÍGUEZ

De acuerdo con la constancia secretarial de la fecha y comoquiera que la promotora del presente recurso extraordinario de revisión no subsanó las falencias advertidas en el proveído que antecede - notificado por estado electrónico n.º 138 de 11 de agosto del año que avanza¹-, se dispone, de conformidad con el artículo 90 e inciso 2º del canon 358 del Código General del Proceso, rechazar la demanda de la referencia.

Regrésese la demanda y sus anexos por el mismo medio en que se radicaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

¹ Ver: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/81610707/PTOVIDENCIAS+E-138+AGOSTO+11+DE+2021.pdf/cbed4c6f-8e57-4650-a531-9438c12407ff> (Págs. 74 a 77 del listado) y <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/81610707/E-138+AGOSTO+11+DE+2021.pdf/8b7b4cb4-2f6b-4b7d-aa19-8665c48a7905> (pág. 2 del listado).

Auto de rechazo dentro del proceso n.º 110012203000202101634 00
Clase: Recurso extraordinario de Revisión.

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora
Magistrado
Sala 005 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

600002bacf84baa40a23824d40f22cdc9f3b83aa1210c8780f66765734af3d49

Documento generado en 20/08/2021 11:24:47 AM

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

Revisión
Demandante: Diana Marcela Rueda Ramírez
Demandado: Sandra Patricia López Luna
Exp. 00-2021-01635-00

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veinte de agosto de dos mil veintiuno

Cumplida la orden del auto inadmisorio, de conformidad con lo previsto en el artículo 358 del Código General del Proceso se ordena oficiar al Juzgado Treinta y Dos Civil Municipal esta urbe, para que remita el expediente del proceso 11001400303220170103500 propuesto por Sandra Patricia López Luna contra Andrés Mauricio Rueda y Diana Marcela Rueda.

En caso de estar en curso la ejecución de la sentencia, envíese el legajo previa expedición de las copias necesarias para tal efecto, a cargo de recurrente, dando aplicación rigurosa a la norma previamente referida.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Exp. 000-2021-01635-00

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrada Sustanciadora
MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

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

Asunto: Acción de protección al consumidor de Camilo Ernesto Ossa y otros, contra Cimcol S.A. y Fiduciaria Bancolombia S.A. en su calidad de vocera del Patrimonio Autónomo Acqua Power Center.

Rad. 01 2019 51790 01

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra el auto que profirió la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio el 16 de diciembre de 2020, mediante el cual se negó el decreto de las medidas cautelares deprecadas.

I. ANTECEDENTES Y CONSIDERACIONES

1. Los demandantes, en calidad de copropietarios de Acqua Power Center, incoaron demanda de acción de protección al consumidor por garantía de zonas comunes y, solicitaron las siguientes medidas cautelares:

(i) Embargo y secuestro de los derechos fiduciarios que ostenta Cimcol S.A., en su calidad de fideicomitente, en el fideicomiso Acqua Power Center.

(ii) Ordenar a la Fiduciaria Bancolombia S.A. abstenerse de acatar las instrucciones que el fideicomitente le brinde, salvo que exista autorización de la autoridad competente.

(iii) Ordenar a Fiduciaria Bancolombia S.A. el deber de informar a cada uno de los nuevos compradores, la acción que aquí se estudia.

(iv) Ordenar a la copropiedad Acqua Power Center, que cualquier modificación al reglamento de P.H., deberá ser autorizado previamente por el Despacho.

2. La funcionaria de conocimiento negó la petición, tras estimar que no existe legitimación para decretarlas, habida cuenta que el administrador, como representante de la copropiedad es quien está autorizado para ejercer la búsqueda de la garantía legal que cobija a los bienes comunes de su representada.

3. Inconforme con la decisión, la actora presentó sendos recursos de reposición y en subsidio apelación, con fundamento en que se debe dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad e inaplicar lo consagrado en el artículo 2.2.2.32.3.4 del Decreto 1074 de 2015, toda vez que los propietarios se han visto afectados por la desidia de la administración y la falta de interés por exigir la prerrogativa que establece el estatuto del consumidor; concluyó que le asiste legitimidad para solicitar la cautela, en razón a que la redundancia de la acción permitiría proteger los derechos de los demás asociados.

4. Sea lo primero decir que aquí se pretende exigir la garantía legal de todo consumidor, que de conformidad con lo establecido en el canon 7° de la Ley 1480 de 2011 no es otra cosa que *“la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos. En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.”*, prerrogativa que, para los bienes inmuebles, se ha fijado en un término de diez años para la estabilidad de la obra, y para los acabados un año.

Ahora, de conformidad con lo establecido en el canon 2.2.2.32.3.4. del Decreto 1074 de 2015, la garantía legal deberá ser solicitada por el administrador designado por la copropiedad, en razón a las calidades y facultades que le asisten. En esas condiciones, si de forma imperativa la norma ha sido enfática en asignarle determinadas obligaciones a una

persona, mal podría predicarse la sustitución de dicho individuo bajo una condición particular y la materialización de intereses aislados.

Bajo esa égida, si la legitimación por activa para acudir a la jurisdicción la ha definido la propia norma, con mayor solidez podría predicarse que el interés para proponer alguna cautela debe residir en él mismo.

5. No obstante lo anterior, y aun cuando la parte demandante reconoce la situación, refiere que la petición de cautelas obedece al interés de proteger su inversión y la de futuros compradores, situación que vista desde un punto distinto, podría dar lugar a inaplicar esa regla procesal y permitir que los copropietarios eleven la acción que resguarda la garantía legal invocada en el asunto.

Bajo esa línea, debe entonces decirse que la figura de la excepción de inconstitucionalidad, establecida por el artículo 4° de la Constitución Política, se constituye como una herramienta para que en caso de presentarse contradicción entre una norma de rango legal y otra de rango constitucional, se aplique la última, con el fin de preservar las garantías constitucionales, que sólo procede para resolver casos o situaciones concretas o subjetivas, de modo que quien la hace efectiva es la autoridad que conoce del correspondiente caso y sus efectos, por consiguiente, son subjetivos o interpartes.

Así las cosas, esa figura puede alegarse cuando se den estas circunstancias: (i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad; (ii) Se reproduce su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso; y (iii) En virtud de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento *iusfundamental*. En otras palabras, *“puede ocurrir también que se esté en presencia de una norma que, en abstracto, resulte*

conforme a la Constitución, pero no pueda ser utilizada en un caso concreto sin vulnerar disposiciones constitucionales”¹.

En general, para hacer uso de este medio excepcional es necesario que la contradicción sea manifiesta, es decir, que la norma constitucional y la legal riñan de tal manera que del simple cotejo resulte absolutamente incompatible su aplicación simultánea.

Dentro del caso de conocimiento, se tiene que el extremo demandante considera que las medidas cautelares son procedentes, debido al interés que le asiste a cada uno para exigir la garantía de los bienes comunes y que hacen parte de sus bienes, sin embargo, esa disposición no contraviene la Constitución en ninguna de sus apartes en razón a que la naturaleza propia de la persona jurídica denominada copropiedad, hace que pueda salir en defensa de sus intereses.

En efecto, la norma, lejos de limitar la procedencia de las acciones en cabeza de una persona u otra, lo que hizo fue precisar el alcance de los derechos que le corresponden a la propiedad horizontal, por lo que siendo esta representada por su administrador, no podría endilgarse dicha potestad a sus copropietarios, quienes mediante la asamblea general son los que designan ese título quedando representados por aquel.

Y es que no puede ser de otra manera, en tanto que si bien la Ley 675 de 2001 se caracterizó por establecer la coexistencia del derecho de propiedad exclusiva de unos bienes de dominio particular y la prerrogativa proporcional de copropiedad que los titulares de aquellos ejercen en los bienes comunes, se encargó de crear una distinción precisa en torno a la creación de una persona jurídica sui generis, cuya función es la administración de los bienes comunes, salvedad que en el desarrollo normativo resulta relevante para verificar las obligaciones que competen al administrador y los administrados.

7. Colofón de lo expuesto, sin la existencia de un choque entre la norma y la constitución, en este escenario procesal, mal podría predicarse

¹ Sentencia T-681 de 2016 M.p. Jorge Ivan Palacio.

la aplicación de la excepción de constitucionalidad como ese control difuso realizado a la legislación.

Ahondando en argumentos, recientemente la Corte Suprema de Justicia enfatizó sobre esa prerrogativa que se le brinda al administrador para representar a la copropiedad y en especial frente a los bienes comunes que corresponden a la propiedad horizontal, dijo que: *“la evolución de régimen de propiedad horizontal en Colombia evidencia el interés del legislador por facilitar que los bienes comunes tengan adecuada defensa y vocería. Y que la interpretación sistemática de la actual normativa nos conduce, necesariamente, a considerar a la persona jurídica administradora de esa propiedad horizontal como legitimada por activa y pasiva para representar los intereses de los copropietarios, en lo que hace a los bienes comunes”*².

8. Bajo esa égida, es clara improcedencia de las medidas cautelares en tanto que, en el presente escenario procesal, el interés para solicitar esa figura preventiva no se abría campo dada la normatividad y la búsqueda de evitar perjuicios a terceros, bajo la excusa de la simple existencia de un proceso. En todo caso, y al margen de la exposición anterior, téngase en cuenta que la medida de embargo y secuestro de los derechos fiduciarios, no resultaba acorde a la naturaleza del proceso ni la enmienda que trae el canon 590 del Código General del Proceso.

En igual sentido, las demás cautelas, que dada su redacción son de carácter innominado, no resultan ser razonables dados los efectos nocivos que traería para la administración de la copropiedad y el desenvolvimiento del fideicomiso PA Acqua Power Center, en razón a que se estaría incursionando en escenarios distintos al objetivo de la acción de protección al consumidor y por el contrario, se discutiría un asunto contractual frente al cumplimiento o no de las condiciones en que han sido ofertados los inmuebles, incluso, nótese que el sustento del *“humo de buen derecho”* se enfiló a los deberes de la fiducia y las presuntas irregularidades que se estaban cometiendo al interior de ese contrato mercantil, situación que escapa de lo analizado en el plenario.

² Sentencia SC 563 de 2021 Exp. 11001310301620120063901.

9. Por consiguiente, la conclusión a la que arribó el juzgador de primera instancia resultó acertada y, por tanto, deberá refrendarse la misma.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto que profirió la Delegatura de Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio el 16 de diciembre de 2020, por las razones ya expuestas.

SEGUNDO. ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO. DEVOLVER diligencias al despacho de origen.

Notifíquese,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D. C., veinte de agosto de dos mil veintiuno

11001 3199 001 2019 73350 01

Ref. proceso verbal (acción de protección al consumidor) de William Quintero Carrillo frente al Grupo Stirling S.A.S., MABC Ingeniería S.A.S., Araujo & Segovia S.A., Grupo Colcasa Red Inmobiliaria S.A.S. y Oscar Eduardo Galindo López.

El suscrito Magistrado CONFIRMARÁ el auto que, el 17 de noviembre de 2020 profirió la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio (la alzada fue repartida a este despacho el 23 de junio de 2021), por medio del cual se abstuvo de promover el recaudo de varias pruebas que, al descorrer el traslado sobre las excepciones de mérito, solicitó la parte actora, hoy apelante.

El juez *a quo* sostuvo lo siguiente: **(a)** no era factible ordenar a Araujo y Segovia que aportara copia del contrato de “Gerencia de Ventas del Proyecto Peñón Verde”, por cuanto “no se acredita que la parte demandante hubiere solicitado dichas pruebas por medio del derecho de petición”; **(b)** En cuanto a los testimonios de Jorge Ospina, Julián Arcila y Jesús Rojas, destacó que “la parte demandante no indicó cual era el objeto de la prueba”; **(c)** para denegar el recaudo del testimonio del representante legal de Asesorías Accounti S.A.S. y la prueba trasladada (tres procesos iniciados por la sociedad Araujo y Segovia de Bogotá S.A.), aseveró que dichas probanzas no son pertinentes por cuanto están encaminadas a demostrar la participación de Araujo y Segovia de Bogotá S.A. con algunas de las demandadas sin que, pese a que dicha compañía no fue demandada.

Para decidir en la forma en que se anunció bastan las siguientes **consideraciones:**

1. Si se miran bien las cosas, no había lugar a decretar la exhibición del documento ya referido ni los testimonios de Jorge Ospina, Julián Arcila y Jesús Rojas, por cuanto la solicitud probatoria que se hizo en tal sentido no se amolda a las pautas que consagra el estatuto procesal civil.

Recuérdese que quien aspire que su contraparte exhiba un documento “**expresará los hechos que pretende demostrar**” (art. 266, C.G.P.), al paso que quien quiera llamar a testificar a un tercero tiene la carga de enunciar “**concretamente los hechos objeto de la prueba**” (art. 212, *ibidem*).

Ni lo uno ni lo otro atendió la parte actora: respecto de la exhibición documental se limitó a manifestar que su propósito era “demostrar su relación con los hechos del proceso” y en cuanto a los testimonios le bastó con señalar que resultaban pertinentes “para demostrar los hechos del presente litigio”, expresiones ambiguas que no se suplen las reseñadas exigencias.

En fallo de tutela de 14 de abril de 2021, STC3786-2021 R.-000-2021-00952-00, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo, la Corte Suprema de Justicia señaló ante un caso similar: “Así las cosas, para la Sala los argumentos del recurrente relacionados con que bastaba señalar de manera «*sucinta*» el objeto de la prueba requerida, no son de recibo, por cuanto a diferencia de lo dicho por éste, se cimentaron en la norma adjetiva anterior a la implementación de la Ley 1564 de 2012, y al momento de solicitar la práctica de los aludidos testimonios, el demandante sólo expresó que lo pretendido con los mismos era «*que declaren sobre los hechos y pretensiones de la demanda, como de [su] contestación*», y «*desvirtuar los hechos y pretensiones invocados en la demanda de reconvencción*», incumpliendo de esa manera con el requisito de la «*concreción*»¹, que impone el canon 212 *ejusdem*, pues «*todo lo contrario, su exposición fue genérica e indeterminada*».

2. Tampoco era factible decretar el testimonio del representante legal de Asesorías Accounti S.A.S. y la prueba trasladada de tres procesos iniciados por la sociedad Araujo y Segovia de Bogotá S.A., pues, como lo sostuvo el juez *a quo*, tales medios de convicción no están destinados a demostrar la relación de consumo existente entre la demandante y su contraparte, quien en sentido distinto, lo que busca con dichas probanzas es hacer hincapié en la participación que habría tenido la sociedad Araujo y Segovia de Bogotá S.A. en los hechos que rodearon la demanda, propósito inatendible por cuanto dicha persona jurídica no fue demandada ni llamada en garantía.

Es sabido que el decreto y práctica de una prueba está supeditado a que la misma sea pertinente, conducente y útil (art. 168 C. G. P).

No puede dejarse de lado que, al sustentar su recurso, el apelante agregó que el propósito del aludido testimonio y de la prueba trasladada era desentrañar “una auténtica red contractual” dedicada a ofrecer proyectos inmobiliarios, temática que no se expuso ni en los hechos de la demanda ni en el memorial con el que se recorrió el traslado en las excepciones de mérito.

¹ Para sustentar la decisión objeto de examen, el Tribunal de Buga – Sala Civil Familia, trajo a colación la sentencia STC9203 del 18 de julio de 2020.

3. Por último, tampoco en sede de apelación no es atendible la “inversión de la carga de la prueba” que en forma no tan precisa invocó la parte actora quien, previa invocación del artículo 167 del C.G.P. lo que sugirió es que se conmine a la demandada Araujo y Segovia S.A. a “probar su relación con la sociedad Araujo y Segovia de Bogotá S.A.”.

Frente a ello, cabe anotar que la apelabilidad de esa decisión no se avizora a la luz del artículo 321 del C. G. P., a lo que se suma que, en los términos de la solicitud, no sorprende que no hubiera tenido éxito con motivo de las razones que se plasmaron en la consideración segunda de esta misma providencia.

DECISION

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONFIRMA el auto de fecha y origen prenotados. Sin costas por lo actuado ante el Tribunal, por no aparecer justificadas. Devuélvase la actuación a la oficina de origen.

Notifíquese y cúmplase

OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
Magistrado

Firmado Por:

Oscar Fernando Yaya Peña
Magistrado
Sala 011 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

Od0b97bd14076ade0641ce326a2a341cdf9b4887fd460fd3303ef5acbbc8a13e

Documento generado en 20/08/2021 12:12:21 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

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

Proceso N.º 110013199001201985391 01
Clase: VERBAL – INFRACCIÓN A LA PROPIEDAD INDUSTRIAL
Demandante: COMERCIALIZADORA INTERNACIONAL INVERMEC S.A.
Demandada: MIL HERRAJES S.A.

Se resuelve el recurso de apelación que la apoderada de la sociedad demandante interpuso contra el auto n.º 56962 de 11 de mayo de 2021 proferido por el Abogado del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, mediante el cual no encontró justificada su inasistencia a la audiencia inicial, declaró terminado el proceso e impuso sanción a los no comparecientes a esa vista pública, para lo cual suficientes son las siguientes:

CONSIDERACIONES

Sea lo primero advertir que la competencia del Tribunal se circunscribe al análisis de la apelación formulada contra el auto que **terminó el proceso por la no comparecencia de las partes a la audiencia inicial**, como lo habilita el artículo 321, numeral 7º del CGP. Por tal razón, queda al margen de la discusión lo atinente a la imposición de las multas que regula el inciso final del numeral 4º del artículo 272 *ídem*, por tratarse de una decisión carente de alzada, al no encontrarse enlistada en el primero de los reseñados preceptos, ni en norma especial.

Precisado lo anterior, se anticipa la confirmación del auto recurrido, por las siguientes razones:

La primera, porque la decisión cuestionada se encuentra ajustada a derecho, en razón a que ninguna de **las partes** concurrió a la diligencia programada por el *a quo* mediante auto n.º 27984 de 4 de

marzo anterior para el 20 de abril de 2021¹; circunstancia que aparejaba la terminación del proceso, según lo prevé el artículo 372, numeral 4º, inciso 2º del CGP. “Cuando ninguna de las partes concurra a la audiencia, está no podrá celebrarse, y vencido el término sin que se justifique la inasistencia, el juez, por medio de auto, declarará terminado el proceso”.

Entonces, ante la no concurrencia a la vista pública de las sociedades Comercializadora Internacional Invermec S.A. y Mil Herrajes S.A., en su calidad de demandante y demandada, respectivamente, y más aún la ausencia de una justificación al respecto; no quedaba más remedio que aplicar la sanción dispuesta por el ordenamiento procesal de declarar la clausura del juicio.

La segunda, porque las partes no explicaron su inasistencia y si bien, dentro de los tres (3) días siguientes a la programación de la audiencia², así como también a través de la opugnación formulada³, la apoderada de la parte demandante intentó justificar su propia inasistencia, debe decirse que tal actividad deviene inane frente a la determinación adoptada por el *a quo* de concluir el litigio, pues como lo dispone el canon 372, numeral 4º, inciso 2º del CGP, la ausencia que conlleva a esa sanción es la de **las partes** y no la de sus apoderados, de donde se concluye que la justificación de la inasistencia, a efectos de evitar la terminación del proceso, debió provenir de la representante legal de la sociedad demandante, mas no de su apoderada.

Y ello es así porque según lo prescribe el artículo 53 del Código General del Proceso, “podrán ser parte en un proceso... las personas naturales y jurídicas”, en tanto que de acuerdo con el artículo 54 *ejsudem*, estas últimas, vale decir, las personas jurídicas, “comparecerán al proceso por medio de sus representantes, con arreglo a lo que disponga la Constitución, la ley o los estatutos”.

Por lo demás, si bien la comparecencia al proceso de los entes morales también puede efectuarse a través de un apoderado general, tal circunstancia no se avizora en el presente asunto, pues la abogada Luz Marina Bermúdez Lozano no actúa como tal, conforme al mandato especial que obra en el plenario⁴.

Bajo esa perspectiva, la justificación blandida por la togada frente a su incomparecencia a la audiencia inicial, que soportó en que para la misma fecha fue vacunada contra el virus SARS-CoV-2, resulta

¹ Expediente digital, documento “COPIA EXPEDIENTE.pdf”, págs.176 a 178.

² *Ídem*, págs. 180 a 181.

³ *Ídem*, pág. 199 a 200.

⁴ *Ídem*, pág. 14.

infructuosa de cara a rebatir la decisión que motivó la interposición de la alzada, de suerte que no se requieren mayores elucubraciones al respecto.

La tercera, porque carece de sustento fáctico el argumento de la recurrente según el cual, tanto ella como su poderdante no comparecieron a la audiencia programada por no haber recibido la convocatoria a esa vista pública, ni el enlace para acceder a ella, pues lo cierto es que en el auto n.º 27984 de 4 de marzo del año en curso, “[p]or el cual se fija fecha para audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P.”⁵, se informó a las partes que “deberán asistir virtualmente a la sala de audiencias virtual No. 35, a través del siguiente link: <http://www.sic.gov.co/salas-virtuales> en la fecha señalada” (sic).

Providencia que además fue notificada por estado n.º 039 del 5 de marzo del año que avanza, tal como lo dispone el artículo 295 del CGP, de lo que se deduce su debido enteramiento a las partes; cosa distinta es que en la vigilancia del proceso que corre por cuenta de los contendientes y sus apoderados, hubiere existido descuido, desidia o incuria que de ninguna manera redunde en una irregularidad tal que conlleve la revocatoria del proveído fustigado.

Ahora, en absoluto era menester la intimación mediante correo electrónico como lo sugiere la opugnante, pues como lo ha sostenido la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia “es irrefutable que **para formalizar la ‘notificación por estado’ de las disposiciones judiciales no se requiere el envío de ‘correos electrónicos’**. Ciertamente, la norma únicamente exige, se reitera, realizar la publicación web y en ella colocar el hipervínculo de la decisión emitida por el funcionario jurisdiccional” (STC9383-2020, exp. 2020-02669-00, M.P. Francisco Ternera Barrios); lo que cumplió a cabalidad la autoridad con funciones jurisdiccionales de primer grado como se puede acreditar en la publicación efectuada en el siguiente enlace:
<https://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/032021/ESTADO%20039.pdf>

Lo dicho, entonces, impone la convalidación del proveído recurrido, sin que se imponga condena en costas por no aparecer causadas (núm. 8º, art. 365, CGP).

En mérito de lo expuesto, el suscrito Magistrado sustanciador,

RESUELVE:

⁵ *Ídem*, pág. 176.

Primero. Confirmar auto n.º 56962 de 11 de mayo de 2021 proferido por el Abogado del Grupo de Trabajo de Competencia Desleal y Propiedad Industrial de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, por las razones expuestas.

Segundo. Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

El Magistrado,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

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

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

Código de verificación:

**e335c08b1eb2a7c736063f9cdefff77a9e65949e989b6829291c69c6a
50156c9**

Documento generado en 20/08/2021 09:26:29 AM

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	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL
DEMANDADOS	:	CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. Y OTRO
RADICACIÓN	:	110013199 001 2020 35221 01
DECISIÓN	:	ADICIONA Y CONFIRMA
DISCUTIDO Y APROBADO	:	12 de agosto de 2021
FECHA	:	Veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL y el demandado CMV ASCENSORES LTDA. contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020 por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

I. ANTECEDENTES

1. De conformidad con el texto de la demanda, el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL promovió proceso verbal de protección al consumidor contra CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. y CMV ASCENSORES LTDA., con el fin de obtener las siguientes pretensiones:

1.1. Respecto a la primera sociedad accionada:

1.1.1. Ordenarle que corrija por garantía los parqueaderos 7, 30, 40 y 48, los terminados y acabados del segundo al octavo piso, la terraza y zona de BBQ, el sistema hidrosanitario; y que repare por garantía los parqueaderos de visitantes, el ascensor de personas, las puertas vehiculares, las redes eléctricas, el sistema de iluminación de emergencia

para evacuación, el sistema contra incendio y el sistema de apantallamiento y protección contra descargas atmosféricas.

1.1.2. Declarar que incurrió en acto de publicidad engañosa.

1.1.3. Condenarla al pago de: (a) \$70.000.000 por el ascensor vehicular; (b) \$20.000.000 por la terraza comunal con BBQ; (c) \$248.666.348 por los cuatro parqueaderos de visitantes.

1.2. Declarar que existe una responsabilidad solidaria entre CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. y CMV ASCENSORES LTDA. respecto al ascensor marca CMV ASCENSORES LTDA.

1.3. Condenar a las demandadas a la instalación de un nuevo ascensor que cuenta con las condiciones de idoneidad y seguridad para que opere correctamente a la intemperie en el EDIFICIO TORRES DE MOREH P.H. con el sistema de bombeo necesario en el foso y la instalación de una planta eléctrica.

1.4. Compulsar copias a la Delegatura de Reglamentos Técnicos de la Superintendencia de Industria y Comercio para que sean investigadas las sociedades accionadas.

2. El libelo introductor se sustentó en los siguientes hechos:

2.1. CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. hizo el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL; cuya última tradición de unidad privada se registró el 2 de agosto de 2019.

2.2. La copropiedad demandante realizó un peritaje sobre las zonas comunes y encontró las siguientes inconsistencias que deben ser resueltas por garantía por parte de la constructora:

2.2.1. Los parqueaderos 7, 30 y 48 no cumplen con las medidas mínimas de 4,50 metros de largo y 2,20 metros de ancho, el parqueadero

de visitante 40, destinado para personas con movilidad reducida, no mide 5,40 metros de largo y 3,80 metros de ancho.

2.2.2. Del segundo al octavo piso hay falencias en los terminados y acabados como falta de estética en los remates de pintura, emboquillado en las tapas de paso en servicio, mal remante de fisuras, falta de uniformidad en el ladrillo a la vista y mampostería con falta de uniformidad.

2.2.3. La terraza y la zona de BBQ no cuenta con un baño, con la seguridad suficiente para caídas al vacío, no se entregaron en las mismas condiciones en que fueron ofrecidas a la venta y ni tienen terminadas las instalaciones físicas y las acometidas de gas, electricidad y BBQ.

2.2.4. Frente al sistema hidrosanitario no están taponadas las perforaciones de agua potable, no son adecuados los equipos de succión negativo hidráulicos, hay material galvanizado en las bombas de succión, el medidor de agua se servicios general no tiene paso para ser revisado, las válvulas usadas en los medidores de agua caliente de cada apartamento son de gas, el desagüe de aguas lluvias en las cubiertas está conectado al sistema de aguas servidas, no hay un sistema de recolección de aguas de filtración, lavado de placo y/o aguas lluvias en los sótanos, la red contra incendio no cuenta con un sistema de rociadores en las zonas comunes, no hay una instalación de un sistema de tomas fijas para bomberos y mangueras para la extinción de incendio de fácil acceso en los sótanos 1 y 2, y en el piso 1 hay una obstaculización por parte de los vehículos, no hay una instalación de un sistema de tomas fijas para bomberos y mangueras para la extinción de incendio con gabinetes con vidrio templado, no hay una instalación de un sistema de red contra incendio de fácil acceso en el piso 1 en la parte exterior del edificio con siamesa completa.

2.2.5. Los duplicadores de los parqueaderos de visitantes no tienen la altura suficiente para estacionar dos vehículos en un mismo espacio y el reglamento de propiedad horizontal señala que existirán 10 plazas de aparcamiento para visitantes, pero solo 6 son funcionales.

2.2.6. El control del equipo del ascensor de personas no es hermético y permite el ingreso de agua, generando oxidación en las piezas, el PIT no está impermeabilizado y no hay planta eléctrica para ese elevador.

2.2.7. No hay certificación de las puertas de acceso vehicular, estas no cumplen con la norma RETIE, pues están instaladas en PVC y son visibles, y los elementos de control no están protegidos adecuadamente.

2.2.8. La subestación eléctrica no tiene fácil acceso al exterior del edificio, ya que está en el sótano frente a un parqueadero, la protección del tablero de distribución de la caldera es deficiente, las identificaciones de varios medidores no coinciden con los números de apartamento, y no se ha retirado la acometida provisional de Codensa ni se ha entregado el paz y salvo.

2.2.9. No están instaladas y en pleno funcionamiento todas las luces de emergencia para evacuación de todos los pisos, incluidos los sótanos, para que indique la ruta de salida.

2.2.10. Con relación al sistema contra incendio no hay una bomba de agua independiente, no hay rociadores en todos los pisos, no están completas y demarcadas la toma siamesa del exterior del edificio y hay obstáculos para su utilización, no hay pulsadores manuales de alarma de incendio en las zonas comunes, no hay dispositivos para detección temprana de incendio en zonas comunes y no hay detectores de humo ni alarma sonora.

2.2.11. No hay sistema de apantallamiento y protección contra descargas atmosféricas.

2.3. CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. realizó publicidad engañosa porque: (i) ofreció un ascensor vehicular en perfecto funcionamiento con plata eléctrica que no corresponde a la realidad; (ii) ofreció una terraza comunal con BBQ que no se encuentra completa y es

insegura; y (iii) ofreció 10 parqueaderos de visitantes, los cuales no están completos ni funcionan adecuadamente.

2.4. CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. contrató a CMV ASCENSORES LTDA. para que fabricara e instalara un ascensor para vehículos en el EDIFICIO TORRES DE MOREH P.H., cuya garantía por defectos es de cinco años, el cual fue entregado el 10 de noviembre de 2017.

2.5. La demandante encontró las siguientes inconsistencias en el elevacoches: (1) defecto por fabricación porque se construyó para operación en interiores, pese a que sería instalado en exteriores; (2) falta de idoneidad por inconvenientes de circulación a la salida del ascensor; (3) no cumple con las medidas de seguridad; (4) presenta fallas que impiden su normal funcionamiento; (5) tiene caída de agua en el elevador; (6) deben ser cubiertos los elementos electromecánicos porque tienen oxidación; (7) debe ser cambiada la botonera; (8) debe suministrarse una nueva fotocelda; (9) no cuenta con sistema de bombeo en el foso, planta eléctrica ni demarcación y señalización de seguridad.

2.6. Se presentaron reclamaciones directas a las demandadas. CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. respondió aceptando unas circunstancias y negando otras, además manifestó que haría algunas reparaciones en los terminados y acabados, el ascensor vehicular y los sistemas hidrosanitario y de iluminación de emergencia, pero no ha cumplido con ello. Por su parte, CMV ASCENSORES LTDA. no aceptó la reclamación.

La actuación surtida

3. Mediante auto del 28 de febrero de 2020 se admitió la demanda por parte de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio.

4. Notificada de la demanda, CMV ASCENSORES LTDA. la contestó oportunamente, se opuso a las pretensiones y propuso las siguientes

excepciones de mérito: 1) falta de legitimación en la causa por pasiva; 2) falta de legitimación en la causa por activa; 3) cumplimiento de las obligaciones contractuales y de la garantía; 4) ausencia formal de responsabilidad – inexistencia de solidaridad; 5) improcedencia de la acción; y 6) la innominada.

5. A su turno, CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. también contestó el libelo introductor, contravino las súplicas y formuló las defensas perentorias de: i) buena fe; ii) exoneración de responsabilidad de la constructora; iii) prescripción de las garantías; y iv) la genérica.

6. Evacuada la etapa probatoria y surtida la fase de alegaciones, la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio dictó sentencia en la que resolvió:

6.1. Declarar la vulneración a los derechos del consumidor por parte de CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S.

6.2. Ordenar a CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., que a título de efectividad de efectividad de la garantía y en favor de EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL, proceda a: (i) realizar los terminados y acabados del segundo al octavo piso; (ii) resolver los problemas hidrosanitarios, para lo cual debe taponar las perforaciones de agua potable, adecuar los equipos de succión negativo hidráulicos, cambiar el material galvanizado de las bombas en la succión, reubicar el medidor de agua se servicios generales, cambiar las válvulas usadas en los medidores de agua caliente de los apartamentos ubicados en las zonas comunes, cambiar los desagües de aguas lluvias en las cubiertas, instalar un sistema de recolección de aguas de filtración, lavado de placa y/o aguas lluvias en los sótanos, instalar una red contra incendio que cumpla con la NSR 10, título j, para edificaciones clasificadas en el grupo r-2, instalar un sistema de tomas fijas para bomberos y mangueras para la extinción de incendios de fácil acceso en los sótanos 1 y 2, corregir en el piso 1 la obstaculización por parte de los vehículos, instalar un sistema de tomas fijas para bomberos y mangueras para la extinción de incendios con gabinetes con vidrio templado contando con un elemento exterior que

permita la rotura de forma fácil de vidrio del segundo al octavo piso, instalar un sistema de red contra incendio de fácil acceso en el primer piso en la parte exterior del edificio con siamesa completa; (iii) techar o cubrir en la cubierta de la terraza el control del equipo del ascensor, impermeabilizar el PIT e instalar una planta eléctrica para el elevador de personas; (iv) entregar la certificación sobre las puertas de acceso vehicular, corregir las instalaciones para que cumplan con la norma RETIE y proteger los elementos de control adecuadamente; (v) entregar e instalar una planta eléctrica para el elevacoches, con un fácil acceso al exterior del edificio para el mantenimiento necesario, adecuar la zona de acceso de la subestación y corregir la protección del tablero de distribución de la caldera; y (vi) instalar, en cumplimiento de la norma RETIE, el sistema de apantallamiento y protección contra descargas atmosféricas.

6.3. Declarar la vulneración a los derechos del consumidor por parte de CMV ASCENSORES LTDA.

6.4. Ordenar a las demandadas, que a título de efectividad de efectividad de la garantía y en favor de la parte actora, procedan a la reparación del ascensor vehicular, con las siguientes especificaciones: 3 paradas, capacidad 3.000 kg, máquina hidráulica de dos cilindros, cabina tipo plataforma y puertas tipo talanquera automáticas, con el fin de que quede en perfectas condiciones para su uso normal.

6.5. Advertir que, en caso de incumplimiento, impondría multas y podría decretar el cierre temporal de los establecimientos de comercio.

6.6. Condenar en costas al extremo pasivo.

II. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA APELADA

7. Los fundamentos del fallo fueron los siguientes:

7.1. Señaló, en primer lugar, que frente a la excepción de prescripción de la acción de protección al consumidor, las pretensiones relacionadas con la exigibilidad de la garantía no prescribieron, debido a

que la demanda fue presentada el 13 de febrero de 2020, entre tanto, comoquiera que la parte pasiva no demostró en qué fecha se hizo la entrega del primer apartamento de la propiedad horizontal, se presumió que dicha entrega ocurrió el 22 o 23 de febrero de 2018, por lo que esta acción inició oportunamente dentro del año siguiente a la expiración de la garantía, de conformidad con el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011.

7.2. En lo referente a las súplicas concernientes a la publicidad engañosa, se advirtió que los demandantes conocían desde el 2018 los hechos relativos a aquella situación, de manera que prescribieron las pretensiones sobre parqueadero de visitantes, terraza y zona BBQ y sistemas contra incendios y de iluminación de emergencia.

7.3. De otro lado, la falta de legitimación en la causa por pasiva formulada por CMV ASCENSORES LTDA. fue resuelta desfavorablemente, en atención a que, según el artículo 5 de la Ley 1480 de 2011, esa sociedad tiene la calidad de productora en la fabricación del ascensor vehicular, en tanto CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. tiene la condición de proveedor de ese bien, por lo que la accionante estaba facultada para demandar a cualquiera de aquellos, debido a que existe una relación de consumo.

7.4. Sin embargo, en lo atinente a los reclamos sobre la corrección por garantía de los parqueaderos 7, 30 y 48 señaló que el extremo activo no estaba legitimado, por cuanto son los propietarios de esos bienes de uso exclusivo los que podían exigir tal pretensión. Además, indicó que lo pedido frente al aparcamiento 40, destinado para personas con movilidad reducida, tampoco sería próspero, ya que esa modificación afectaría otros espacios de estacionamiento.

7.5. De la misma manera, expuso que las condenas dinerarias eran improcedentes, a raíz de que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene la facultad de conceder ese tipo de súplicas, las cuales deben dirimidas por la jurisdicción ordinaria.

7.6. Por otra parte, adujo que, en virtud de las pruebas recaudadas en ese asunto, en particular el dictamen pericial aportado por el demandante, se acreditaron los daños en lo referente a los terminados y acabados, el sistema hidrosanitario, el ascensor de personas, las puertas vehiculares y el sistema de apantallamiento y protección contra descargas atmosféricas.

7.7. Por último, manifestó que existe responsabilidad solidaria entre CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. y CMV ASCENSORES LTDA. frente al ascensor, en razón a que ambas personas jurídicas son proveedor y productor en la relación de consumo, y por ende el consumidor puede efectuar la reclamación correspondiente. En ese sentido, remató señalando que no se demostró que se hubiera reparado el elevador, por lo que la parte pasiva tenía a su cargo la reparación de ese bien; aunque no era procedente su cambio, pues las fallas no eran reiteradas.

III. LAS APELACIONES

8. EL EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL formuló, ante el inferior, los siguientes reparos:

8.1. Se debe corregir por garantía el parqueadero 40 destinado para personas con movilidad reducida, por cuanto no cuenta con las medidas reglamentarias, hay espacio suficiente para hacer esa corrección y, además, CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. señaló en las contestaciones a la reclamación directa y a la demanda que arreglaría ese aparcamiento.

8.2. Igualmente, el sistema de iluminación de emergencia para evacuación de todos los pisos y los sótanos y la red de detección, extinción y alarma del sistema contra incendio deben ser instalados, en atención a que se deben cumplir las normas RETIE y NRS 2010, respectivamente, dado que esos asuntos no corresponden a publicidad engañosa, sino a la garantía de la construcción efectuada.

9. Admitido el recurso de apelación bajo el régimen previsto en el Decreto Legislativo 806 de 2020, el extremo activo expuso nuevas inconformidades frente a la corrección por garantía de la terraza – zona de BBQ y del parqueadero de visitantes.

10. CMV ASCENSORES LTDA., a su turno, propuso los siguientes reproches, los cuales fueron sustentados oportunamente:

10.1. En la sentencia apelada solamente se analizó el argumento defensivo de la falta de legitimación en la causa, pero no se examinaron las restantes excepciones planteados en la contestación de la demanda, las cuales deben ser resueltas.

10.2. La relación de esa empresa con el extremo activo no fue de consumo, debido a que el ascensor no fue entregado por la constructor a la copropiedad, por lo que esta última no está legitimada en la causa para demandar a CMV ASCENSORES LTDA. por un bien que todavía no ha recibido.

10.3. No se demostraron los requisitos de la responsabilidad bajo el régimen del estatuto del consumidor, a raíz de que la causa de los defectos de funcionamiento del ascensor es atribuible a la constructora, pues no pueden serle extendidos los errores en que habría incurrido aquella sociedad en el desarrollo de obras civiles de protección de la intemperie de ese elevador, dado que este no tiene defectos en su fabricación e instalación.

10.4. El fallo censurado carece de una debida valoración probatoria, debido a que se demostró que el documento allegado por el extremo activo como dictamen pericial no reunía las características para ser tenido como un medio de convicción de esa naturaleza, ni tampoco fue técnicamente adecuado, por lo que no es una prueba idónea para corroborar el daño y el nexo causal.

11. En el término del traslado el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL expuso que CMV ASCENSORES LTDA.

pretende sustraerse de la obligación que tiene como productor del ascensor vehicular, pese a que este bien carece de idoneidad, calidad y seguridad, e inclusive aquella sociedad ha reconocido los defectos de ese elevador, además existe constancia de la entrega del elevacoches, por lo que es solidariamente responsable junto a la constructora por la garantía de ese producto. Por su parte, CMV ASCENSORES LTDA. manifestó que no se pronunciaba frente a la alzada propuesta por el extremo activo, comoquiera que aquella no aludía a esa sociedad.

12. Finalmente, CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. también interpuso el recurso de apelación contra la sentencia del *a quo*, sin embargo, mediante providencia del 9 de julio del año cursante, la cual se encuentra debidamente ejecutoriada, se declaró desierto ese medio de impugnado, puesto que no fue sustentado dentro del término legal.

IV. CONSIDERACIONES

1. Previo a abordar los reparos propuestos y sustentados oportunamente por los recurrentes en contra de la sentencia de primera instancia, se estudiará la procedibilidad de las disconformidades planteadas por el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL durante la segunda instancia, relativas a la corrección por garantía de la terraza – zona de BBQ y del parqueadero de visitantes.

1.1. En primer lugar, es necesario advertir que el artículo 230 del Código General del Proceso preceptúa que el *“recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”*.

De la misma manera, el numeral 3 del canon 322 *ibidem* establece que *“[c]uando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de*

manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”.

De las anteriores disposiciones adjetivas, se infiere la regla concerniente a que la sustentación del recurso de apelación se circunscribe a los reparos concretos expuestos ante el inferior. Al respecto, la Corte Constitucional, en sentencia SU-418 de 2019, sostuvo lo siguiente frente al trámite de ese medio de impugnación:

Quinto paso: Sustentación y fallo

El apelante debe sustentar el recurso ante el superior, en la audiencia, con base en los reparos que se hayan precisado brevemente ante el inferior. Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior. Ejecutoriada el auto que admite la apelación, el juez convocará a la audiencia de sustentación y fallo. Si decreta pruebas, estas se practicarán en la misma audiencia, y a continuación se oirán las alegaciones de las partes y se dictará sentencia de conformidad con la regla general prevista en este código.

El apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia. (Énfasis fuera del texto original).

En esa misma línea de pensamiento, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “*la sustentación que corresponde a la exposición de las tesis o argumentos encaminados a quebrar la decisión, conforme a los reparos que en su oportunidad se formularon contra la providencia cuestionada*” (STC6481-2017 del 11 de mayo de 2017, reiterada en STC2963-2021 del 24 de marzo de 2021).

1.2. Por consiguiente, son extemporáneos los nuevos reproches interpuestos por el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL durante la fase de sustentación del recurso de apelación en segunda instancia concernientes a la corrección por garantía de la terraza – zona de BBQ y del parqueadero de visitantes, dado que esa temática es extraña y nueva frente a los reparos concretos formulados en la audiencia

de fallo del 11 de diciembre de 2020, por cuanto estos solamente se centraron en la garantía por el parqueadero 40 destinado para personas con movilidad reducida y la instalación del sistema de iluminación de emergencia para evacuación y de la red de detección, extinción y alarma del sistema contra incendio.

Por este motivo, no es procedente que en segunda instancia se diriman de fondo las nuevas inconformidades formuladas por el extremo activo, dado que esta Sala solamente debe pronunciarse sobre los reparos concretos, debidamente sustentados, que hayan sido expuestos por los apelantes ante el *a quo*, según los artículos 320, 322 y 328 del Código General del Proceso.

2. Ahora bien, de acuerdo con los reproches formulados oportunamente ante el *a quo*, la sentencia de segunda instancia se centrará en analizar: i) si es procedente la garantía para la corrección del parqueadero 40 destinado para personas con movilidad reducida y la instalación del sistema de iluminación de emergencia para evacuación y de la red de detección, extinción y alarma del sistema contra incendio; ii) si existe legitimación en la causa para que el demandante reclame a CMV ASCENSORES LTDA. los defectos del ascensor vehicular que todavía no habría sido entregado; y iii) si se probó en debida forma que las fallas del elevador de coches son atribuibles exclusivamente a la constructora o también pueden ser endilgadas a la productora de ese bien.

3. Con relación al primer jurídico planteado, se observa que la garantía legal se encuentra prevista en el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011, que define a aquella como una obligación a cargo de los miembros de la cadena de producción, distribución y comercialización, de responder por “*por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos*”. De conformidad el artículo 10 de dicha normativa, “[p]ara establecer la responsabilidad por el incumplimiento de las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto, sin perjuicio de las causales de exoneración de responsabilidad”. Desde esa perspectiva, es claro que pesa en cabeza del consumidor la carga de la prueba sobre la existencia del defecto del producto, pero, una vez

acreditado este, corresponde al empresario demostrar la ocurrencia de alguna de las causales de exoneración de responsabilidad previstas por el legislador para estos casos (art. 16, *ibidem*).

El legislador colombiano no estableció una definición del concepto de defecto, sin embargo sí desarrolló las nociones de idoneidad y garantía. Respecto de la idoneidad, en el canon 5 del Estatuto del Consumidor se definió que consiste en la “[a]ptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado”; por su parte, la calidad fue fijada como la “[c]ondición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”; en tanto, la seguridad es la “[c]ondición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores”;

Así las cosas, es claro que se presenta un defecto en un producto, entre otros, cuando este no sirve para satisfacer las necesidades para las que fue puesto en el mercado, o cuando no cumple con las características que le resultan inherentes o las que han sido señaladas en la información suministrada al consumidor sobre aquel, o cuando presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores.

Desde esa perspectiva, para identificar un defecto respecto de la idoneidad del bien se debe determinar, en primera medida, cuál fue el uso acordado por las partes en el contrato y, en ausencia de pacto al respecto, verificar el uso que le es propio al tipo de bien vendido, de acuerdo con su naturaleza. Por su parte, para el análisis del defecto en la calidad, la doctrina nacional ha reconocido que se deberá indagar: “(i) si existe algún parámetro legal que establezca el cumplimiento de requisitos relacionados con la calidad y las características del bien, (ii) en ausencia de regulación al respecto, verificar cuál es la información que le fue dada al consumidor

por el proveedor o productor y (iii) proceder a establecer si el producto cumple con sus características inherentes”¹.

Como se evidencia de la cita traída a colación, puede pasar que no exista reglamentación alguna sobre de las características del bien o que no se haya brindado ningún tipo de información al consumidor respecto de alguno de los aspectos de calidad del producto, en ese caso, para verificar el defecto tendrá especial relevancia el parámetro de las características que le son inherentes al producto, las que además de estar representadas por aquellas que son obvias o conocidas por la mayoría, también comprenden las que el consumidor puede razonablemente esperar de un bien de tal naturaleza.

Así se ha sostenido en el derecho comparado, en el que se ha reconocido que la garantía implícita que se ofrece sobre los bienes producidos o comercializados debe corresponder a *“lo que esperaría un consumidor razonable, considerando las condiciones en las cuales los productos fueron adquiridos o los servicios contratados”²*. En consecuencia, los vacíos respecto de la determinación legal o contractual de la calidad de ciertas características del producto debe suplirse con aquellas condiciones que se deben razonablemente esperar de un bien de la naturaleza del que fue adquirido por el consumidor, para lo que se debe tener en cuenta, entre otras condiciones, la gama del producto, el precio pagado por el consumidor, las expectativas generadas en el adquirente por la forma en que es ofrecido el bien, entre otros elementos que sirven para determinar lo que sería la legítima expectativa del consumidor.

3.1. En el presente asunto, el extremo activo considera que CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. debe responder por la garantía legal de: (a) el parqueadero 40 destinado para personas con movilidad reducida; (b) el sistema de iluminación de emergencia para evacuación; y (c) la red de detección, extinción y alarma del sistema contra incendio.

¹ Carmen Ligia Valderrama Rojas, “De las garantías: una obligación del productor y el proveedor”, en: *Perspectivas del Derecho del Consumo* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013), 235.

² Omar Damián Medina, *Protección y defensa del consumidor: jurisprudencia especializada* (Lima, Grijley, 2019), 53-54.

3.2. La parte actora adosó el documento denominado “*Informe Diagnóstico de Zonas Comunes Edificio Torres de Moreh P.H.*”, elaborado por el GRUPO ACRÓPOLIS S.A.S., en cuya sección “4. *Informe Arquitectónico y Estructural*”, suscrita por el ingeniero JAIRO EDUARDO GONZÁLEZ ÁVILA, señala que el “*parqueadero N° 40, destinado para personas con movilidad reducida, físicamente no cumple con las medidas mínima de norma, las cuales deben ser 3.80 X 4.50 metros*”, entre tanto, el ingeniero ALEXANDER PARRA C., en el apartado del “*Informe Revisión de Áreas Comunes Redes Eléctricas*”, señaló que “[a]lgunas de las luminarias instaladas en las escaleras de evacuación NO están funcionando, no hay luces de emergencia en sótanos que indiquen la ruta de salida”³.

La copropiedad demandante formuló reclamación directa. el 13 de noviembre de 2019, ante la constructora demandada, en donde se incluyeron los defectos anteriores⁴; ante lo cual esta respondió, en diciembre de 2019, que realizaría la instalación de lámparas de emergencia en los sótanos⁵.

En la contestación de la demanda CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. manifestó que “*debido a una exigencia realizada por ENEL CODENSA en la instalación de la energía del Edificio, se instaló una rampa en el garaje la cual determinan como peatonal dicha zona*”, esto es, el garaje para personas con movilidad reducida; sin embargo, “*se planteó como solución reemplazar la rampa por una rampa que sea removible con el fin de seguir cumpliendo con la exigencia realizada por ENEL CODENSA*”. Igualmente, señaló que el “*edificio cuenta con luces de emergencia en todos los pisos*” y que “[s]e realizará la instalación de lámparas de emergencia en los Sótanos (sic)”.

3.3. Pues bien, con relación al estacionamiento para personas con movilidad reducida, se encuentra que la norma vigente sobre la materia, esto es, el literal b del artículo 4 del Decreto 1108 de 2000 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, dispone que “[s]e destinará un estacionamiento por cada

³ Folios 39 a 127 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte1.

⁴ Folios 53 a 65 del cuaderno principal, consecutivo 02DemandaParte2.

⁵ Folios 69 a 74 del cuaderno principal, consecutivo 02DemandaParte2.

30 cupos exigidos con dimensiones mínimas de 4.50 metros por 3.80 metros para todos los usos, con localización preferencial próxima a los ingresos peatonales". En ese sentido, se encuentra que en el "*Informe Diagnóstico de Zonas Comunes Edificio Torres de Moreh P.H.*" se indicó que había 43 plazas de aparcamiento para residentes y 10 para visitantes, entre las que se incluyó una para personas con movilidad reducida, motivo por el cual era necesario que se cumpliera la disposición normativa sobre parqueaderos para personas con limitaciones de movilidad.

No obstante, de conformidad con el documento técnico adosado por el extremo activo ese bien no cumple con las medidas mínimas. Circunstancia que, inclusive, fue reconocida por CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. en la contestación de la demanda, en razón a que expresó que se instalaría una rampa removible para cumplir con la exigencia hecha por ENEL CODENSA.

Por lo tanto, dado que existe un parámetro legal que establece el cumplimiento de un requisito de calidad para los estacionamientos destinados a las personas con movilidad reducida, a saber, el literal b del artículo 4 del Decreto 1108 de 2000 de la Alcaldía Mayor de Bogotá, es necesario que la constructora demandada cumpla con esa disposición, con la finalidad de garantizar la idoneidad y calidad de esa plaza de aparcamiento, de conformidad con el Estatuto del Consumidor.

3.4. Respecto al sistema de iluminación de emergencia para evacuación, se encuentra que en el Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE), expedido por el Ministerio de Minas y Energía a través de la Resolución 9-0708 de 2013, dispone que en las "*instalaciones donde la iluminación sea factor determinante de la seguridad se deben tener en cuenta los siguientes requisitos: // a. La instalación eléctrica y los equipos asociados deben garantizar el suministro ininterrumpido para iluminación en sitios donde la falta de ésta pueda originar riesgos para la vida de las personas, tal como en áreas críticas, salidas de emergencia o rutas de evacuación. (...) e. Las rutas de evacuación deben estar claramente visibles, señalizadas e iluminadas con un sistema autónomo con batería,*

garantizando los parámetros fotométricos que se exijan en el RETILAP, aún en condiciones de humo o plena oscuridad”.

En el presente asunto, se observa que, según el *“Informe Diagnóstico de Zonas Comunes Edificio Torres de Moreh P.H.”*, algunas de las luces instaladas en las escaleras de evacuación no funcionan y no hay iluminación de emergencia en los sótanos. Lo anterior fue parcialmente confirmado por CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., dado que tanto en la respuesta a la reclamación directa como en la contestación a la demanda, reconoció que instalaría las lámparas de emergencia en los sótanos. Sin embargo, no acreditó que hubiera realizado eso durante el trámite de este proceso, ni tampoco demostró que las luces de las escaleras de evacuación de los restantes pisos funcionaran.

En consecuencia, es ostensible que hay una norma sobre las condiciones que debe reunir la iluminación de seguridad, la cual no ha sido acatada por la constructora accionada, de manera que se requiere que cumpla con dicho parámetro de idoneidad y calidad, con el objetivo de salvaguardar el derecho a la garantía que como consumidor le asiste al extremo activo.

3.5. De otro lado, en lo atinente a la queja sobre la falta de una red de detección, extinción y alarma del sistema contra incendio, se advierte que en el fallo recurrido se ordenó a CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. la *“instalación de una red contra incendio que cumpla con la NSR 10, título j, para edificaciones clasificadas en el grupo r-2, que son edificaciones que superan los 7 pisos, y se debe contar con sistema de rociadores en las zonas comunes (pasillos y áreas de circulación)”*.

Por consiguiente, es claro que carece de asidero la disconformidad planteada por el extremo activo, pues no se negó la instalación de una red de detección, extinción y alarma del sistema contra incendio, ya que esta debe ser instalada en cumplimiento del Reglamento Colombiano de Construcción Sismo Resistente NSR-10, Título J de los *“Requisitos de Protección contra incendios en edificaciones”*, tal como lo dispuso el *a quo*.

3.6. Puestas de este modo las cosas, se adicionará la sentencia apelada, a fin de incluir en el numeral segundo de la parte resolutive los siguientes literales:

g. Adecuar el parqueadero n.º 40 destinado para personas con movilidad reducida, para que cumpla las dimensiones mínimas previstas en el literal b del artículo 4 del Decreto 1108 de 2000 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

h. Instalar el sistema de iluminación de emergencia para evacuación en los sótanos del edificio y corregir las luces que tienen fallas en los demás pisos, en cumplimiento del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE).

4. En lo referente a los reparos formulados por CMV ASCENSORES LTDA. se encuentra que debe analizarse si existe legitimación en la causa para que la copropiedad demandante reclame los defectos del ascensor vehicular a aquella persona jurídica.

4.1. Al respecto, la legitimación en la causa por activa supone que la persona que ejerce la acción ostente efectivamente la calidad de titular de la relación jurídica material en la que se fundamenta la pretensión. Así, si el sujeto que presenta la demanda no es aquel al que la ley otorga la tutela jurídica para deprecar la respectiva solicitud, por no hacer parte de la relación jurídica sustancial, el resultado no puede ser uno diferente al de una sentencia desfavorable por haberse incoado la demanda por quien, de acuerdo con el ordenamiento, no se encuentra habilitado para hacerlo. Sobre esta figura jurídica, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha dicho lo siguiente:

Ha sido criterio reiterado que la legitimación en causa o personería sustantiva hace alusión a la identidad entre el actor y el titular del derecho que se reclama y el que es llamado a confrontar la reclamación, que de hallarse ausente por el juzgador conlleva de manera ineludible a que sin necesidad de realizar cualquier otro escrutinio se emita un fallo desestimatorio de las pretensiones, incluso de oficio, como lo ha indicado esta Corporación.

«En reiteradas oportunidades ha dicho la Corte que la legitimación en causa, esto es, el interés directo, legítimo y actual del “titular de una determinada relación jurídica o estado jurídico” (U. Rocco, Tratado de derecho procesal

civil, T. I, Parte general, 2ª reimpresión, Temis-Depalma, Bogotá, Buenos Aires, 1983, pp. 360), es cuestión propia del derecho sustancial, atañe a la pretensión y es un presupuesto o condición para su prosperidad. (Sentencia SC2768-2019 del 25 de julio de 2019).

4.2. En el presente caso, CMV ASCENSORES LTDA. sostuvo que existe falta de legitimación en la causa por parte de la copropiedad demandante, por cuanto no se demostró el cumplimiento de lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 24 de la Ley 675 de 2001, a saber:

Los bienes comunes de uso y goce general, ubicados en el edificio o conjunto, tales como zona de recreación y deporte y salones comunales, entre otros, se entregarán a la persona o personas designadas por la asamblea general o en su defecto al administrador definitivo, a más tardar cuando se haya terminado la construcción y enajenación de un número de bienes privados que represente por lo menos el cincuenta y uno por ciento (51%) de los coeficientes de copropiedad. La entrega deberá incluir los documentos garantía de los ascensores, bombas y demás equipos, expedidas por sus proveedores, así como los planos correspondientes a las redes eléctricas, hidrosanitarias y, en general, de los servicios públicos domiciliarios.

Lo anterior, debido a que la demandada CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. no hizo la entrega del elevador de coches al EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL, de modo que no se puede presumir ese acto, lo que conlleva a que esa copropiedad carece de la capacidad para exigir la efectividad de ese bien común, puesto que no existiría una relación de consumo entre CMV ASCENSORES LTDA. y el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL.

4.3. Frente a esto, en el plenario obra prueba del contrato de fabricación e instalación de un “ascensor montacoches” en el proyecto TORRES DE MOREH, suscrito el 24 de abril de 2017 entre CMV ASCENSORES LTDA. y CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., del cual la primera sociedad expidió una garantía y entregó el bien el 10 de noviembre de 2017⁶.

⁶ Folios 1 a 13 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte2.

Igualmente, CMV ASCENSORES LTDA. celebró un contrato de mantenimiento de ese elevador con el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL, vigente desde el 8 de noviembre de 2018 hasta por el término de un año; adicionalmente, la primera sociedad mencionada hizo múltiples mantenimientos de ese ascensor vehicular durante los años 2018 y 2019, e inclusive elaboró un informe de los “*posibles daños*” reportados por los propietarios del EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL en agosto de 2018⁷.

Aunado a esto, CMV ASCENSORES LTDA. reconoció su calidad de proveedor frente al EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL en la respuesta emitida el 28 de noviembre de 2019 a la reclamación directa⁸.

Por otra parte, CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. aportó en su contestación de la demanda el acta de entrega de bienes a la administrador provisional del EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL, suscrita el 5 de julio de 2018, en donde consta que se “*dejó] funcionando el ascensor (...) vehicular*”, y más adelante, el 5 de septiembre de 2018, se suscribió un acta de revisión de zonas comunes, en la que se expresó el suministro a la administradora provisional de la propiedad horizontal del “*Acta de entrega del ascensor vehicular por parte de la constructora*”⁹.

4.4. Por consiguiente, es ostensible que carece de asidero probatorio y jurídico la inconformidad planteada por CMV ASCENSORES LTDA. atinente a que el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL carece de legitimación en la causa para reclamar la efectividad de la garantía legal del ascensor vehicular, por cuanto se acreditó que la empresa constructora de esa edificación entregó ese elevador a la administradora provisional en el año 2018, por lo que la copropiedad estaba facultada para ejercer la acción de protección al

⁷ Folios 15 a 34 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte2.

⁸ Folios 35 a 52 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte2.

⁹ Folios 18 y 19 del cuaderno principal, consecutivo 08ContestacionDemanda, y folio 2 del cuaderno principal, consecutivo 09ContestacionDemanda.

consumidor, dado que CMV ASCENSORES LTDA. es productor en la relación de consumo con la parte actora respecto al bien común referido, toda vez que “*de manera habitual, directa o indirectamente, diseñe, produzca, fabrique, ensamble o importe productos*” (num. 9, art. 5, Ley 1480, 2011), tal como inclusive lo reconoció en la contestación a la reclamación directa que le fue formulada por la propiedad horizontal aquí demandante.

4.5. En consecuencia, se despachará desfavorablemente este reproche, debido a que el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL y CMV ASCENSORES LTDA. están legitimados en la causa por activa y pasiva para reclamar y responder, respectivamente, por la efectividad de la garantía legal del ascensor “*montacoches*” aludido.

5. Finalmente, con relación a la comprobación de las fallas del elevador mencionado, las cuales, en criterio del apelante CMV ASCENSORES LTDA., son atribuibles exclusivamente a CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., por cuanto los defectos de funcionamiento de aquel bien obedecerían a la falta de desarrollo de obras civiles para la protección de la intemperie de ese ascensor por parte de la constructora demandada, comoquiera que ese equipo no tiene fallas en su fabricación e instalación. En ese orden, el recurrente sostuvo que no se demostraron los requisitos de la responsabilidad bajo el régimen del estatuto del consumidor, por lo que debía ser declarada la prosperidad de las excepciones de mérito propuestas.

5.1. Pues bien, de la revisión de las pruebas obrantes en el expediente se encuentra que en el documento denominado “*Informe Diagnóstico de Zonas Comunes Edificio Torres de Moreh P.H.*”, elaborado por el GRUPO ACRÓPOLIS S.A.S.¹⁰, en cuyo apartado “6. *Informe Técnico de Ascensores*”, suscrito por el técnico WILFRED SUÁREZ CASTRO, se indicó que:

2. Se debe construir o instalar una cubierta para proteger tanto el foso como el equipamiento de los montacoches para así garantizar su debido funcionamiento y evitar daños en los equipos, en especial en sus

¹⁰ Folios 39 a 127 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte1.

componentes electrónicos, debido a la exposición y filtración de agua, también para evitar el deterioro de la estructura por oxidación. Esto es debido a que el equipo se encuentra a la intemperie.

*3. Se recomienda de manera **urgente** y por su alto riesgo, instalar barreras, barandas, cortinas con señalización, que impidan el acceso al foso de la (sic) monta coches.*

4. Es obligación del constructor y proveedor poner en funcionamiento los duplicadores de parqueaderos para poder diagnosticar su estado actual de conservación. Una vez en funcionamiento se debe verificar el estado de los trinquetes y micros de seguridad.

5. En cuanto al control del ascensor Se (sic) debe cubrir y/o techar un área mayor de la cubierta del último piso ya que no obstante el control del ascensor está recubierto con un gabinete, éste no es hermético y la lluvia con viento hace posible la exposición a filtraciones de agua y oxidación de las piezas del ascensor.

6. Se requiere impermeabilizar el Pit, este presenta filtración de agua.

7. Se debe exigir por parte de la copropiedad al proveedor y/o constructor la visita de un ente certificador, ya que no se observan demarcaciones y señalizaciones que identifiquen las partes y sitios peligrosos (partes móviles, partes eléctricas). (Sombreado en el texto original).

Igualmente, se halla el contrato de fabricación e instalación de un “ascensor montacoches” en el proyecto TORRES DE MOREH, suscrito el 24 de abril de 2017 entre CMV ASCENSORES LTDA. y CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., por el cual la primera sociedad mencionada prestó los servicios de “SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE ASCENSOR MONTACOCHEs”, declaró que “conoc[ía] el proyecto de la obra en general y todas las circunstancias en que se han de ejecutar los trabajos contratados”, manifestó que se obligaba a “[l]levar a cabo los trabajos (...) en un todo, de acuerdo con los planos, especificaciones, programación, instrucciones y documentos entregados por EL CONTRATANTE a EL CONTRATISTA que declara conocer en detalle”, además se obligó a “responder por la calidad de las actividades objeto del presente contrato”; asimismo, CMV ASCENSORES LTDA. garantizó por cinco años los defectos de fabricación y buen funcionamiento del equipo

en partes mecánicas, un año en motores, seis meses por partes eléctricas y sus componentes¹¹.

No obstante, CMV ASCENSORES LTDA. advirtió al extremo activo, mediante escrito de noviembre de 2017, que había ciertos riesgos por falta de instalación de talanqueras y la entrega del elevador con corriente provisional, la cual podría afectar el motor o las partes eléctricas¹².

Por otro lado, entre aquellas partes se celebró un contrato de mantenimiento del ascensor vehicular, vigente desde el 8 de noviembre de 2018 hasta por el término de un año; a lo que se suma que CMV ASCENSORES LTDA., durante los años 2018 y 2019, efectuó varios mantenimientos de ese bien, en donde se detallan problemas por caída de agua al equipo que causaba bloqueos y daños en sus componentes; también, esa empresa productora elaboró un informe de los “*posibles daños*” reportados por los dueños de la copropiedad, en agosto de 2018, en el que se expuso que debía ser reubicado el sensor, así como el peligro que constituía el agua en ese equipo¹³.

Aunado a esto, CMV ASCENSORES LTDA. reconoció su calidad de proveedor frente al EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL en la respuesta emitida el 28 de noviembre de 2019 a la reclamación directa¹⁴.

Por otra parte, CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S. aportó en su contestación de la demanda el acta de entrega de bienes a la administrador provisional del EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL, suscrita el 5 de julio de 2018, en donde consta que se “*dejó funcionando el ascensor (...) vehicular*”, y más adelante, el 5 de septiembre de 2018, se suscribió un acta de revisión de zonas comunes, en la que se expresó el suministro a la administradora

¹¹ Folios 1 a 13 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte2.

¹² Folio 14 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte2.

¹³ Folios 15 a 34 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte2.

¹⁴ Folios 35 a 52 del cuaderno principal, consecutivo 01DemandaParte2.

provisional de la propiedad horizontal del “Acta de entrega del ascensor vehicular por parte de la constructora”¹⁵.

La testigo LUZ MARINA FIGUEROA, residente en el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL, declaró, en audiencia del 23 de noviembre de 2020, que su carro ha quedado varias veces atrapado en el ascensor vehicular, el cual tiene problemas de funcionamiento con regularidad.

De otro lado, los testigos solicitados por CMV ASCENSORES LTDA., los cuales son sus empleados, manifestaron, en las audiencias del 23 de noviembre y 9 de diciembre de 2020, que el diseño del ascensor vehicular fue modificado por solicitud de CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., que los componentes eléctricos de ese equipo quedaron al aire libre y que han sufrido fallas por la lluvia, respecto de lo cual se advirtió a la constructora que debía proteger esos elementos, asimismo expresaron que esa empresa ha hecho mantenimientos al elevador.

5.2. Bajo esta óptica, se infiere con claridad que CMV ASCENSORES LTDA. es productor en la relación de consumo que el EDIFICIO TORRES DE MOREH – PROPIEDAD HORIZONTAL tiene frente al mencionado ascensor vehicular, dado que se encargó del diseño, fabricación e instalación de ese bien común. Asimismo, se demostró que ese elevador tiene problemas de funcionamiento, los cuales fueron detallados en el “Informe Diagnóstico de Zonas Comunes Edificio Torres de Moreh P.H.”, a causa, principalmente, de la instalación al aire libre de ese equipo, lo cual ha generado múltiples problemas de funcionamiento, en particular en sus componentes eléctricos. Esta situación fue corroborada por una de las residentes de la copropiedad, e incluso por los empleados de CMV ASCENSORES LTDA., que fungieron en este litigio como testigos.

Lo anterior significa que existen defectos en el ascensor vehicular que afectan la idoneidad, calidad y seguridad de ese bien, características

¹⁵ Folios 18 y 19 del cuaderno principal, consecutivo 08ContestacionDemanda, y folio 2 del cuaderno principal, consecutivo 09ContestacionDemanda.

a las que tiene derecho la parte actora como consumidora de ese bien, por cuanto (a) no se satisfacen plenamente las necesidades del extremo activo, (b) el elevador no cumple con las características para su bien funcionamiento y (c) los riesgos por hallarse a la intemperie afectan la integridad de la comunidad representada por medio de la administración del edificio sometido al régimen de propiedad horizontal.

5.3. Ahora bien, pese a que CMV ASCENSORES LTDA. consideró que debe ser exonerada de la efectividad de la garantía legal, puesto que los problemas de funcionamiento del elevador de vehículos son atribuibles exclusivamente a CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., en virtud del numeral segundo del artículo 16 de la Ley 1480 de 2011, relativo a la exoneración de responsabilidad, comoquiera que fue la constructora demandada quien ordenó la modificación de los diseños y a quien se advirtió de los riesgos que entrañaría dejar el elevador a la intemperie; lo cierto es que sobre el proveedor – CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S.– y el productor –CMV ASCENSORES LTDA.– recae una responsabilidad solidaria ante los consumidores por la garantía legal, al tenor del artículo 10 *ibidem*.

5.4. Sumado a lo anterior, en virtud del contrato de fabricación e instalación del ascensor, CMV ASCENSORES LTDA. reconoció que conocía el proyecto inmobiliario, así como todas las circunstancias y detalles del trabajo contratado, por lo que se obligó a responder por la calidad de las actividades que realizaría en virtud de ese pacto contractual. Por lo tanto, no puede alegar que el defecto principal que afecta el buen funcionamiento del elevador vehicular, esto es, la instalación del mismo al aire libre, sea un hecho atribuible exclusivamente a un tercero, en este caso al proveedor CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., debido a que CMV ASCENSORES LTDA. aceptó la modificación del diseño de ese bien y no ejecutó, de forma mancomunada y consensuada con la constructora del edificio, las obras necesarias para salvaguardar el funcionamiento del ascensor de coches en condiciones de idoneidad, calidad y seguridad, tal como se lo exige el estatuto del consumidor.

5.5. En consecuencia, se infiere que no se quebró la relación de solidaridad que surgió entre el productor y el proveedor del elevador vehicular ante el consumidor y, por ende, sí es procedente que CMV ASCENSORES LTDA. responda, en conjunto con CONSTRUCCIONES TORRES 123 S.A.S., por la reparación de ese bien, con el objetivo de que quede funcionando en perfectas condiciones para su uso normal, en los términos indicados en la sentencia apelada.

5.6. Puestas de este modo las cosas, no tienen vocación de prosperidad los reparos formulados por el recurrente examinados en este apartado.

6. Corolario de las consideraciones precedentes, se adicionará numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia para incluir la efectividad de la garantía legal sobre la adecuación del parqueadero para personas con movilidad reducida y la instalación del sistema de iluminación de emergencia para la evacuación, en lo restante se confirmará esa providencia y, por último, se condenará en las costas de esta instancia al demandado CMV ASCENSORES LTDA.

V. 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 y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

PRIMERO: ADICIONAR al numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2020 por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, los siguientes literales:

g. Adecuar el parqueadero n.º 40 destinado para personas con movilidad reducida, para que cumpla las dimensiones mínimas previstas en el literal b del artículo 4 del Decreto 1108 de 2000 de la Alcaldía Mayor de Bogotá.

h. Instalar el sistema de iluminación de emergencia para evacuación en los sótanos del edificio y corregir las luces que tienen fallas en los demás pisos,

en cumplimiento del Reglamento Técnico de Instalaciones Eléctricas (RETIE).

SEGUNDO: CONFIRMAR el fallo apelado en sus demás numerales.

TERCERO: CONDENAR en las costas de esta instancia a CMV ASCENSORES LTDA.

CUARTO: En su oportunidad, devuélvase el expediente al despacho de origen.

La Magistrada Ponente señala como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ
Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA
Magistrado

Firmado Por:

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Firma Con Aclaración De Voto

Martha Patricia Guzman Alvarez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 012 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

**d02ec1aef6547d1e147cde5dcbd253ea7da74eeefd3943a0eaa78529a0
fc78b1**

Documento generado en 20/08/2021 12:12:54 PM

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Aclaración parcial de voto del magistrado José Alfonso Isaza Dávila

Ref.: Verbal de Edificio Torres de Moreh – P.H. contra
Construcciones Torres 123 SAS y CMV Ascensores Ltda.

Rad. 110013199 001 2020 35221 01 - Apelación sentencia

Magistrada Ponente: Liana Aida Lizarazo Vaca

Aunque comparto la decisión en este asunto, en cuanto confirmo y adiciono la sentencia apelada, aclaro parcialmente el voto, por lo relativo a la decisión de la magistrada ponente, anterior a la sentencia, de declarar desierto el recurso de apelación de una de las partes, por no haberse presentado sustentación escrita en segunda instancia.

1. La aclaración parcial muy breve, es que no comparto que se hubiese declarado desierto el recurso de apelación de Construcciones Torres 123 SAS, por falta de sustentación en segunda instancia, pues considero que debieron tenerse como motivos de apelación esgrimidos como reparos en primera instancia.

2. Al respecto estimo que de acuerdo con el decreto 806 de 2020, no es forzoso que siempre se deba sustentar de modo escrito, u oral en audiencia, el recurso vertical en segunda instancia, por lo cual es razonable considerar que pueden aceptarse los reparos siempre que muestren un verdadero reproche a la sentencia apelada. Si bien el artículo 14 de ese decreto previó un término para sustentar la apelación ante el *ad quem*, tal precepto debe entenderse como carga complementaria para los casos en que ante el *a quo*, se hayan presentado simples y sucintos reproches que impidan ver claramente la controversia que desea plantear el recurrente.

Ese artículo 14 del citado decreto 806 de 2020, dadas las circunstancias de la actual pandemia mundial del Covid-19, además de adoptar la orientación del sistema procesal escritural en la segunda instancia,



estableció que la sustentación debe hacerse “a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”, lo cual significa que puede cumplirse esa carga con anterioridad. Sistema que es similar a lo que antes consagraba el artículo 352 el derogado Código de Procedimiento Civil, en cuyo párrafo 1º se preveía que la carga de sustanciación del apelante debía cumplirse “ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360...”

3. Esa postura fue planteada y acogida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias STC5497-2021 y STC5569-2021¹.

En el caso de autos, así no se hubiese sustentado el recurso en segunda instancia, acorde con la norma citada, de todas maneras el memorial de reparos del apelante contiene críticas específicas contra la sentencia apelada y un desarrollo argumental que, así fuese breve, podía tenerse como sustentación.

4. Sin embargo, como la magistrada sustanciadora, en ejercicio de sus facultades autónomas de dirección del proceso, consideró viable la deserción del recurso, por las razones que entonces expuso, decisión que quedó en firme, hay lugar a acatar esa decisión sin discusión alguna.

Con todo comedimiento,

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

¹ Al respecto puede verse el video de la Corte Suprema de Justicia, denominado *Diálogos con la Justicia. Balance sobre el decreto 806 de 2020. Junio 8 de 2021*, a partir del minuto 24:12. [\(257\) DIÁLOGOS CON LA JUSTICIA. Balance sobre el decreto 806 de 2020. Junio 8 de 2021. - YouTube](#)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL

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

Magistrada sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

Radicación: 110013199 002 2021 00111 01.
Clase: Verbal -conflicto societario-.
Demandante: Nicolas Alberto Emiliani Diaz.
Demandados: Inversiones Nicolas Alberto Emiliani S.A.S. y otros.
Auto: Confirma.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver el recurso de apelación interpuesto por Gisella Margarita Emiliani González [demandada] contra el auto de 29 de abril de 2021 [No. 2021-01-250897-000] a través del cual, la Superintendencia de Sociedades fijó el valor de la caución que debía prestar el demandante, para efecto de decretar las medidas cautelares solicitadas con su petitorio.

ANTECEDENTES

1. Nicolas Alberto Emiliani Diaz demandó a la sociedad Inversiones Nicolás Alberto Emiliani S.A.S. y a los ciudadanos Nicolás Ismael y Giselle Emiliani González, con el fin de que se declaren “*ineficaces*” las decisiones adoptadas en asamblea de accionistas No. 3 de 18 de septiembre de 2019.

1.1. Adujo, en síntesis, que es accionista único de la compañía y estuvo indebidamente representado en dicha sesión, por cuanto el poder que esgrimido en aquella no cumplía con lo dispuesto en el artículo 184 del Código de Comercio; no se

configuró el quorum necesario para deliberar, y no fue convocado a la reunión. Asimismo, solicitó sendas medidas cautelares, entre otras, la suspensión de los efectos de las antedichas decisiones y la inscripción de la demanda en el libro de registro de accionistas y mercantil.¹

2. Mediante el auto apelado se fijó como caución la suma de \$5'000.000,00, para que fuera posible el decreto de las aludidas cautelares.²

3. Inconforme, la citada recurrente alegó que estas -las medidas- no reúnen las exigencias normativas necesarias por ausencia de "*apariencia de buen derecho*", ya que el análisis realizado en la providencia en cita, compromete la imparcialidad de la autoridad de primer grado, ya que no existe fundamento jurídico que respalde la única pretensión de la demanda, lo que implica una anticipación de la decisión de fondo y se basa en una contradicción, por el hecho de que el demandante es el mismo representante legal de la sociedad demandada.

Agregó, que no se hizo un estudio sobre el perjuicio en la demora del proceso, pues no apreció cómo la reforma de unos estatutos y la designación de un representante legal, pueda afectar los derechos del demandante, mientras se decide el asunto de fondo; finalmente, aseveró que la ponderación del interés, es indebido, dado que, por tratarse de un derecho incierto, las medidas resultan excesivas y afectan de manera desproporcionada los derechos de los demandados.³

4. En desacuerdo, el extremo demandante señaló que el recurso no está actualizado; no tomó en cuenta que la entidad sí analizó la apariencia de buen derecho de su demanda, y dejó en claro que se trataba de una medida temporal y no definitiva.⁴

CONSIDERACIONES

1. De entrada, se advierte que la decisión cuestionada será confirmada, con base en las siguientes argumentaciones.

¹ Cfr. Archivo: "DEMANDA COMPLETA", "3. Subsanación" y "2021-01-250890-000".

² Cfr. Archivo: "2021-01-250897-000".

³ Cfr. Archivo: "RECURSO- MEDIDA CAUTELAR (002)".

⁴ Cfr. Archivo: "23. Pronunciamiento recurso medida...".

2. Iterase, la demandada presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del proveído mediante el cual se **fijó el valor de la caución** necesaria para decretar las medidas cautelares solicitadas con la demanda, de fecha 29 de abril de 2021 [radicado bajo el No. 2021-01-250897-000] y no frente al que las decretó, propiamente dicho [No. 2021-01-373496-000 de 31 de mayo de 2021] por lo que será sobre el primero de los autos en comento que se circunscribirá el presente estudio.

3. Las medidas cautelares han sido instituidas por el legislador a fin de lograr la satisfacción o efectividad del derecho por el cual propenden, de allí su carácter de instrumental y preventivo, amén de taxativas, de manera que la Ley es la que determina los eventos en que proceden y bajo qué condiciones. Además, quien las pide, debe tener lo que la doctrina ha llamado la apariencia del buen derecho por cuyo reclamo aboga o lo que se denomina *fumus bonus iuris*, a lo que se suma el peligro de daño por la demora del proceso o de los mecanismos normales de protección [*periculum in mora*].

4. En los procesos declarativos, las medidas cautelares aparecen reguladas en el artículo 590 del Código General del Proceso, dentro de las cuales se instituyeron las innominadas o atípicas, cuya regulación aparece concretamente en el literal c) de la norma en cita, para permitir que se pida, decrete y practique “*Cualquier otra medida que el juez encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión*”; condicionando su decreto a la satisfacción de los presupuestos de la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho; a más de que se ha de acreditar la apariencia del buen derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, y, si lo estimare procedente el juez, podrá decretar una menos gravosa o diferente a la solicitada.

5. Como puede observarse, dentro de su criterio prudencial, la autoridad *a quo* encontró que con la demanda en cuestión no se persigue una indemnización de perjuicios ni su autor le atribuyó un valor económico concreto, por lo que consideró suficiente el valor de \$5'000.000,00 como caución, por el impacto que podría generar la suspensión de los efectos de las decisiones de asamblea cuestionadas y la inscripción

de la demanda en el libro de registro de accionistas y mercantil de la compañía, como medidas cautelares.

6. La recurrente, en realidad, no cuestionó de manera alguna el monto precitado, sino que atacó directamente las medidas solicitadas con la demanda, por lo que, sin que medie otra disertación, se concluye, que el guarismo en comento permanecerá incólume, por no apreciarse desbordado o insuficiente para los fines que fue fijado.

7. Aunque, se insiste, en la decisión objeto de apelación no se decretaron las medidas previas aludidas, no pude perderse de vista que allí se realizaron algunas apreciaciones de índole legal y fáctico para anticipar la prosperidad de las mismas, por lo que no sobra advertir, en gracia de discusión, que la Superintendencia de Sociedades sí realizó un detallado estudio de los aspectos echados de menos por la quejosa, en la medida en que tuvo en cuenta lo siguiente:

*“Con fundamento en las anteriores precisiones, se analizará la solicitud formulada en la demanda, con el fin de estimar si el demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifique el decreto de una medida cautelar. La demanda presentada ante el Despacho tiene como propósito que se advierta la ineficacia de las decisiones adoptadas por la asamblea general de accionistas de Inversiones Nicolás Alberto Emiliani S.A.S. el 18 de septiembre de 2019. En sustento de ello, se ha dicho que Nicolás Alberto Emiliani Díaz, accionista único de la compañía, estuvo indebidamente representado en la aludida sesión. A juicio del apoderado del demandante, el poder otorgado por su representado para tal efecto no cumplió con los requisitos dispuestos en el artículo 184 del Código de Comercio. En este sentido, se ha puesto de presente que no se configuró el quórum necesario para deliberar y que, en todo caso, el señor Emiliani Díaz tampoco fue convocado a la reunión. Como consecuencia de lo anterior, se ha solicitado que se declare que los negocios jurídicos que tuvieron efectos en tales decisiones carecen de efectos. Lo primero que debe recordarse es que, a la luz de lo dispuesto en los artículos 186 y 190 del Código de Comercio, los defectos en la convocatoria, quórum y lugar de celebración de una reunión del máximo órgano social, dan lugar a la sanción de ineficacia de las determinaciones sociales que allí se adopten. Por su parte, el artículo 184 del Código de Comercio establece que “[f]odo socio podrá hacerse representar en las reuniones de la junta de socios o asamblea mediante poder otorgado por escrito, en el que se indique el nombre del apoderado, la persona en quien éste puede sustituirlo, si es del caso, **la fecha o época de la reunión o reuniones para las que se confiere** y los demás requisitos que se señalen en los estatutos” (se resalta). En este sentido, si se comprobara que determinado sujeto pretendió fungir como apoderado del único accionista de una compañía en una reunión asamblearia, pero el poder utilizado para el efecto carece de los requisitos antes indicados, las decisiones sociales que se adopten en la sesión respectiva podrían adolecer de ineficacia por falta de quórum.*

Pues bien, una vez revisada el acta n.º 3 de la reunión asamblearia del 18 de septiembre de 2019 de Inversiones Nicolás Alberto Emiliani S.A.S., pareciera que Nicolás Alberto Emiliani Díaz, quien se indica que fungía como único accionista de la sociedad, estuvo representado por Estrella Zarante Rodríguez. 4 Sin embargo, luego de examinar el poder especial que aparentemente habría otorgado el demandante a la señora Zarante Rodríguez para el efecto, dicho documento no parece cumple con los requisitos exigidos por el artículo 184 del Código de Comercio. Esto se debe a que no contiene la fecha o época de la reunión bajo estudio, en la que se habría hecho valer. 5 De ser ello cierto, el demandante no habría estado debidamente representado en la aludida sesión y, por tanto, no se habría configurado el quórum necesario para deliberar. Ahora bien, según el acta en mención, el

demandante, a través de su apoderada, habría cedido la totalidad de sus 2.000.000 acciones a favor de Nicolás Ismael Emiliani González y Gisella Margarita Emiliani González. En consecuencia, se dispuso que, por virtud del aludido negocio jurídico, el capital accionario quedaría repartido entre tales personas, cada una con 1.000.000 de acciones. Posteriormente, el documento da cuenta de la aprobación, con los votos del 100% de las acciones todavía en cabeza del señor Emiliani Díaz, de una reforma integral a los estatutos sociales, así como del nombramiento de los representantes legales principal y suplente.

Este Despacho también encontró que en el artículo 9 del documento de constitución del 10 de agosto de 2015 - que contiene los estatutos sociales que, al parecer, se encontraban vigentes para el momento en que se discutió lo relativo a la cesión descrita en el párrafo anterior - se hizo referencia al carácter “cerrado” de la sociedad y se estipuló que “toda negociación de acciones requerirá autorización de la asamblea y el voto favorable del gerente principal vitalicio, so pena de ineficacia. Por negociación entiéndase cualquier tipo de hecho, acto o negocio jurídico cuyo objeto jurídico o material involucre a las acciones. En consecuencia, el representante legal se abstendrá de inscribir en el libro de registro de accionistas a personas no autorizadas por la asamblea”. 7 Ello podría explicar el hecho de que el negocio jurídico en comento se hubiera llevado a la asamblea general de accionistas. En este orden de ideas, de ser ineficaces las decisiones en cuestión, no se habría impartido la autorización a que alude el citado artículo 9 para que surtiera efectos la referida cesión de acciones, por lo que este negocio jurídico también podría adolecer de ineficacia en los términos del artículo 15 de la Ley 1258 de 2008. A su vez, no se habría aprobado la respectiva reforma integral a los estatutos ni se habrían designado a los demandados en los cargos de representante legal y suplente. Con fundamento en las anteriores precisiones, parece claro que el demandante ha demostrado que sus pretensiones tienen una probabilidad de éxito que justifica el decreto de una medida cautelar.

2. Interés económico del demandante

Tras una revisión del expediente, el Despacho pudo constatar que el demandante cuenta con un interés económico legítimo, toda vez que ha invocado su condición de accionista único de Inversiones Nicolás Alberto Emiliani S.A.S., cuyas acciones parecen haber sido cedidas irregularmente y cuyo cargo de representante legal se habría visto afectado con ocasión de lo ocurrido en la reunión bajo estudio.” [Énfasis original]

8. Tal análisis luce adecuado y se acompasa con lo normado en el estatuto de ritos civiles, en la medida en que, si la reunión de socios cuyas decisiones se señalan ineficaces, carece de los requisitos legales, en principio, se precisa, **sin que ello constituya prejuzgamiento**, suspender sus efectos y ordenar que se inscriba la demanda en la respectiva oficina de registro, no resulta desproporcionado ni mucho menos anticipatorio del veredicto final, habida cuenta que, es claro, el mismo puede variar de no demostrarse lo alegado.

9. Emerge evidente que, de comprobarse que determinada persona fungió como apoderado(a) del único accionista de una compañía en una reunión asamblearia, con un poder carente de los requisitos legales, a no dudarlo, las decisiones sociales adoptadas podrían, eventualmente, adolecer de ineficacia por falta de quórum, tal como, en principio, podría llegar a verificarse en este caso, donde se dice que Nicolás Alberto Emiliani Díaz [el demandante] único accionista de la sociedad demandada, estuvo representado por “*Estrella Zarante Rodríguez*”, con un poder especial que no parece

cumplir con los requisitos exigidos por el artículo 184 del Código de Comercio, ya que no contiene la fecha o época de la reunión en la que debía surtir sus efectos y, además, en los hechos de la demanda fue tachado de espurio.

10. Nótese, además, que en dicha reunión se gestaron sendas transacciones en las que se habría cedido la totalidad de los 2.000.000 de acciones propiedad del demandante, en favor de los demandados Nicolás Ismael y Gisella Margarita Emiliani González, por partes iguales; la aprobación, con los votos del 100% de las acciones todavía en cabeza del señor Emiliani Díaz, de una reforma integral a los estatutos sociales, así como del nombramiento de los representantes legales principal y suplente -en cabeza de los demandados- aspectos de no poca envergadura que entretejen un manto de duda que, en principio, le da respaldo a las pretensiones de la demanda, fundamentadas en los hechos que allí fueron relatados, sin perjuicio, claro está, que en una etapa posterior del proceso se compruebe algo diferente.

11. De ahí que se hubiesen fraguado los elementos esenciales establecidos por la legislación, en la medida en que se avista una considerable probabilidad de éxito en las pretensiones, máxime si se observa que, ciertamente, el mandato aludido carece por completo del requisito establecido en el artículo 184 *supra* referido, por lo que, a menos que se compruebe que, a pesar de tal deficiencia, este era totalmente eficaz para tales efectos, posiblemente, las pretensiones podrían salir avante.

12. Corolario de lo anterior es que, como *ab initio* se anunció, se confirmará la decisión cuestionada y se condenará en costas a la recurrente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto de 29 de abril de 2021 [No. 2021-01-250897-000], proferido por la Superintendencia de Sociedades.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la recurrente, para lo cual se incluyen como agencias en derecho la suma de \$500.000,00.

En firme esta providencia, por secretaría devuélvase el expediente a la entidad de origen, previas constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE⁵,

Firmado Por:

**Adriana Ayala Pulgarin
Magistrado
Sala 017 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

Código de verificación: **6f59e29a8866378c2afb92a27c0438c2c71a5a9aa589089d0ef2bd72c8c7c9c0**
Documento generado en 20/08/2021 11:16:12 AM

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

⁵ Para consultar el proceso digital visite: <https://www.ramajudicial.gov.co/web/tribunal-superior-de-bogota-sala-civil-despacho-17/26>

R.I. 14935

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

RAD. 110013103003201700327 01

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

**REF. PROCESO VERBAL DE LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO
CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

Magistrado Ponente. **CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ**

I. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso de la referencia, conforme al sentido del fallo anunciado en la audiencia del 5 de agosto de 2021.

II. ANTECEDENTES

1) PETITUM:

El señor Luis Fernando Escobar Nieto, por medio de apoderado judicial, solicitó que, previo el trámite del proceso verbal, se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO.- Declarar que la sociedad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., incumplió el contrato de seguro, contenido en la PÓLIZA DE VIDA GRUPO DEUDORES 90-18-3000018 (Póliza renovada con el consecutivo de carátula 3400001698 manteniendo las mismas condiciones de la póliza No. 90-18-

3000018) y/o la póliza que se encontraba vigente para el día 24 de Mayo de 2016, mediante la cual se encontraban asegurados los deudores hipotecarios del BANCO COLPATRIA CORPBANCA COLOMBIA S.A., contra el riesgo de INCAPACIDAD TOTAL O PERMANENTE, incumplimiento que se da por no reconocer y no pagar AL BANCO COLPATRIA, sin causa legal alguna, el SALDO INSOLUTO DEL CRÉDITO HIPOTECARIO 83920000016179, cuyo deudor es el demandante LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO, portador de la C.C. 79.945.556, quien fue dictaminado el 24 de Mayo de 2016, mediante ACTA 029 DE 2016, DE LA JUNTA ESPECIAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, con INVALIDEZ ABSOLUTA PARA DESARROLLAR ACTIVIDADES DE VUELO, LO QUE LE GENERA UNA INVALIDEZ DEL CIEN POR CIENTO (100%).

SEGUNDO.- Declarar que la sociedad POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS está obligada a cumplir el contrato de seguro contenido en la PÓLIZA VIDA GRUPO DEUDORES 90-18-3000018 (Póliza renovada con el consecutivo de carátula 3400001698 manteniendo las mismas condiciones de la póliza No. 90-18-3000018), y/o la póliza que se encontraba vigente para el día 24 de Mayo de 2016, mediante la cual se encontraban asegurados los deudores hipotecarios del BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A., cumplimiento referente al riesgo asegurado de INCAPACIDAD TOTAL O PERMANENTE del deudor hipotecario del BANCO CORPBANCA DE COLOMBIA S.A., SR. LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO, portador de la C.C. 79.945.556, quien fue dictaminado el 24 de Mayo de 2016, mediante ACTA 029 DE 2016, DE LA JUNTA ESPECIAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, con INVALIDEZ ABSOLUTA PARA DESARROLLAR ACTIVIDADES DE VUELO, LO QUE LE GENERA UNA INVALIDEZ DEL CIEN POR CIENTO (100%).

TERCERO.- Condenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar AL BANCO CORPBANCA DE COLOMBIA S.A., el SALDO INSOLUTO del crédito hipotecario 83920000016179,

saldo certificado al 26 de Mayo de 2016, por \$210.777.731, cuyo deudor es el demandante LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO, atendiendo el contenido en la PÓLIZA DE VIDA GRUPO DEUDORES 90-18-3000018 (Póliza renovada con el consecutivo de carátula 3400001698 manteniendo las mismas condiciones de la póliza No. 90-18-3000018), y/o la Póliza que se encontraba vigente para el día 24 de Mayo de 2016, mediante la cual se encontraban asegurados los deudores hipotecarios del BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A., contra el riesgo de INCAPACIDAD TOTAL O PERMANENTE.

CUARTA.- Que por INCUMPLIMIENTO sin justificación alguna, del referido contrato de seguro, la sociedad COMPAÑÍA POSITIVA DE SEGUROS S.A., sea condenada al pago de DAÑOS Y PERJUICIOS, al tenor de lo previsto en el art. 1613 del Código Civil.

QUINTO.- Por daño emergente, condenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a reembolsar al señor LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO, el valor de cada una de las cuotas pagadas por él al BANCO CORPBANCA DE COLOMBIA S.A., por concepto de CRÉDITO HIPOTECARIO 83920000016179, a partir del 24 de Mayo de 2016, y a reembolsar al demandante todas las cuotas que cancele al citado banco durante el trámite de este proceso, hasta el día en que la aseguradora cumpla con el pago total de las obligaciones a su cargo derivadas del citado contrato de seguro.

SEXTO.- Por lucro cesante, condenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., a pagar al señor LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO, los intereses previstos en el art. 1080 del Código de Comercio, mes vencido, sobre cada una de las cuotas pagadas por el BANCO CORPBANCA DE COLOMBIA S.A., a partir del 24 de Mayo de 2016, por concepto del CRÉDITO HIPOTECARIO 83920000016179, y sobre las cuotas que cancele el demandante durante el trámite de este proceso, hasta el día en que la aseguradora cumpla con el pago total de

las obligaciones a su cargo derivadas del citado contrato de seguro.

SÉPTIMA.- Que se condene a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., al pago de honorarios, costas y gastos del proceso.”¹

2). CAUSA:

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

➤ Informó que solicitó crédito hipotecario al Banco Corpbanca, acreditando ser “*COPILOTO BELL-412 (PRIMER OFICIAL)*” de la empresa HELICOL.

➤ Señaló que, mediante la Escritura Pública No. 391 del 11 de marzo de 2013, otorgada en la Notaría 11 del Circulo Notarial de Cali, constituyó garantía hipotecaria en favor del Banco Corpbanca sobre el bien inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-800832 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali.

➤ Adujo que la misma se constituyó a fin de garantizar el crédito constructor No. 0839216179 por valor de \$220.000.000 y el de libre inversión No. 820000236582 por la suma de \$100.000.000.

➤ Precisó que el 29 de junio de 2014, mientras se encontraba en una misión de trabajo ordenada por su empleador HELICOL, fue víctima de un atentado terrorista por parte del ELN, accidente en el que sufrió “*heridas múltiples en cara y cuerpo, además de trauma acústico severo por onda explosiva.*”

➤ Dijo que, mediante acta 029 del 24 de mayo de 2016, la Junta Especial de Calificación de Invalidez le dictaminó “*UNA INVALIDEZ ABSOLUTA PARA DESARROLLAR ACTIVIDADES DE*

¹ Fls. 430 a 433 Archivo: 04.CuadernoPrincipal17-327.pdf

VUELO, LO QUE LE GENERA UNA INVALIDEZ DEL CIEN POR CIENTO (100%) A PARTIR DEL 29-06-2014.”

➤ Añadió que, el 11 de agosto de 2016 informó al Banco Corpbanca su pérdida de capacidad laboral y radicó la documentación requerida para hacer efectivo el pago del saldo insoluto de los créditos Nos. 006-0083-830000215857 (que más adelante se renovó por un valor superior bajo el No. 006-0083-820000236582) y 0839216179, amparados con el seguro de vida deudores No. 90-18-3000018.

➤ Señaló que, Positiva Compañía de Seguros S.A. canceló el 1 de noviembre de 2016 al Banco Corpbanca el saldo insoluto del crédito de libre inversión No. 006-0083-830000215857 (que más adelante se renovó por un valor superior bajo el No. 006-0083-820000236582) sin objeción alguna, y se negó a pagar el restante del crédito constructor.

➤ Informó que, en comunicación del 2 de febrero de 2017, la demandada le puso de presente que *“estaba sujeto a la sanción del art. 1058 del Código de Comercio, por INEXACTITUD O RETICENCIA, al no declarar patologías preexistentes al momento de tomar el seguro, y argumenta la existencia de PATOLOGÍAS PREVIAS AL INGRESO DE LA PÓLIZA DE LA REFERENCIA.”*

➤ Adujo que, ante la negativa del Banco Corpbanca, ha venido cancelando las cuotas del crédito constructor y desde el mes de junio de 2016 a abril de 2017 ha pagado la suma de \$22.814.715.

3). ACTUACION PROCESAL:

El litigio así planteado se admitió el 8 de junio de 2017,² ordenando el enteramiento a la sociedad demandada, quien puesta a juicio contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de mérito que denominó: *“NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO POR RETICENCIA Y/O*

² Fl. 118 Archivo: 04.CuadernoPrincipal17-327.pdf

*INEXACTITUD”, “AUSENCIA DE COBERTURA”, “FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA”, “LÍMITE A LA SUMA ASEGURADA”, “LÍMITE EN EL ALCANCE RECONOCIDO DEL INTERÉS MORATORIO”, “ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA”, “PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO”, “BUENA FE” y “GENÉRICA O INNOMINADA.”*³

Agotado el trámite, la juez de instancia profirió sentencia concediendo las pretensiones de la demanda, declarando que la sociedad demandada incumplió el contrato de seguro de vida deudores No. 90-18-3000021 (*sic*) reemplazado por la póliza No. 3400001698-00 y esta a su vez por la No. 34000002520-0 y, en consecuencia, condenándola a pagar el importe del crédito hipotecario No. 083016179, así como el valor que haya pagado el actor por concepto de cuotas de amortización.⁴

Inconforme con lo así resuelto, la sociedad demandada formuló recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto de ley, situación por la que se encuentra el expediente ante esta Corporación.

Mediante proveído del 28 de mayo de 2021 se fijó fecha para llevar a cabo la audiencia prevista en el artículo 327 del Código General del Proceso, en la cual se advirtió la necesidad de decretar como prueba, al tenor de lo dispuesto en el artículo 170 *ibidem*, oficiar al Banco Itau a fin de que informara el valor de la deuda a cargo del actor, en el momento en que hizo la reclamación, esto es, el 21 de noviembre de 2016, así como las sumas de dinero pagadas desde ese momento hasta la actualidad.

III. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA

A través de providencia del 5 de febrero de 2020, el Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

³ Fls. 139 a 153 Archivo: 04.CuadernoPrincipal17-327.pdf

⁴ Fls. 626 a 643 Archivo: 04.CuadernoPrincipal17-327.pdf

“4.1. DECLARAR que la sociedad POSITIVA S.A. incumplió el contrato de seguro PÓLIZA VIDA GRUPO DEUDORES No. 90-18-3000021 (sic) reemplazada por la Póliza No. 3400001698-00 y esta a su vez por la No. 34000002520-0, al no pagar la indemnización derivada de la ocurrencia del siniestro INCAPACIDAD PERMANENTE TOTAL Y PERMANENTE sufrida por el asegurado LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO, según las motivaciones de la parte motiva de esta providencia.

4.2. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada, atendiendo las consideraciones esbozadas en la parte motiva.

4.3. CONDÉNESE a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar a la beneficiaria dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia el importe de la deuda del crédito hipotecario No. 083016179-92, cuyo titular es el señor LUIS FERNANDO ESCOBAR debidamente certificado por la acreedora para la fecha del pago.

4.4. CONDÉNESE a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar al señor LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO las sumas de dinero que haya pagado por concepto de cuotas de amortización del crédito hipotecario No. 083016179-92 otorgado por BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A. ahora ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. desde el 23 de septiembre de 2016 hasta la fecha en que la aseguradora efectúe el pago total de la deuda, montos debidamente certificados por la entidad acreedora, junto con los intereses bancarios corrientes sobre tales rubros.

4.5. CONDENAR a la parte demandante al pago de las costas procesales causadas en esta actuación. Para tal efecto téngase como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$3.000.000. Por secretaría, efectúese la correspondiente liquidación.”. Mediante aclaración a la sentencia precisó que la condena en costas es a la parte demandada.

Para llegar a la anterior determinación, puso de presente que en el plenario se encuentra acreditada la existencia, vigencia y condiciones del contrato de seguro y que como prueba de la ocurrencia

del siniestro se tiene la certificación emitida por la Junta Especial de Calificación de Invalidez que el 24 de mayo de 2016 le determinó una invalidez absoluta del 100% para desarrollar actividades de vuelo a partir del 29 de enero de 2014.

En relación con la excepción denominada “ausencia de cobertura”, incoada por la demandada, señaló que la póliza reclamada aseguró la incapacidad total y permanente independientemente del evento que dio lugar a la misma, por lo que poco importa si se trataba de un accidente de trabajo o no, pues en este tipo de seguros el riesgo consiste en la imposibilidad de obtener el pago del crédito ante la muerte o incapacidad permanente del deudor.

En punto de la defensa “falta de legitimación en la causa por activa”, adujo que el demandante como titular del crédito hipotecario No. 083016179-92 y en calidad de asegurado en el seguro de vida deudor tomado por Corpbanca S.A., puede reclamar el cumplimiento del negocio en favor del beneficiario, sin que ello sea contrario al ordenamiento jurídico, toda vez que el pago se exige para la entidad bancaria.

Precisó que la exceptiva denominada “límite de la suma asegurada” no encuentra asidero en la medida que el contrato de seguro cuyo pago se reclama señala como valor asegurado “el saldo insoluto de la deuda a la fecha de configuración del siniestro (fecha del dictamen) incluyendo capital no pagado más los intereses corrientes y de mora (...).”

Adujo que en la demanda se reclamaron los intereses moratorios previstos en el artículo 1080 del Código de Comercio a partir del 23 de septiembre de 2016, es decir, transcurrido un mes desde la fecha en que se hizo la reclamación de la póliza de seguro, esto es, 22 de agosto de 2016.

En lo que hace a la defensa denominada “enriquecimiento sin causa” dijo que, según el clausulado de la póliza de seguro, le correspondía a la aseguradora el pago del saldo insoluto a la fecha de

configuración del siniestro, *“sin que ello implique un desbordamiento del deber de prestación a su cargo (...).”*

Consideró que, no se encuentra demostrado que el demandante fuera reticente en el momento de la declaración de asegurabilidad, pues *“se encuentra de menos probanza que demuestre cuales fueron las condiciones de aquella”*, aunado a que *“en el interrogatorio de parte, el actor acepta que para dicho entonces esto es noviembre de 2013 llenó el formulario en tal sentido y además acepta la existencia de las enfermedades que reporta su historia clínica (...) como dolencias previas a la solicitud ante la entidad financiera del crédito hipotecario”*, sin embargo, no obra en el expediente medio probatorio alguno que dé cuenta de la declaración del estado de salud del actor al tiempo de suscribir el contrato de seguro.

Finalmente, en relación con la *“prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro”*, señaló que *“no es propiamente el accidente de trabajo sufrido y que originó la pérdida de capacidad laboral del actor acaecido el 29 de junio de 2014, como lo pretende hacer ver la demandada, sino que corresponde a la declaración efectuada por la Junta especial de calificación en el que se estableció dicha pérdida en un 100% emitido el 24 de mayo de 2016 (...).”*

V. LA APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la sociedad demandada la recurrió, alegando en síntesis que:

- Señaló que, en la decisión recurrida, equivocadamente se consideró como fecha del siniestro la fecha del acta de calificación de invalidez, es decir, el 24 de mayo de 2016, sin tener en cuenta que en el mismo documento se estableció como fecha de estructuración de aquella el 29 de junio de 2014, calenda en la que el actor sufrió el accidente laboral.
- Añadió que, no se puede desconocer que de conformidad con el artículo 3 del Decreto 917 de 1999 la fecha de estructuración o

declaratoria de la pérdida de capacidad laboral “[e]s la fecha en que se genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva (...)”, y siendo ello así la acción de seguro se encuentra prescrita, pues la demanda se presentó el 30 de mayo de 2017, es decir, transcurridos los 2 años de la prescripción ordinaria del contrato de seguro.

- Precisó que el derecho a la indemnización nace en el momento en que se configura el siniestro, circunstancia que ocurrió en la fecha del accidente y no en la de la calificación.

- Señaló que en el momento en que acaeció el siniestro, Positiva Compañía de Seguros S.A. no tenía a su cargo el riesgo asegurado, pues la póliza de la demandada inició su vigencia el 1 de septiembre de 2014.

- Alegó que la juez de conocimiento pasó por alto que Corpbanca S.A. ostenta la calidad de tomadora y beneficiaria del contrato de seguro y en esa medida *“es la misma entidad financiera la llamada a incoar las acciones judiciales que llegara a considerar.”*

- Dijo que el pago de intereses moratorios contemplado en el artículo 1080 del Código de Comercio únicamente procede en el evento es que el beneficiario acredita su derecho ante la entidad aseguradora *“no solo es cuestión de probar la calidad de Beneficiario, sino que también implica que hay que acreditar que incluso en el momento de solicitar la póliza de seguro, se ha actuado conforme la ley lo ha dispuesto, con absoluta honestidad y transparencia sobre el estado del riesgo, lo que en efecto en este asunto no se dio”*, circunstancia que en el presente asunto no se ha decantado.

- Precisó que, como consecuencia de la falta de legitimación en la causa por activa para ejercer la acción de seguro, al accederse a las pretensiones de la demanda se estaría generando un enriquecimiento sin causa, *“puesto que no puede contemplarse un pago a quien no ha sido facultado para recibirlo.”*

- Por último, dijo que la juez de instancia desconoció que el demandante confesó *“haber omitido información sobre 2 patologías observables en su historia clínica (...),”* y en consecuencia se equivocó al no reconocer la nulidad del contrato de seguro por reticencia.

V. CONSIDERACIONES

1). PRESUPUESTOS PROCESALES:

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

Adicionalmente, la competencia de la Sala se limita al examen de los puntos específicos objeto del recurso expuesto por la sociedad demandada, en aplicación a lo consagrado en el artículo 328 del Código general del Proceso, según el cual *“El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.”*

2). DEL CONTRATO DE SEGURO:

El seguro, de conformidad con el artículo 1036 del C. de Comercio, modificado por el artículo 1 de la Ley 1389 de 1997, es un contrato consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Su característica es la transmisión de un riesgo mediante el pago de un precio y por el hecho de recibir ese precio el asegurador

asume sobre su propio patrimonio el riesgo que gravitaba en el patrimonio del asegurado.⁵

Este contrato es por esencia de carácter indemnizatorio, pues con él se busca restablecer la situación económica afectada por un siniestro, sin que jamás pueda constituirse para el asegurado en una fuente de lucro; el seguro implica, como lo afirma el tratadista Efrén Ossa en su libro “Tratado Elemental de Seguros”, 1.962 pág. 43 y 44, la traslación de riesgos, es decir, de aquellos eventos que comportan una posibilidad de pérdida.

Las características del contrato de seguro contenidas en el artículo 1036 antes referido, implican la necesidad de que ellas se encuentren plasmadas en todo contrato, como es el hecho de la *bilateralidad*, en donde cada una de las partes asume una obligación específica, de un lado el pago de la prima y del otro el cumplimiento de la prestación pecuniaria una vez ocurrido el siniestro; la *onerosidad*, porque a la futura prestación del asegurador se contrapone la actual prestación del asegurado de pagar la prima; su carácter *aleatorio* porque al momento de la celebración no se sabe cuánto, o cuándo le tocará al asegurador pagar la prestación, ni si tendrá que pagarla; la naturaleza de *contrato de ejecución continuada* por ser un vínculo continuo de las partes por un periodo más o menos largo.- Finalmente es importante tener claro que este tipo de contratos es fundamentado en la “**buena fe**” no sólo en su celebración sino también durante su ejecución.

Son partes en el contrato de seguro conforme lo previsto en el artículo 1037 del Código de Comercio, modificado por el artículo 1 de la Ley 1389 de 1997, por un lado **el asegurador**, quien percibe la prima y se obliga a pagar la indemnización en caso de siniestro y que debe ser una persona jurídica legalmente autorizada, dado que la actividad aseguradora en nuestro país está sometida a vigilancia y control por parte del Estado; de otro lado está **el tomador**, que es la

⁵ Joaquín Garrigues Curso de Derecho Mercantil Tomo IV pág., 260.

persona que contrata con el asegurador, que puede no ser el titular de los derechos dimanantes del contrato, pues es permitido que el tomador asuma las obligaciones pero no los derechos.

Adicionalmente, aun cuando no son partes del contrato de seguro, propiamente dicho, concurren en su ejecución **el asegurado** que es aquel que tiene el derecho a la prestación debida por el asegurador, frente a quien se concede el amparo, el titular del interés asegurable; **el beneficiario** que es la persona que tiene derecho a recibir la prestación asegurada, que puede ser el mismo asegurado o tomador o una tercera persona.

Este contrato se encuentra contenido o instrumentado en la denominada póliza de seguro, en la cual queda condensado el objeto del seguro, valga decir el riesgo que a través del contrato se traslada al asegurador, como es el caso de robo, accidente de automóviles e incluso, el pago de un crédito, entre muchos otros.

La función social del contrato de seguro es la preservación del patrimonio económico de los individuos, unas veces con carácter indemnizatorio, como en los llamados seguros de daños, y otras con carácter protector o previsivo, como los seguros de personas.

El artículo 1045 del Código de Comercio, enseña que son elementos esenciales del contrato de seguro: 1) El interés asegurable; 2) El riesgo asegurable; 3) La prima o precio del seguro; y 4) La obligación condicional del asegurador, e indica expresamente la referida disposición que en defecto de alguno de estos elementos el contrato no produce efecto alguno.

3). CASO CONCRETO:

En el presente asunto se persigue por parte del demandante el pago del seguro de vida deudores No. 90-18-3000018, en razón a que en calidad de asegurado fue calificado con una invalidez del 100%, según consta en el acta del 24 de mayo de 2016 de la Junta Especial de Calificación de Invalidez, frente a lo cual la demandada Positiva

Compañía de Seguros S.A. se opuso proponiendo las excepciones que denominó “*NULIDAD RELATIVA DEL CONTRATO DE SEGURO POR RETICENCIA Y/O INEXACTITUD*”, “*AUSENCIA DE COBERTURA*”, “*FALTA DE LEGITIMACIÓN POR ACTIVA*”, “*LÍMITE A LA SUMA ASEGURADA*”, “*LÍMITE EN EL ALCANCE RECONOCIDO DEL INTERÉS MORATORIO*”, “*ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA*”, “*PRESCRIPCIÓN DE LAS ACCIONES DERIVADAS DEL CONTRATO DE SEGURO*”, “*BUENA FE*” y “*GENÉRICA O INNOMINADA.*”

Agotado el trámite de instancia, la *A-Quo* declaró la prosperidad de las pretensiones, inconforme con lo así decidido la entidad aseguradora la recurrió y a fin de desatar sus súplicas metodológicamente se abordara en primer término el reparo referente a la falta de legitimación en la causa por activa, para seguir con los atinentes al enriquecimiento sin causa, ausencia de cobertura, incorrecta interpretación de la fecha de estructuración del siniestro y prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, para finalmente, abordar el relativo a la nulidad del contrato de seguro por reticencia.

Sin discutir la existencia del contrato y el número de la póliza, Positiva Compañía de Seguros S.A. atacó la decisión de instancia, tras considerar que no le asiste legitimación en la causa por activa al señor Luis Fernando Escobar Nieto para incoar las acciones derivadas del contrato de seguro, toda vez que es al Banco Corpbanca S.A. en calidad de beneficiario del negocio jurídico, a quien le asiste tal derecho, y por ese sendero, sostuvo que la prosperidad de las pretensiones de la demanda generaría un enriquecimiento sin causa del actor.

Sobre este punto, es necesario precisar que el seguro de vida deudores se caracteriza porque el *interés asegurable* lo constituye la vida del deudor, quien ostenta la calidad de *asegurado*, mientras que el acreedor, la entidad bancaria, participa como *tomador y beneficiario* a título oneroso, así, en los eventos en los que ante la ocurrencia del siniestro la aseguradora se niegue a sufragar el saldo insoluto del

crédito “al tenor del inciso 2º del canon 1625 del Código Civil, se produce la extinción de la deuda, sin adquirir quien la satisface, la calidad de “beneficiario” del aludido negocio jurídico y tampoco opera la “subrogación”, porque ésta en principio favorece al tercero que cumplió aquel acto, según el precepto 1666 *ibidem*, y no al obligado.”⁶

Así, la sociedad recurrente, tras entender que la única persona que puede exigir al asegurador el pago de la indemnización ante la ocurrencia del siniestro es el Banco Corpbanca S.A. como beneficiario, no toma en cuenta que el actor, al solicitar el cumplimiento de las obligaciones emanadas del seguro de vida, no pidió para sí el pago sino para el beneficiario, pues los terceros “*pueden exigir a la aseguradora que pague lo que debe y a quien corresponde*” (Sent. cas. civ. de 15 de diciembre de 2008 exp. 2001-01021-01). No se puede desconocer que “*en los alrededores del contrato hay personas que ciertamente no fueron sus celebrantes, pero a quienes no les es indiferente la suerte final del mismo. Dicho de otro modo, no sólo el patrimonio de los contratantes padece por la ejecución o inejecución del negocio jurídico; también otros patrimonios, de algunos terceros, están llamados a soportar las consecuencias de semejante comportamiento contractual*”⁷

Obsérvese que el demandante solicitó “[c]ondenar a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS A.A. a pagar AL BANCO CORPBANCA DE COLOMBIA S.A., el SALDO INSOLUTO del crédito hipotecario 83920000016179 (...).”

Ciertamente, ante la negativa de la demandada el señor Escobar Nieto se vio compelido a cancelar las cuotas del crédito desde el mes de junio de 2016, por lo que adujo que para abril de 2017 había pagado la suma de \$22.814.715, y sólo este valor reclamaba en su favor, petición ajustada a Derecho si se tiene en cuenta que en los seguros de daños le asiste interés asegurable a “*toda persona cuyo*

⁶ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 16 de mayo de 2011. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁷ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del 28 de julio de 2005. Exp. 1999-00449-01

patrimonio pueda resultar afectado, directa o indirectamente por la realización de un riesgo”, en los términos del artículo 1083 del C. Co.

Así mismo, la entidad aseguradora busca evidenciar, que en el momento de la ocurrencia del accidente que desencadenó la incapacidad del señor Escobar Nieto, esto es, el 29 de junio de 2014, la póliza de seguro cuya reclamación nos ocupa, no había iniciado su vigencia, circunstancia que ocurrió el 1 de septiembre de 2014, para de ese momento afirmar que no había cobertura.

Al respecto, de la documental adosada al plenario advierte el CERTIFICADO INDIVIDUAL PÓLIZA GRUPO DE VIDA DEUDORES HIPÓTECARIOS Y LEASING HABITACIONAL No. 34000017 (fl. 24), en el que figura como asegurado Luis Fernando Escobar Nieto y como beneficiario el Banco Corpbanca S.A., con vigencia desde el 1 de septiembre de 2016 hasta el 30 de octubre de 2016.

Así mismo, a folio 57 consta la PÓLIZA DE VIDA GRUPO DEUDORES No. 90-18-3000018 tomada por el Banco Corpbanca S.A., siendo asegurados las “PERSONAS REPORTADAS POR EL TOMADOR, DEUDOR PRINCIPAL”, con vigor desde el 1 de septiembre de 2014 hasta el 1 de octubre del mismo año.

A folio 137, se lee la PÓLIZA DE VIDA GRUPO DEUDORES No. 90-18-3000021 tomada por el Banco Corpbanca S.A., siendo asegurados las “PERSONAS REPORTADAS POR EL TOMADOR, DEUDOR PRINCIPAL”, con vigor desde el 1 de septiembre de 2014 hasta el 1 de septiembre de 2015.

A folio 140, se advierte la PÓLIZA DE VIDA GRUPO DEUDORES No. 3400001698-0 tomada por el Banco Corpbanca S.A., siendo asegurados las “PERSONAS REPORTADAS POR EL TOMADOR DEL COLECTIVO”, con vigencia desde el 1 de septiembre de 2015 hasta el 1 de septiembre de 2016. A folio 141, la misma póliza con vigor desde el 1 de septiembre de 2016 hasta el 1 de septiembre de 2017.

Y dentro de las condiciones particulares, en la cláusula 1.2. se determinó que “[a]mpara la incapacidad que sufra el asegurado, siempre que haya sido ocasionada y se manifieste estando asegurado el cliente y produzca lesiones orgánicas o alteraciones funcionales que de por vida impidan al mismo desempeñar cualquier ocupación o empleo remunerado (...) Para efectos de esta cobertura, se entiende que el siniestro inicia desde la fecha de estructuración y culmina en la fecha de emisión del dictamen” y en el anexo de AMPARO DE INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE PAGO DE CAPITAL quedó definido como: “se entiende por incapacidad total y permanente, la sufrida por el asegurado como resultado de una lesión o enfermedad, que le impida total y permanentemente realizar su ocupación habitual u otra cualquiera compatible con su educación, formación o experiencia.”⁸ Baste notar que la Compañía no disputó de ninguna manera la configuración de la incapacidad así delimitada como imposibilidad de desempeñarse en la actividad habitual o cualquiera otra afín a su instrucción, adiestramiento y disciplina profesional. A lo que se suma las respuestas que dio al interrogatorio, donde reconoce que el siniestro se configuró en vigencia de la póliza porque “La decisión adoptada por esta Aseguradora respecto de la reclamación, fue negar el pago del amparo incapacidad total y permanente por el siniestro del 24/05/2016”, agregando después que “en septiembre de 2014 le fue adjudicada la póliza de vida grupo deudores a Positiva y se recibió una prima pura de riesgo anticipada (sin incluir gasto administrativo de comisión y gasto de retorno) por valor \$ 2.459.235 para brindar cobertura al señor Luis Fernando Escobar Nieto durante la vigencia del 01/09/2014 hasta el 15/11/2018, teniendo en cuenta que el 31/08/2018 finalizó la cobertura de Positiva por terminación del Contrato con el Tomador”⁹

Aún más, para la calenda del accidente, esto es, 29 de junio de 2014, se encontraba vigente la póliza, circunstancia que se desprende de la comunicación dirigida el 23 de febrero de 2017 al actor por parte

⁸ Visible a folios 145 y 206.

⁹ Visible a folio 383. Respuestas a las preguntas 7 de las juez y 3 de la parte demandante.

de la entidad financiera y vista a folio 11, en la que le manifiesta: “anexamos copia del seguro Vida Deudores Hipotecario Inicio 2013/11/15 número 0083-920000016179, en la cual podrá validar las coberturas y detalles de la misma”, y continuaba activa, como da cuenta la comunicación de Positiva enviada vía correo electrónico el 6 de abril de 2017 diciendo:¹⁰

“...procedemos a enviar copia de la póliza 90-18-3000018, con la cual fue cubierto de manera inicial el Crédito Hipotecario No 83920000016179.

Es importante indicar que desde el desembolso del crédito, hasta la fecha en la cual fue realizada la reclamación del seguro de Vida grupo Deudores, la póliza fue renovada con el consecutivo de carátula No. 3400001698, manteniendo las mismas condiciones, de la póliza No. 90-18-3000018 que al día de hoy aún están vigentes”. (se subraya para destacar)

Pero si alguna duda existiera sobre la cobertura que venía desde el desembolso del crédito con la póliza inicial 90-18-3000018, renovada en las mismas condiciones, ahora por Positiva Compañía de Seguros, no resulta vano recordar que los consumidores financieros se encuentran amparados por la interpretación más beneficiosa -pro consumitore- en los casos en que se discute el entendimiento que debe darse a las disposiciones contractuales, como un reflejo de la protección contractual que se debe a estos, de modo que “[e]n caso de duda, prevalecerán las cláusulas más favorables al consumidor sobre aquellas que no lo sean” (art. 34, ley 1480 de 2011). Lo que de antemano venía dicho por la Ley 1328 de 2009 cuando dispuso que los conflictos que surjan en desarrollo de su actividad las entidades vigiladas deberán administrarlos “velando porque siempre prevalezca el interés de los consumidores financieros, sin perjuicio de otras disposiciones aplicables al respecto” (art. 3 literal e).

¹⁰ Visible a folio 44 y 291.

Por otra parte, en lo que hace al momento de estructuración del siniestro, alude Positiva Compañía de Seguros S.A., que aquel se configuró en la fecha del accidente laboral y no el día de la calificación de invalidez, como equivocadamente consideró la juzgadora de instancia, y en consecuencia la acción impetrada se encuentra prescrita. Pero como se vio, la póliza indica que el siniestro inicia en la fecha de estructuración y culmina en la fecha de emisión del dictamen, de acuerdo con la calificación que haga la Junta encargada de esta determinación y que para la representante de la compañía el siniestro ocurrió el 24 de mayo de 2016.

En efecto, se tiene que si bien el accidente en el que resultó lesionado el señor Escobar ocurrió el 29 de junio de 2014, lo cierto es que sólo tuvo certeza de la configuración del siniestro, esto es, la invalidez, con ocasión de la calificación realizada por la Junta Especial de Calificación de Invalidez del 24 de mayo de 2016, fecha desde la cual comienza la contabilización del término prescriptivo.

Tomando en consideración lo anterior, si al demandante se le determinó una incapacidad laboral del 100% el **24 de mayo de 2016**, para la fecha de presentación de la demanda, **25 de mayo de 2017** (fl. 90) no había transcurrido el término de prescripción ordinaria. Véase que para refutar ese argumento la misma sentencia citó a la Corte Constitucional, que en un caso similar precisó:

“En los contratos de seguro de vida grupo de deudores, la póliza se hace efectiva si se constatan dos situaciones. En primer lugar, (i) la muerte del asegurado o, en segundo lugar, la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% certificada por la Junta Regional de Invalidez. En el segundo caso es indispensable probar que (ii.1) se padece de una pérdida de capacidad laboral; (ii.2) que esta es superior al 50%; y (ii.3) cuál fue la fecha de su estructuración o siniestro pues solo desde allí se sabe con certeza cuándo, en principio, debería comenzar a correr los términos de prescripción tanto ordinaria como extraordinaria. Estos tres requisitos deben ser certificados

mediante un experto técnico denominado Junta Regional de Calificación de Invalidez.

Aplicar literalmente la prescripción extraordinaria, sería negar el derecho de esas personas al pago de la póliza. Primero, porque aunque la persona sienta las dificultades en su diario vivir, no puede probar únicamente con su declaración que es una persona con invalidez. Segundo, porque aunque eso fuera viable, el contrato de seguro exige que se demuestre que se padece de una pérdida de más del 50% de capacidad laboral. Tercero, porque únicamente la Junta Regional de Calificación de Invalidez, es el ente encargado de certificar los dos anteriores supuestos. Cuarto, porque sin ese aval técnico el asegurador, como es natural, negaría u objetaría el pago de la póliza al no demostrar debidamente los requisitos del contrato. Finalmente, porque solo hasta que la Junta Regional de Calificación emita su concepto, se sabe con certeza cuándo fue la fecha de estructuración (siniestro)". (C. Const. T- 662 de 2013).

Por último, en punto de la nulidad del contrato de seguro por reticencia alegada por la recurrente, vale la pena resaltar el principio de la buena fe que debe reinar en toda clase de actuaciones, en la especie de estos contratos adquiere especial connotación como un deber precontractual al que se le da gran importancia. El artículo 1058 del código de comercio dispone que el tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinen el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador; en caso contrario, esto es, si aquel incurre en reticencia o inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por este, lo hubieran retraído de asegurarlo, o inducido a estipular condiciones más onerosas, se produce la nulidad relativa del mismo.

Sobre el tema de la reticencia, la Corte Constitucional ha sostenido que *“el asegurador debe: a) probar la mala fe por parte del tomador (o asegurado), pues solo el asegurador sabe si la enfermedad omitida lo haría desistir del contrato o hacerlo más oneroso y; b) demostrar el nexo de causalidad entre la preexistencia aludida y la*

condición médica que dio origen al siniestro, a fin de evitar que las aseguradoras adopten una posición ventajosa y potencialmente atentatoria de los derechos fundamentales de los tomadores, los cuales se encuentran en una especial situación de indefensión en virtud de la suscripción de contratos de adhesión.”¹¹

En el caso que ocupa ahora la atención de la Sala, se advierte que la juzgadora pasó por alto que en el plenario sí obra la declaración de asegurabilidad rendida por el actor, pues a folio 238 reverso, consta la SOLICITUD DE ENTREVISTA – VINCULACIÓN Y CONTRATACIÓN DE PRODUCTOS PERSONAS NATUALES, suscrita por el demandante.

En la misma, aseveró: “[d]eclaro que a la fecha me encuentro en buen estado de salud (...) y no he padecido ni se me ha diagnosticado ninguna enfermedad cardiovascular, cerebrovascular, vascular, pulmonar, renal, gastrointestinal, hipertensión arterial, cáncer, diabetes o cualquier enfermedad preexistente ni en general grave, crónica, psíquicas o nerviosas.”

Y, en la historia clínica allegada al proceso, se leen como antecedentes *“litiasis renal tratada con litotripsias. Osteomielitis posquirúrgica hace 13 años,”* en concordancia con lo manifestado por el señor Escobar Nieto, quien al cuestionársele sobre su estado de salud para el día del accidente laboral depuso que *“el día del atentado terrorista estaba en perfecto estado de salud porque tenía certificado de la Aerocivil vigente (...) yo siempre, y ese es el mal de los pilotos, he sufrido de cálculos renales y una lesión deportiva en una rodilla (...)”¹²*

Es decir, si bien padecía una enfermedad renal y así lo conocía, se advierte que la dolencia que generó la incapacidad laboral del 100% del señor Escobar Nieto, se derivó del diagnóstico de *“trauma auditivo por el estallido de atentado con bomba expansiva (cilindro), que lo lanzó seis metros cayendo sobre su espalda, lo cual dejó como secuelas múltiples heridas en brazos y cara, y fenómenos de tinitos, hiperacusia y depresión,”* que ninguna relación tiene con la preexistencia alegada

¹¹ T 027 de 2019.

¹² Min 53:15 Audiencia Inicial

por la aseguradora, incumpliendo así, lo exigido jurisprudencialmente para la configuración del fenómeno de reticencia.

De lo expuesto se colige que, aun cuando la juzgadora echó de menos la declaración suscrita por el demandante, lo cierto es que la enfermedad padecida por él, no guarda nexo de causalidad con la que a la postre le generó la incapacidad y que constituye el siniestro amparado en la póliza, en consecuencia, le correspondía a la aseguradora cubrir el saldo insoluto de las obligaciones crediticias.

Aunado a lo anterior, se observa que en la mentada declaración se dispuso que el declarante autorizaba a la entidad aseguradora *“para solicitar en cualquier momento y de cualquier médico u otro profesional de la salud y/o centro hospitalario o similar para suministrar a las aseguradoras las historias clínicas y demás información sobre el estado de mi salud,”* en consecuencia, la recurrente podía haber conocido, al menos durante la vigencia del contrato, la enfermedad que aquejaba al demandante realizando las constataciones pertinentes a su historia clínica.


Es decir, la aseguradora se encontraba facultada para consultar la historia clínica del señor Luis Fernando Escobar Nieto, por lo que de haberlo hecho habría podido conocer que padecía de cálculos renales y en atención a ello ajustar las condiciones en que se celebraría el contrato de seguro.

Ahora bien, se advierte la necesidad de modificar la decisión atacada, toda vez que la juzgadora de instancia ordenó los pagos en favor del actor, según el valor que certificara el Banco Itaú, entidad informó que el valor del saldo de la deuda del señor Escobar Nieto, para el 26 de mayo de 2016, era de \$210.777.731 y que desde esa fecha hasta el 29 de septiembre de 2021, *“el valor pagado mensualmente es de \$2.074.065,00 (capital e intereses), valor al cual deberá sumarle seguros a cada fecha de pago u otros cargos, como se evidencia en el histórico de pagos adjunto.”*¹³

¹³ Archivo: 08.Historicocodepagos.pdf

Así, en la demanda se solicitó el pago del saldo insoluto del crédito y de las cuotas pagadas por él a partir del 23 de septiembre de 2016, en la medida en que presentó la reclamación ante la aseguradora el 11 de agosto de 2016, y para aquella calenda se reportaron los siguientes pagos:

HISTORICO DE PAGO
79945556 - LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO



NUMERO	DESCRIPCION	FECHA	CAPITAL	INTERES	MORA	SEGUROS	CUOTA CANCELADA	SALDO A CAPITAL
083****79-92	Pago de cuota	16/09/2016	\$397.237.00	\$1.676.828.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/10/2016	\$400.415.00	\$1.673.650.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/11/2016	\$403.619.00	\$1.670.446.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/12/2016	\$406.848.00	\$1.667.217.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/01/2017	\$410.102.00	\$1.663.963.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/02/2017	\$413.383.00	\$1.660.682.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/03/2017	\$416.690.00	\$1.657.375.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	17/04/2017	\$420.024.00	\$1.654.041.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/05/2017	\$423.384.00	\$1.650.681.00		\$0.00	\$53.444.00	\$2.127.509.00
083****79-92	Pago de cuota	16/06/2017	\$426.771.00	\$1.647.294.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	17/07/2017	\$430.185.00	\$1.643.980.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/08/2017	\$0.00	\$130.717.00		\$0.00	\$0.00	\$130.717.00
083****79-92	Pago de cuota	17/08/2017	\$433.626.00	\$1.509.722.00	\$199.00	\$31.986.00	\$1.975.533.00	\$2.04.622.551.00
083****79-92	Pago de cuota	18/09/2017	\$437.095.00	\$1.636.970.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	17/10/2017	\$440.592.00	\$1.633.473.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/11/2017	\$444.117.00	\$1.629.948.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	18/12/2017	\$447.670.00	\$1.626.395.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/01/2018	\$451.251.00	\$1.622.814.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/02/2018	\$455.858.82	\$1.618.206.18		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/03/2018	\$458.630.55	\$1.615.434.45		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/04/2018	\$462.299.28	\$1.611.765.72		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/05/2018	\$465.997.38	\$1.608.077.00		\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	18/06/2018	\$469.725.05	\$1.604.332.05	\$1 Vista general	\$0.00	\$31.986.00	\$2.106.051.00
083****79-92	Pago de cuota	16/07/2018	\$473.482.54	\$1.600.529.54		\$0.00	\$33.653.00	\$2.107.718.00
083****79-92	Pago de cuota	16/08/2018	\$477.270.09	\$1.596.794.63		\$0.00	\$33.653.00	\$2.107.718.00
083****79-92	Pago de cuota	17/09/2018	\$481.087.93	\$1.592.977.07		\$0.00	\$33.653.00	\$2.107.718.00
083****79-92	Pago de cuota	16/10/2018	\$484.936.32	\$1.589.128.68		\$0.00	\$33.653.00	\$2.107.718.00
083****79-92	Pago de cuota	16/11/2018	\$488.815.49	\$1.585.249.51		\$0.00	\$33.653.00	\$2.107.718.00
083****79-92	Pago de cuota	17/12/2018	\$492.725.69	\$1.581.339.31		\$0.00	\$67.408.33	\$2.141.473.33
083****79-92	Pago de cuota	16/01/2019	\$496.667.17	\$1.577.397.83		\$0.00	\$67.324.21	\$2.141.389.21
083****79-92	Pago de cuota	18/02/2019	\$500.640.18	\$1.573.424.82		\$0.00	\$67.233.69	\$2.141.298.69
083****79-92	Pago de cuota	18/03/2019	\$504.644.98	\$1.569.420.02		\$0.00	\$67.153.94	\$2.141.218.94
083****79-92	Pago de cuota	07/04/2019	\$508.681.79	\$1.565.383.21		\$0.00	\$67.067.79	\$2.141.132.79
083****79-92	Pago de cuota	03/05/2019	\$513.971.66	\$1.560.093.24		\$0.00	\$66.980.73	\$2.141.045.73
083****79-92	Pago de cuota	17/06/2019	\$518.643.97	\$1.555.421.03		\$0.00	\$66.892.89	\$2.140.957.89
083****79-92	Pago de cuota	10/07/2019	\$521.011.16	\$1.553.053.84		\$0.00	\$78.165.58	\$2.152.230.58
083****79-92	Pago de cuota	16/08/2019	\$526.012.45	\$1.548.052.55		\$0.00	\$78.076.49	\$2.152.141.49
083****79-92	Pago de cuota	16/09/2019	\$529.386.66	\$1.544.676.34		\$0.00	\$77.986.83	\$2.152.051.83
083****79-92	Pago de cuota	06/10/2019	\$533.621.41	\$1.540.443.59		\$0.00	\$77.896.45	\$2.151.961.45
083****79-92	Pago de cuota	18/11/2019	\$539.312.89	\$1.534.752.11		\$0.00	\$77.805.10	\$2.151.870.10
083****79-92	Pago de cuota	16/12/2019	\$542.204.17	\$1.531.860.83		\$0.00	\$77.713.27	\$2.151.778.27
083****79-92	Pago de cuota	02/01/2020	\$546.541.44	\$1.527.523.56		\$0.00	\$77.620.70	\$2.151.688.70
083****79-92	Pago de cuota	02/02/2020	\$550.913.42	\$1.523.151.58		\$0.00	\$77.527.39	\$2.151.592.39
083****79-92	Pago de cuota	11/03/2020	\$557.376.93	\$1.516.688.07		\$0.00	\$77.432.99	\$2.151.497.99
083****79-92	Pago de cuota	16/04/2020	\$560.522.11	\$1.513.542.89		\$0.00	\$77.338.05	\$2.151.403.05
083****79-92	Pago de cuota	19/05/2020	\$564.162.82	\$1.509.802.18		\$0.00	\$77.242.48	\$2.151.307.48
083****79-92	Pago de cuota	16/06/2020	\$568.776.54	\$1.505.288.46		\$0.00	\$75.479.87	\$2.149.544.87
083****79-92	Pago de cuota	16/07/2020	\$573.326.38	\$1.500.738.62		\$0.00	\$75.382.76	\$2.149.447.76
083****79-92	Pago de cuota	18/08/2020	\$577.912.61	\$1.496.152.39		\$0.00	\$75.284.88	\$2.149.349.88
083****79-92	Pago de cuota	16/09/2020	\$582.535.54	\$1.491.529.46		\$0.00	\$80.805.08	\$2.154.870.08
083****79-92	Pago de cuota	16/10/2020	\$587.195.43	\$1.486.869.57		\$0.00	\$80.688.07	\$2.154.753.07
083****79-92	Pago de cuota	17/11/2020	\$591.892.61	\$1.482.172.39		\$0.00	\$80.570.13	\$2.154.635.13
083****79-92	Pago de cuota	16/12/2020	\$596.627.36	\$1.477.437.64		\$0.00	\$80.451.25	\$2.154.516.25
083****79-92	Pago de cuota	04/01/2021	\$601.399.98	\$1.472.665.07		\$0.00	\$80.331.42	\$2.154.396.42
083****79-92	Pago de cuota	09/02/2021	\$606.135.11	\$1.467.829.89		\$0.00	\$80.210.24	\$2.154.275.24
083****79-92	Pago de cuota	03/03/2021	\$612.210.55	\$1.461.854.45		\$0.00	\$80.088.25	\$2.154.153.25
083****79-92	Pago de cuota	05/04/2021	\$618.094.90	\$1.455.739.00		\$0.00	\$79.965.09	\$2.154.030.09
083****79-92	Pago de cuota	18/05/2021	\$622.730.03	\$1.449.589.00	\$1 Vista general	\$0.00	\$79.841.00	\$2.153.908.00
083****79-92	Pago de cuota	16/06/2021	\$625.898.53	\$1.443.400.00		\$0.00	\$79.716.29	\$2.153.781.29

Es decir, como entre los meses de septiembre del año 2016 y junio del año 2021, el actor pagó por el crédito la suma de \$145.032.735.24 y el saldo de la misma es de \$180.409.846,08, por lo que a dichos valores se ceñirá la condena a la aseguradora demandada.

Así, se advierte la necesidad de modificar la sentencia recurrida, por las razones aquí expuestas.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR los numerales 4.3. y 4.4. de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, por el Juzgado 3° Civil del Circuito de Bogotá D.C., los cuales quedarán así:

4.3. CONDÉNESE a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar a la beneficiaria, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la suma de \$180.409.846,08, correspondiente al saldo de la deuda del crédito hipotecario No. 083016179-92, cuyo titular es el señor LUIS FERNANDO ESCOBAR.

4.4. CONDÉNESE a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a pagar al señor LUIS FERNANDO ESCOBAR NIETO, \$145.032.735.24, dinero que, según lo certificado por el BANCO ITAÚ, ha pagado desde septiembre de 2016 hasta junio de 2021, por concepto de cuotas de amortización del crédito hipotecario No. 083016179-92 otorgado por BANCO CORPBANCA COLOMBIA S.A. ahora ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., junto con los intereses bancarios corrientes sobre tales rubros.

SEGUNDO. Sin costas en esta instancia.

TERCERO. Remítase el expediente al juzgado de origen para lo de su trámite y competencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ

Magistrado


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado


MARCO ANTONIO ALVAREZ GÓMEZ
Magistrado

Con salvedad de voto

SALVEDAD DE VOTO

(Proceso verbal de Luis Fernando Escobar contra
Positiva Compañía de Seguros S.A.
Rad. 110013103003201700327 01)

Muy respetuosamente expreso la razón fundamental de mi desacuerdo con la decisión mayoritaria. En mi opinión, las pretensiones debieron negarse porque, en estrictez, no se configuró el siniestro, dado que, según el contrato de seguro, que “se entiende por incapacidad total y permanente, la sufrida por el asegurado como resultado de una lesión o enfermedad, que le impida total y permanentemente realizar su ocupación habitual **u otra cualquiera compatible con su educación, formación o experiencia.**”¹ (se resalta)

En este caso, la junta especial de calificación de invalidez dictaminó que el señor Escobar tiene “una invalidez absoluta **para desarrollar actividades de vuelo...**” (se resalta). Con otras palabras, el demandante no puede ser piloto ni desarrollar ninguna otra labor que implique, directa o indirectamente, volar aeronaves. Esto no lo discuto.

Pero es que la incapacidad total, según el contrato, exige que el asegurado no pueda desarrollar ninguna actividad compatible con su educación y formación, lo que no fue probado en el proceso. Luego no se podía condenar al asegurador si el siniestro no fue probado plenamente, como lo exige el artículo 1077 del C. de Co. Aquí no había espacio para suposiciones.

Por estas razones, me aparto de la sentencia proferida.


MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado

¹ Visible a folios 145 y 206.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., dieciocho (18) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. 003201801590 01

Para resolver la solicitud de adición a la sentencia formulada por la aseguradora SBS Seguros Colombia S.A., basta señalar que la complementación de providencias sólo procede cuando se omitió resolver alguno de los extremos del litigio o un punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento (C.G.P., art. 287). Por tanto, no es viable utilizar este mecanismo para evidenciar una discrepancia conceptual con el Tribunal, o para pedir explicaciones adicionales.

En este caso es evidente que todo fue resuelto en la sentencia de 3 de agosto pasado, que confirmó la decisión frente a las súplicas de la demanda y revocó lo dispuesto frente al llamamiento en garantía. El memorialista ni siquiera lo disputa, pues lo suyo es otra cosa: quiere que se expliquen “las razones por las cuales se apartó y no aplicó el precedente judicial que expone con claridad, frente a las personas jurídicas, que el dolo de los empleados o dependientes es el dolo de la empresa” (p. 1, archivo 52, cdno. Tribunal del expediente digitalizado).

Pero incluso en esa petición el memorialista luce desacertado, puesto que el Tribunal, en la sentencia, no se apartó de ningún precedente judicial. Por el contrario, dejó claras varias cosas: la primera, que no se configuró el motivo de exclusión, porque una cosa es afirmar “que la conducta de un empleado es fraudulenta”, y otra muy distinta reconocer “tolerancia consciente o aprobación” de ese comportamiento por parte de la fiduciaria, frente a lo cual, siendo lo medular, la aseguradora -en este momento- nada dice; lo segundo, que “la Sala no discute” que “los actos *intencionalmente* dañosos del tomador, asegurado o beneficiario”

no son asegurables, pues es lo que manda el artículo 1058 del C. de Co., y lo tercero, que es claro, porque así lo han dicho la jurisprudencia y la doctrina, que una cosa es la responsabilidad directa de las personas jurídicas por los actos de sus trabajadores, y otra “que no constituyen causales de exclusión el dolo, la culpa grave y, en general, los actos intencionales de las personas que obligan la responsabilidad civil del tomador, asegurado o beneficiario”, como lo precisa reputado tratadista (J. Efrén Ossa). Con otras palabras, contrario a lo que entiende el abogado, la Sala sí afirmó la responsabilidad directa de las sociedades por los actos intencionales de sus empleados, por lo que es inexplicable que el memorialista pretenda hacerle decir al Tribunal lo que jamás dijo.


Luego todo cuanto plantea el memorialista traduce, en últimas, su discrepancia con las razones de la decisión y con la determinación misma, lo que, por supuesto, es asunto ajeno a la adición de un fallo, el cual, como se sabe, no es modificable ni revisable por el juez que lo profirió.

Así las cosas, se niega la solicitud de adición presentada por SBS Seguros Colombia S.A.

NOTÍFIQUESE



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado
Sala 006 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

58dfb08372839b495f96468b4a079d47c629be8c0de1f4bc3c4ed007100dc48b

Documento generado en 20/08/2021 10:10:35 a. m.

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., veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021)

Asunto: Proceso Ejecutivo de Mota Engil Engenharie e Construcao S.A. Sucursal Colombia y Mota Engil Perú S.A. Sucursal Colombia contra Alianza Fiduciaria S.A. y BBVA ASSETT Management S.A. Sociedad Fiduciaria en su calidad de integrantes del Consorcio FFIE Alianza BBVA, quien a su vez es vocero del patrimonio autónomo Fondo de Infraestructura Educativa FFIE.

Rad. 11 2019 00522 01

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá el 15 de abril de 2020, mediante el cual se negó el levantamiento de las medidas cautelares.

I. ANTECEDENTES

1. La parte demandante promovió el asunto de la referencia con el fin de conseguir el pago del capital contenido en varias facturas expedidas con ocasión del Contrato Marco de Obra N°1380-39-2016, suscrito con el Consorcio FFIE que tiene por objeto *“la elaboración de diseños y estudios técnicos, así como la ejecución de las obras mediante las cuales se desarrollen los proyectos de infraestructura educativa requeridos por el PA FFIE, en desarrollo del PNIE...”*.

2. Una vez repartida la demanda, la jueza de conocimiento, mediante auto de 16 de septiembre de 2019, concomitante con el mandamiento de pago, decretó las siguientes medidas cautelares:

“1. DECRETAR el embargo y retención preventiva de los dineros que se encuentren depositados en las cuentas corrientes, de ahorro o CDT’S o cualquier otro instrumento de depósito, en las entidades mencionadas en el numeral 1° del escrito

que antecede, donde la parte demandada sea titular. Límitese la medida a la suma de \$2.680.000.000,00 M/Cte., por secretaria librese oficio a las aludidas entidades, en la forma indicada en la solicitud de medidas cautelares, advirtiéndoles que deberán tener en cuenta las normas que regulan los límites de inembargabilidad. Adviértaseles que la cautela no podrá recaer sobre los bienes señalados en el artículo 594 del C.G.P. Secretaria oficie de conformidad.

2. DECRETAR el embargo y retención de los dineros que la demandada tenga invertidos o depositados en las entidades indicadas en el numeral 2^o del escrito de medidas cautelares. Límitese la medida a la suma de \$2.680.000.000,00 m/cte. – por secretaria librese oficio a las aludidas entidades. Téngase en cuenta los límites de inembargabilidad.”

2. Inconforme, la parte demandada solicitó el levantamiento de las medidas cautelares, tras considerar que los recursos que conforman el Patrimonio Autónomo Fondo de Financiamiento de Infraestructura Educativa - FFIE, son recursos públicos, los cuales se soportan en el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015, modificado por el artículo 184 de la Ley 1955 de 2019 que indica que dicho fondo es una cuenta especial del Ministerio de Educación Nacional y, agregó, que la solicitud también se formula con la intención de “prever los embargos excesivos de que trata el artículo 600 del Código General del Proceso”.

Al momento de resolver, la jueza *a quo* señaló que si bien los recursos del patrimonio autónomo son de naturaleza pública y están destinados para el desarrollo del PNIE, lo que pone de presente su inembargabilidad, lo cierto es que la jurisprudencia ha pregonado como excepción a esa regla, que en el evento en que las obligaciones reclamadas en un proceso ejecutivo sean la consecuencia de las actividades a las cuales estaban destinados los recursos del sistema general de participación, esto es, educación, salud, agua potable y saneamiento básico, resulta procedente la cautela así decretada.

3. Inconforme con la decisión, el extremo demandado interpuso recurso de apleación que sustentó bajo la errada interpretación a los antecedentes jurisprudenciales que sirvieron de sustento al auto, en tanto si bien existieron tres excepciones, a saber: (i) obligaciones de índole laboral; (ii) pago de sentencias judiciales y, (iii) cuando existan títulos emanados del estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible, lo cierto es que del contenido de Decreto 4 de 2007, que lo reglamentó y el examen constitucional se advierte que sólo la primera de ellas subsiste.

II. CONSIDERACIONES

¹ a. Alianza Fiduciaria S.A.
b. BBVA ASSET Management S.A.

1. Para resolver, se relieva que se trata de recursos de naturaleza pública, soportados en el artículo 59 de la Ley 1753 de 2015 que prevé que el Fondo de Financiamiento de la Infraestructura Educativa recibe como ingreso aquellos rubros provenientes del (i) recaudo establecido en el artículo 11 de la Ley 21 de 1982, destinados al Ministerio de Educación Nacional; (ii) partidas que se asignen al presupuesto nacional; (iii) rendimientos financieros de tal inversión; (iv) del sistema general de regalías para proyectos específicos de infraestructura educativa; (v) recursos de cooperación internacional o de fondos privados que se gestionen en su favor; (vi) todos esos aportes que provengan de los departamentos y municipios, así como de sus asociaciones, regiones administrativas y de planificación; (vii) obras por impuestos y, (viii) los obtenidos de la participación del sector privado.

Conforme a ello, y en atención a lo consagrado en el numeral 1° del canon 594 del Código General del Proceso, resulta acertado concluir la naturaleza pública de los dineros que vienen de referirse.

2. Ahora, el debate gira en torno a si es o no aplicable las excepciones que para esos eventos ha fijado la normatividad y la jurisprudencia, en razón a la relevancia de semejante decisión puesto que, si bien la regla general es la inembargabilidad de esos recursos, se ha armonizado ese concepto con los demás principios que rigen el Estado, en especial, aquellos que pretende proteger y asegurar la efectividad de los derechos fundamentales de cada persona individualmente considerada.

Para proteger esa encomienda, la jurisprudencia ha enfatizado de forma expresa 4 excepciones, a saber:

(i) La primera, tiene que ver con la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho a trabajo. Frente a ese tema, la Corte Constitucional en la sentencia C-546 de 1992 declaró *“la constitucionalidad condicionada del artículo 16 de la Ley 38 de 1989 (inembargabilidad de rentas y recursos del Presupuesto General de la Nación), en el entendido de que “en aquellos casos en los cuales la efectividad del pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de las obligaciones laborales, solo se logre mediante el embargo de bienes y rentas incorporados al presupuesto de la nación, este será embargable en los términos del artículo 177 del Código Contencioso Administrativo”*, dejando claro que *“la efectividad del pago de obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de relaciones laborales exige el embargo de bienes y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación”*.

(ii) La segunda, cuando se trate de sentencias judiciales, en razón al deber de garantizar la seguridad jurídica y el respeto de las prerrogativas reconocidas ante la jurisdicción, ello como símbolo del estado social de derecho que rige la conducta gubernamental y social. Al respecto, la sentencia C-354 de 1997 enfatizó que *“los créditos a cargo del Estado, bien sean que consten en sentencias o en otros títulos legalmente válidos, deben ser pagados mediante el procedimiento que indica la norma acusada y que transcurridos 18 meses después de que ellos sean exigibles, es posible adelantar ejecución, **con embargo de recursos del presupuesto** -en primer lugar los destinados al pago de sentencias o conciliaciones, cuando se trate de esta clase de títulos- y sobre los bienes de las entidades u órganos respectivos”*, pronunciamiento que no ha sido aislado o accidental, en razón a que en varias decisiones, esa situación ha sido la égida para solventar el debate puesto a consideración².

(iii) La tercera, la originada por los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible. Sin embargo, la jurisprudencia ha enfatizado que no solamente puede predicarse el mérito ejecutivo de aquellos actos mediante los cuales el Estado reconoce una obligación, sino que extendió dicha excepción, bajo los criterios de igualdad y celeridad, a otros títulos.

Así, mediante sentencia C-354 de 1997, la Corte Constitucional aclaró lo referente a esa excepción, previendo que *“Podría pensarse, que sólo los créditos cuyo título es una sentencia pueden ser pagados como lo indica la norma acusada, no así los demás títulos que constan en actos administrativos o que se originan en las operaciones contractuales de la administración. Sin embargo ello no es así, porque no existe una justificación objetiva y razonable para que únicamente se puedan satisfacer los títulos que constan en una sentencia y no los demás que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible. Tanto valor tiene el crédito que se reconoce en una sentencia como el que crea el propio Estado a través de los modos o formas de actuación administrativa que regula la ley.”*

(iv) Las anteriores excepciones son aplicables respecto de los recursos del sistema general de participación -SGP-, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tuvieran como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados dichos recursos³.

² Corte Constitucional, Sentencias C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002 y C-192 de 2005, entre otras

³ Sentencia -793 de 2002 y C-543 de 2013.

3. Ahora, mediante el Acto Legislativo N. 4 de 2007 se dejó constancia de forma expresa la salvedad que de vieja data traía consigo la Jurisprudencia frente al régimen de excepción que amparaba las obligaciones laborales, situación que fue aclarada mediante la expedición del Decreto Ley 28 de 2008, en cuyo artículo 21 pregonó que *“Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables. Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, **las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales**, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes”*.

Sin embargo, esa situación así propuesta, no le resta valor al régimen constitucional de excepciones que se creó a través del tiempo en razón a que la legislación se preocupó por precisar la ubicación de la cual serían descontados los fondos y las alternativas que podían usar los acreedores para el reembolso o pago de los dineros. Y es que lo perseguido por la norma, se limitó a armonizar y conciliar los principios que sirvieron de sustento para cada uno de los pronunciamientos frente a la singularidad de las cautelas sobre recursos públicos, en tanto que con la reforma introducida a partir del Acto Legislativo No. 4 de 2007, se reforzó en la destinación social de los recursos del SGP.

Argumentar lo contrario, supone desconocer los principios de efectividad de los derechos de los cuales se ha derivado el régimen excepcional que jurisprudencialmente se ha planteado, toda vez que la regla de inembargabilidad no es absoluta y, por el contrario, ha sufrido de variaciones con el ánimo de conciliar los derechos y prerrogativas que se encuentran en la constitución, en este caso, el del acreedor que reclama el pago de las obligaciones derivadas de un contrato suscrito para infraestructura educativa.

4. En conclusión, a pesar de que los recursos objeto de la cautela resultan ser de carácter público, lo cierto es que el régimen de excepciones que se ha creado por los Jurisprudencia resulta aplicable al caso, en tanto que las obligaciones que se ejecutan se originaron en cumplimiento de la finalidad establecida en el canon 59 de la Ley 1753 de 2015, esto es, viabilización y financiación de proyectos para la construcción, mejoramiento, adecuación, ampliaciones y dotación de infraestructura educativa física y digital de carácter público en educación inicial, preescolar, educación básica y media, en zonas

urbanas y rurales, incluyendo residencias escolares en zonas rurales dispersas, así como los contratos de interventoría asociados a tales proyectos, situación que se acopla perfectamente al objeto de la prestación que desarrolló el consorcio que funge como vocera del patrimonio autónomo del Fondo de Infraestructura Educativa, esto es, la elaboración de los diseños y estudios técnicos así como la ejecución de las obras mediante las cuales se desarrollen los proyectos de infraestructura educativa requeridos por el PAFFIE en desarrollo del PNIE, todo ello fruto del contrato de obra N° 1380-39-2016.

5. Bajo esa égida, la conclusión a la que arribó el juzgador de primera instancia resultó acertada y, por ende, se confirmará el auto impugnado.

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto que profirió el Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá el 15 de abril de 2020.

SEGUNDO. ABSTENERSE de condenar en costas.

TERCERO. DEVOLVER diligencias al despacho de origen.

Notifíquese,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

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

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

Radicación: 014-2020-00363-01

**Bogotá, veinte (20) de agosto de dos mil diecinueve
(2019)**

**PROCESO: EJECUTIVO DE HOSPITAL PABLO
TOBON URIBE contra MEDIMAS EPS SAS.**

I. ASUNTO

Corresponde al Tribunal decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial del demandante contra el auto de 9 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado 14 Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual negó librar el mandamiento de pago.

II. ANTECEDENTES

1.- El juez a-quo en providencia de 9 de febrero de los corrientes, negó el mandamiento de pago argumentando que las facturas presentadas no cumple con uno de los requisitos contemplados en los artículos 621 del Código de Comercio, esto es, la firma del beneficiario, ni con las establecidas en los numerales 11 y 16 del “*decreto 042 de 5 de 2020 emitido por la DIAN (Sic)*”, así como la prueba del

acuse de recibo para comprobar que fueron entregadas al deudor y destinatario.

2.- Oportunamente la parte ejecutante, interpuso el recurso de reposición y en subsidio apelación, en auto de 23 de marzo de 2021 se negó el primero y concedido el segundo del cual se ocupa actualmente el Despacho.

III. CONSIDERACIONES

1. En el presente evento, debe tenerse en cuenta que el proceso ejecutivo es un mecanismo eficaz para hacer valer un derecho cierto e indiscutible, lo que supone la existencia de un documento en el que conste una obligación clara, expresa y exigible, pues es inescindible el título ejecutivo al proceso ejecutivo. Este primer requisito de existencia del título ejecutivo cumple una función puramente formal, que se requiere para iniciar la acción ejecutiva, sin perjuicio de que se pueda examinar su existencia en la decisión definitiva o sentencia.

Ahora bien, dentro de la gran diversidad de títulos ejecutivos que existen, se encuentran los que se han **denominado “títulos ejecutivos complejos o compuestos”**, para referirse a aquellos en los cuales, la obligación se deduce del contenido de dos o más documentos dependientes o conexos, de manera que el mérito ejecutivo, emerge como consecuencia de la unidad jurídica del título

2. El artículo primero, inciso 2°, de la ley 1231 de 2008 dice que: *“No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito”*.

En materia de prestación de servicios de salud, los requisitos de la factura se encuentran definidos en el artículo 21 del Decreto 4747 del 2007, norma que regula las relaciones entre los prestadores y cualquier tipo de entidad responsable del pago de estos servicios.

Cuando del cobro de servicios por parte de la empresa prestadora de servicios de salud, a la entidad responsable del pago por el servicio prestado, aquella elabora la factura de servicios de salud junto a los soportes a que hace referencia el anexo técnico No. 5 de la Resolución 3047 de 2008. La empresa responsable del pago de conformidad con el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007, reformado por el artículo 56 de la Ley 1438 de 2011; la entidad que prestó el servicio debe efectuar un pago anticipado del 50% por valor del mismo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la radicación de la factura de venta, se obliga a cancelar el 50% restante, dentro de los treinta (30) días siguientes, en el evento de no formularse glosa o devolución alguna de los documentos presentados.

El artículo 57 de la Ley 1438 de 2011, dispone que las facturas deben cumplir con el trámite de glosas¹, entiéndase

¹ Art. 57 de la Ley 1438 de 2011 **TRÁMITE DE GLOSAS**. Las entidades responsables del pago de servicios de salud dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la presentación de la factura con todos sus soportes, formularán y comunicarán a los prestadores de servicios de salud las glosas a cada factura, con base en la codificación y alcance definidos en la normatividad vigente. Una vez formuladas las glosas a una factura no se podrán formular nuevas glosas a la misma factura, salvo las que surjan de hechos nuevos detectados en la respuesta dada a la glosa inicial.

El prestador de servicios de salud deberá dar respuesta a las glosas presentadas por las entidades responsables del pago de servicios de salud, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su recepción, indicando su aceptación o justificando la no aceptación. La entidad responsable del pago, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la recepción de la respuesta, decidirá si levanta total o parcialmente las glosas o las deja como definitivas.

Si cumplidos los quince (15) días hábiles, el prestador de servicios de salud considera que la glosa es subsanable, tendrá un plazo máximo de siete (7) días hábiles para subsanar la causa de las glosas no levantadas y enviar las facturas que remitió nuevamente a la entidad responsable del pago.

Los valores por las glosas levantadas total o parcialmente deberán ser cancelados dentro del mismo plazo de los cinco (5) días hábiles siguientes, a su levantamiento, informando al prestador la justificación de las glosas o su proporción, que no fueron levantadas.

Una vez vencidos los términos, y en el caso de que persista el desacuerdo se acudirá a la Superintendencia Nacional de Salud, bien sea en uso de la facultad de conciliación o jurisdiccional a elección del prestador, en los términos establecidos por la ley.

por glosa, la inconformidad que afecta en forma parcial o total el valor de la factura por prestación de servicios de salud, encontrada por la entidad responsable del pago durante la revisión integral, y que requiere ser resuelta por parte del prestador de servicios de salud. Por tanto vencido los términos señalados en el citado artículo, si persiste el desacuerdo, se acudirá a la Superintendencia de Nacional de Salud para la conciliación, o de lo contrario, si no se hace uso oportuno de la causal de glosa o devolución para objetar su contenido, la factura se entiende que ha sido aceptada en su integridad, y si no es cancelada su importe, procede el cobro coactivo por medio del proceso ejecutivo.

3. Como argumento de la inconformidad el recurrente, manifestó que contrario a lo resuelto las facturas allegadas si contiene la firma del creador y el derecho que incorporan, agregó que las mismas se encuentran aceptadas porque fueron radicadas a través de la plataforma digital dispuesta por Medimás EPS, para el cobro de las obligaciones derivadas de las prestación de los servicios de salud que se brindaron a los afiliados de la demandada, como da cuenta el documento denominado “*cargue*” anexo a la demanda, y precisó que por el hecho que en cada una diga “*factura electrónica*”, no quiere decir que se le debe aplicar las exigencias dispuestas para este tipo de título valor.

4. Descendiendo al caso en estudio, contrario a lo afirmado por el juzgado de conocimiento, con la demanda se allegó un link:

<https://drive.google.com/drive/folders/1PolJorxNSEymrKHP-QMmEJYSYjOx3CII?usp=sharing>

El Gobierno Nacional reglamentará los mecanismos para desestimular o sancionar el abuso con el trámite de glosas por parte de las entidades responsables del pago.

Que contiene cuatro archivos, así:

Mis archivos > From G Suite Drive > DEMANDAS > BOGOTÁ D.C > hptu vs medidas \$3.044.818.908

Nombre	Modificado	Modificado por	Tamaño de archi...	Compartir
Soportes Facturas	16/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	444 elementos	Compartido
dda como mensaje de datos hptu vs ...	16/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	3.03 MB	Compartido
hptu vs medidas cuaderno_1.pdf	16/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	404 MB	Compartido
hptu vs medidas cuaderno_2.pdf	16/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	475 MB	Compartido

En el archivo denominada “*Soporte facturas*”, se encuentran unas sub-carpeta que contiene cada uno de los documentos base de la ejecución:

Mis archivos > From G Suite Drive > DEMANDAS > BOGOTÁ D.C > hptu vs medidas \$3.044.818.908 > Soportes Facturas

Nombre	Modificado	Modificado por	Tamaño de archi...	Compartir
1. Fact FH-2565227	01/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
10. Fact FH-2504055	01/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
100. Fact FH-2530420	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
101. Fact FH-2531780	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
102. Fact RF-547999	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
103. Fact FH-2553936	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
104. Fact FH-2557623	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
105. Fact FH-2558238	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
106. Fact FH-2558799	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido
107. Fact FH-2559255	02/12/2020	Oscar Daniel Morales ...	1 elemento	Compartido

En cada sub-carpeta, se encuentran cargadas las respectivas facturas, acompañada de la descripción de los servicios prestados, de una proforma de información de la atención, que contiene la identificación del paciente (nombre, cedula de ciudadanía, fecha de nacimiento), y la epicrisis.

A su turno, el archivo denominado “*hptu vc medidas cuaderno_1pdf*”, contiene el poder especial, certificado de

la factura electrónica); discriminándose en cada el servicio prestado, la cantidad el valor unitario y total, tiene la firma del creador, y tiene un sello de haber sido presentada.

Aunado a lo anterior, como lo exige la ley para el cobro de este tipo de obligaciones, a más de las “*facturas por prestación de servicios*”, se debe acompañar en razón a los servicios efectivamente prestados (*art. 2° de la ley 1231 del 2008*), los documentos que soportan la reclamación, esto es, la epicrisis o resumen clínico, más la historia clínica con los datos del paciente, exámenes clínicos, orden o fórmula médica y demás anexos requeridos por la normatividad citada, documentales que huelga decir, fueron allegados por el actor en el archivo de “*soporte facturas*”.

Así las cosas, se equivocó el juez primer grado al negar la orden de pago, como quiera que, las facturas corresponden a la prestación de servicios médicos por parte del hospital demandante a los afiliados de la entidad prestadora de servicios de salud demandada, luego entonces, al examinar el expediente digital, debió percatarse que en demanda se encontraba un link al cual se podía acceder a los documentos allegados como base de la ejecución junto a los soportes que exigidos por la Ley, para constatar que se trataba de un título ejecutivo complejo.

Instrumentos cambiarios que además se rigen por **normas especiales** del Sistema General de Seguridad Social en Salud, por tanto, las mismas deben reunir los requisitos establecidos en la Ley 1122 de 2007, Decreto 4747 de 2007, Resolución 3047 de 2008 y la Ley 1438 de 2011, y no los enunciados en el auto censurado, como si se tratara de una factura electrónica (*Decretos 1074 de 2015, 1625 de 2016, Estatuto Tributario*) contemplada en la norma mercantil, pues se reitera, son “*facturas por servicios médicos prestados*”.

Ahora bien, si la dificultad radicaba en la imposibilidad para acceder al enlace para descargar dichas documentales y así poderlas examinar, debió inadmitirla para que el ejecutante lo remitiera de nuevo; en lugar, de negar el mandamiento de pago aduciendo que se trata de títulos valores, o de exigir de manera caprichosa el cumplimiento de los requisitos establecidos en la **Resolución** No. 000042 de 5 de mayo de 2020 que regula la facturación electrónica, cuando en realidad se trata de un título complejo, precisando en este punto, que la mencionada es una *resolución*, y no un “*decreto*”, como erróneamente lo citó en el auto apelado.

Por último, en lo que atañe a la ausencia del “*acuse de recibo*”, al tratarse de “*facturas por servicios médicos*”, la presentación de éstas ante la entidad obligada, se surte por medio del portal web, a través del aplicativo de Medimás dispuesto para tal fin, surtido dicho trámite, la entidad expide la constancia denominada “*cargue*”, en el cual se discrimina, cada una de las facturas que fueron radicadas, para su pago, por “*su número, fecha, valor y radicado*”, para surtir la auditoria por parte de la EPS, quien cuenta con un término de veinte (20) días, para comunicar la existencia alguna casual de glosa o devolución (*anexo técnico No. 5 de la Resolución 3047 de 2008*), en caso contrario, opera el fenómeno de la aceptación tácita de éstas.

medimós

Página 1 de 2

402

Fecha 14/08/2020 15:11:00

Señores 890901826 HOSPITAL PABLO TOBON URIBE

Cargue 544502

Se anexa listado de observaciones de los archivos RIPS

1. INFORMACION

Tipo: Sin Errores

- Archivo: Todos

Registro	Columna	Factura	Valor	Observacion
0	0			Sin error de estructura de datos.

Reg.: 1

RIPS SI RADICADOS								
Factura	Fec Fac	Valor Neto	Cargada	Red	Radicado	Fec Radic	Estado	Cantidad Rips
FH1539328	2018-05-20	78.972,496.00	SI	No	2019507	2020-08-14	Radicado	386
FH1551865	2018-06-01	133.821,083.00	SI	No	2019508	2020-08-14	Radicado	426
FH1637887	2018-12-06	136.136,214.00	SI	No	2019509	2020-08-14	Radicado	635

Así las cosas, es claro que no le asiste la razón al juez de conocimiento, al negar la orden de pago, de una parte porque aplicó una normatividad que no es la que regula las “*facturas por servicios médicos prestados*”, y de otra parte, vistos los documentos aportados no aparece de manera evidente la carencia de los presupuestos fácticos que permitan derivar esa consecuencia; por lo que se revocará el auto censurado para que, en su lugar, se revise la demanda, así como las facturas presentadas, y adopte la decisión pertinente.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior De Bogotá, D.C.**

IV. DECISIÓN

Primero: Revocar el auto de 9 de febrero de 2019, proferido por el Juez 14 Civil del Circuito de Bogotá, para que en su lugar, se tome la decisión que corresponda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

Segundo: Sin lugar a condena por costas, dada la prosperidad del recurso.

Tercero: Disponer la devolución del expediente al lugar de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veinte de agosto de dos mil veintiuno

Mediante auto del pasado tres de agosto se tuvo por extemporáneo el descorrimento del traslado efectuado por la parte demandada frente al recurso de apelación de su contraparte, pues el memorial correspondiente se radicó por fuera del término legalmente previsto para tal efecto, advirtiéndose que la fijación en lista “carece de cualquier efecto en lo que atañe a este específico trámite”. En resumen, la Sala unitaria puso de presente que, al haberse acreditado la remisión de la censura al correo electrónico del apoderado del accionado, la liquidación del plazo con que contaba este para pronunciarse se rige por el artículo 9 del Decreto 806 de 2020.

En desacuerdo con la decisión, el convocado formuló reposición con sustento en que el trámite de la apelación de sentencias –en su criterio– “tiene claramente establecido” que “si se sustenta, entonces, [hay] traslado secretarial a la contraparte por 5 días, según el artículo 14 del evocado decreto, segmento que “no trae la disposición de que igualmente deberá observarse lo dispuesto por el párrafo de que trata el artículo 9” de aquel plexo. A su parecer “el legislador decidió mantener como traslado obligatorio por secretaría el de la sustentación de la apelación” y, además “si de manera errónea se fija un recurso en lista induce a la parte en error”, al paso que el Tribunal debió “decretar la nulidad o la ilegalidad de la fijación en lista”, pero no que ese defecto lo asuma la parte. Remató indicando que la corporación “está...modificando tácitamente el procedimiento establecido para la sustentación y trámite del recurso de apelación”, siendo lo obligatorio aplicar el citado artículo 14 “de una manera literal y exegética”, al tratarse de una norma de orden público y obligatorio acatamiento.

Para resolver la censura, tempranamente se advierte que no existe desatención alguna por parte de esta corporación frente a las normas de procedimiento aplicables al juicio y, por el contrario, la determinación cuestionada tiene pleno respaldo en las pautas definidas por el legislador extraordinario para el rito de la alzada, por las siguientes razones:

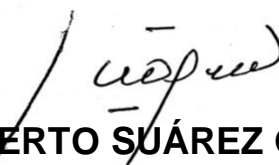
1. No hay duda alguna de que el artículo 14 del Decreto 806 señala que “de la sustentación [de la apelación] se correrá traslado a la parte contraria por el término de cinco (5) días”, el que, por regla general, se ejecuta a través de fijación en lista secretarial (artículo 108, C.G.P.). Sin embargo, en el mismo plexo normativo, el párrafo del artículo 9 –también de orden público y de obligatorio cumplimiento– estatuye que “cuando una parte acredite haber enviado un escrito del cual deba correrse traslado a los demás sujetos procesales, mediante la remisión de la copia por un canal digital, se prescindirá del traslado por secretaria...” (subrayado intencional).

2. Los apartes extractados no encarnan contradicción alguna o “paradoja” –como arguye el recurrente–, ni una excepción particular en torno a la apelación de sentencias, porque como la regla 14 ordena “correr traslado a la parte contraria” de la alzada, a la misma le es exactamente aplicable la directriz plasmada en el artículo 9, en tanto el apelante acreditó el envío a su contradictor de “un escrito del cual deb[e] correrse traslado”. Conclusión en contrario, esto es, que por el hecho de reglamentarse la apelación en un artículo distinto al 9 y no se haga alusión al fragmento comentado ello impide su implementación, conllevaría a la pérdida de cualquier efecto de ese lineamiento –en detrimento de su propósito de aligerar la tramitación de los asuntos judiciales– fundamentalmente porque tal exigencia del censor habría requerido que se modificaran todos los artículos en la legislación procesal en los cuales se mencione la necesidad de surtir un traslado. Por demás, no puede perderse de vista que la ley debe interpretarse de manera sistemática y no aislada o inarticuladamente, como se refleja en la postura defendida en la reposición.

3. Finalmente, no es factible colegir que el agotamiento de la fijación en lista –al margen de que la secretaría debió prescindir de ella, ya que en el correo de la sustentación consta que se le remitió al demandado– sea idóneo para gestar error alguno en el convocado, primordialmente porque en ese acto y mucho menos en disposición emanada por el despacho, se expresó que la fijación tuviera como efecto el reinicio del conteo del término que ya había comenzado a transcurrir, ante el demostrado cumplimiento del acto de publicidad establecido en el párrafo del citado artículo 9 del Decreto 806.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., en Sala Unitaria, **NO REPONE** el proveído impugnado.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veinte de agosto de dos mil veintiuno

En atención a las actuaciones que anteceden,

SE DISPONE:

1.- Rechazar de plano el “incidente de liquidación de condena” dirigido a que se extienda el monto reconocido hasta la fecha de la providencia que puso fin a la instancia dado que dicho instrumento conforme lo expuesto en el artículo 283 del Código General del Proceso se autorizó para los eventos en los que se emite condena en abstracto, lo que no ocurrió en el caso bajo análisis al disponerse en la sentencia de segunda instancia adiada diecinueve de noviembre de dos mil dieciocho “[...] 1. REVOCAR la sentencia impugnada. 2. DECLARAR la existencia del contrato de adquisición de vehículos y prestación del servicio de transporte de crudo de fecha 9 de febrero de 2011 junto con sus adendas de fechas calendadas 2 de noviembre de 2013 y 23 de octubre de 2014 [...] En consecuencia, se condena a la sociedad demandada a pagar dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta providencia la cantidad de cuatro mil millones de pesos, más intereses moratorios comerciales a partir del 1 de julio de 2017 [...]”, de suerte que, su liquidación deberá efectuarse en el momento del pago o su ejecución.

2.- Encontrándose agotada la competencia de la Corporación que la ley le otorga en el rito propio del recurso de apelación, se ordena que por secretaría se remitan las presentes diligencias al Juzgado Diecinueve Civil del Circuito de esta urbe para que ese despacho continúe con el trámite correspondiente y resuelva sobre la petición

elevada con posterioridad al proferimiento de la decisión de segundo grado relacionada con el cobro de la caución judicial.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

Exp. 019-2017-000163-01

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

Magistrada Sustanciadora

MARÍA PATRICIA CRUZ MIRANDA

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

Asunto: Proceso Divisorio (Incidente de Retracto) de la señora Sol Geraldine Flórez Farfán contra César Augusto Pacheco Ramírez.

Rad. 20 2015 01294 02

Se resuelve el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra el auto que profirió el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá el 27 de octubre de 2020, mediante el cual se desestimó el incidente de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Con apoyo en el artículo 1971 del Código Civil, la citada parte promovió incidente de retracto con fundamento en que luego de proferir sentencia el 27 de mayo de 2016, donde se decretó la venta en pública subasta del inmueble objeto de división y se reconoció en su favor las mejoras realizadas, la demandante cedió los derechos litigiosos a la señora Carolina Andrea Bernate Gutiérrez por valor de \$260 millones, aceptado por el despacho el 12 de agosto de 2016; que al resolver el recurso de apelación interpuesto contra el fallo de primera instancia, el Tribunal Superior en providencia de 9 de diciembre de 2016 *“modificó el numeral 3 de la sentencia del aquo, aclarando que la demandante solo debía pagar el 50% de las mejoras reconocidas”*.

Con fundamento en lo anterior pidió que se reconozca en favor suyo el “DERECHO DE RETRACTO” y, en consecuencia, se ordene que al momento de “distribuirse entre las partes el producto de la venta, se pague a la cesionaria, Carolina Andrea Bernate Gutiérrez, únicamente el valor de lo que a ella le costó la cesión del derecho, es decir,... (\$260.000.000) junto con sus intereses...” y, que del “valor que le corresponda a la cesionaria hoy demandante,... se deduzca la suma ordenada por el aquem...”.

2. Mediante el auto impugnado la jueza de conocimiento desestimó el anterior incidente, tras estimar que se promovió cuando feneció el término de nueve días dispuesto en el artículo 1972 del Código Civil, pues tuvo lugar el 4 de marzo de 2020 y, la primera fecha en que se programó la diligencia de remate acaeció el 29 de octubre de 2019.

3. Inconforme, el incidentante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación y para ello aseguró que si bien existió una primera fecha en que se programó la almoneda, ésta no tuvo lugar, por ende, se debe impartir el trámite que corresponde al incidente de retracto teniendo en cuenta la fecha en que por segunda vez se agendó el remate, pues “en el entendido en que si existen varias decisiones por medio de las cuales se ordenen(sic.) ejecutar o cumplir una sentencia, en ese estado del proceso, es cuando efectivamente se puede formular el incidente de derecho de retracto...” por consiguiente, el incidente se promovió oportunamente, si se tiene en cuenta que mediante auto de 24 de febrero de 2021 se fijó fecha para remate por segunda vez y el mismo se promovió a los 6 días de tal decisión.

II. CONSIDERACIONES

1. Para resolver, es preciso recordar que el beneficio de retracto, conforme al artículo 1971 Código Civil está conferido **al deudor**, quien no será obligado a pagar al cesionario sino el valor de lo que éste haya dado por el derecho cedido; empero, conforme al artículo 1969 de la misma codificación: “Se cede un derecho litigioso cuando el objeto directo de la cesión es el evento incierto de la litis (...)”, lo que implica que lo que se discute en proceso donde se efectúa la cesión del derecho litigioso, a más de ser incierto, debe ser entre un acreedor y un deudor.

Al efecto, en vista de que a través del proceso divisorio cualquier comunero puede pedir la división de la cosa común o su venta para que se

distribuya el producto entre ellos, como así lo previene el artículo 406 del Código General del Proceso, no se puede afirmar con validez que en este tipo de asuntos esté en discusión derechos inciertos, puesto que cada comunero sabe de antemano cuál es el derecho o proporción que tiene sobre la cosa o bien común, con independencia del valor que le otorgue el avalúo, o la discusión que pueda existir por las deudas de la comunidad o las mejoras y/o los frutos.

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C- 791-06, resaltó que: *“En el proceso divisorio de venta de la cosa común, el o los comuneros demandantes buscan no permanecer en estado de indivisión a través de la venta del bien -a lo que no podrán oponerse los demandados-, pretensión que quedaría satisfecha cuando se logra tal cometido bien porque los demás comuneros accedan a la propiedad de la cuota parte de aquellos y paguen el valor correspondiente, o bien porque finalmente el bien sea rematado con la opción en éste caso para cualquier comunero o un tercero de adquirir la propiedad del bien, existiendo una división posterior ad-valorem.”*

Y si la finalidad del proceso divisorio es terminar con la comunidad, bien se puede afirmar que en él no hay deudores ni acreedores en razón a que todos ostentan la calidad de comuneros, en principio, ninguno es deudor o acreedor del otro; por ello es que el artículo 2323 del C.C. previene que: *“El derecho de cada uno de los comuneros sobre la cosa común, es el mismo que el de los socios en el haber social”*; de ahí que resulte extraño la intervención de terceros, tanto en la comunidad como en su división, a menos que tengan embargados los bienes que pertenezcan a ella.

Por lo anterior, es que no puede el comunero demandado abrogarse la calidad de deudor para invocar en su favor el beneficio del retracto, frente a una cesión de derecho litigioso, donde la demandante quien cedió su derecho, no por ello dejó de ser comunera, puesto que para tal evento le correspondía transferir a través de escritura pública, el derecho que tiene sobre el inmueble.

Ahora, como acá no se discute si la aceptación de la cesión del derecho litigioso por parte del juzgado de conocimiento fue correcta o no baste decir, para los efectos que atañen a este auto, que no se dan las condiciones previstas en los artículos 1969 y 1971 del Código Civil, para que el demandado pueda ejercer el derecho de retracto, conforme a las consideraciones efectuadas y, en esas condiciones, resultaría estéril la

discusión que se plantea con el recurso, referida a sí el incidente se promovió en tiempo o no.

2. Siendo ello así, fácil es colegir que el proveído impugnado se debe confirmar, empero, por razones diferentes a las que tuvo la jueza *a quo* para considerar, luego de tramitar el incidente, que debía rechazarlo de plano.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMAR el auto que profirió Juzgado Veinte Civil del Circuito de Bogotá el 27 de octubre de 2020, empero, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Sin condena en costas en esta instancia.

TERCERO. DEVOLVER las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE,


MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

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

Correo: des12ctsbta@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Radicación: (024) 2018 00479 01

Bogotá, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

REF.: PROCESO VERBAL DE VERGARA DE VERGARA & CÍA. LTDA. ASESORES DE SEGUROS CONTRA COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A. COMCEL S.A.

Procede el Despacho a resolver sobre la concesión del recurso de casación interpuesto en oportunidad por el apoderado judicial del demandante contra la sentencia de 27 de julio de 2021, proferida en esta instancia dentro del proceso ordinario de la referencia.

1. En el caso de autos, el recurrente se encuentra legitimado para interponer el recurso, toda vez que lo decidido en esta instancia fue desfavorable a sus intereses, dado resolvió: “**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral sexto de la sentencia de 19 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Civil del Circuito de Bogotá, que para una mejor comprensión quedará así:

“**Primero:** declarar que, entre Vergara, de Vergara y compañía LTDA y Celcaribe S.A. o de comunicación celular S.A. existió un contrato innominado compuesto por los contratos de distribución de voz de 10 de mayo de 2003, el contrato de distribución de datos y el contrato de distribución de BlackBerry de 27 de octubre de 2006, estos dos últimos, así como los otros y circulares emitidas por Celcaribe S.A. o de comunicación de celular S.A.

“**Segundo:** declarar que el contrato atrás referenciado no era de agencia mercantil y que el mismo término por mutuo disenso expreso el 2 de marzo de 2018.

Tercero: declarar que Vergara, de Vergara y compañía Ltda. y Celcaribe S.A. o Comcel S.A. mediante actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas y contratos, suscritos el 31 de mayo 2005 y entre el 17 de marzo de 2015 transigieron la totalidad de sus diferencias frente a las cuentas anuales relativas a las prestaciones comisiones y/o bonificaciones que se encuentran expresamente pactados en los contratos voz, datos y Blackberry, específicamente sus anexos A, clausula 32 y anexo A.

Cuarto: por lo anterior, que todas las diferencias relativas a prestaciones, comisiones y o bonificaciones expresamente pactadas en los documentos referenciados en los ordinarios anteriores y causadas con fecha anterior a 30 de junio de 2014, quedaron transados y con efectos de cosa juzgada entre las partes.

Quinto: en consecuencia, con lo anterior se niega la totalidad de las pretensiones de la demanda de Vergara de Vergara y compañía Ltda. Por no haberse probado los elementos axiológicos de las mismas.

Sexto: declarar parcialmente probada la excepción denominada “cláusula penal enorme y prohibición de usura” e infundadas las demás excepciones de mérito en la demanda de reconvenición, en consecuencia, condenar a Vergara de Vergara y Cía. Ltda. a pagar a Comcel S.A. en un término de tres (3) meses la suma de \$224.474.443 junto con la indexación a partir de la fecha de terminación del contrato (2 de marzo de 2018).

Séptimo: sin condena en costas en costas para las partes es atención a la forma como se resumió el proceso.

Octavo: declarar terminado el presente proceso”.

2. Según el artículo 338 del Código General del Proceso, para casos como el presente en que la pretensión es esencialmente económica, el recurso procede cuando el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente es superior a un mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (1.000).

3. Ahora bien, para determinar el monto del interés el juez debe limitarse a los elementos probatorios que se hallan en el proceso¹, por tanto, a ello se procederá como sigue.

¹ Dispone el artículo 339 del Código General del Proceso: “cuando para la procedencia del recurso sea necesario fijar el interés económico afectado con la sentencia, **su cuantía deberá establecerse con los elementos de juicio que obren en el expediente**. Con todo, el recurrente podrá aportar un dictamen pericial si lo considera necesario, y el magistrado decidirá de plano sobre la concesión”.

La resolución desfavorable o agravio que el fallo ocasiona al recurrente, como lo ha dicho la jurisprudencia, esta supedita a la tasación o ponderación económica de la *“relación jurídica sustancial concedida o negada en la sentencia; vale decir, a la cuantía de la afectación o desventaja patrimonial que sufre el recurrente con la resolución que le resulta desfavorable, evaluación que debe hacerse para el día del fallo”* (subrayado fuera del texto)².

En el sub-judice, la sociedad Vergara de Vergara & Cía. Ltda., mediante apoderado judicial, instauró demanda contra Comcel S.A., con el propósito de obtener mediante sentencia que se declare, en compendio:

a) *Que la relación jurídica ajustada entre las partes entre el 10 de mayo de 2003 al 2 de marzo de 2018 para la promoción y venta de servicios de telefonía móvil celular fue de agencia comercial, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar **\$1.659.899.298.00** por la prestación mercantil del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio más intereses moratorios e indexación.*

b) *Que las cláusulas 4, 5.1, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 17.5, 30 inciso 2 y 3, Anexo A numeral 6, Anexo C numeral 5, Anexo F numeral 4°, inciso 2° cláusula 30 y Anexo F del contrato y anexos son inoperantes, ineficaces o nulas por abusivas e impuestas por la demandada en posición de dominio contractual.*

c) *Que la demandada incumplió el contrato por cuanto en forma unilateral redujo, no indexó, eliminó, modificó, no liquidó o no pagó comisiones y descuentos pactados, en consecuencia, condenarla al pago de las sumas dejadas de recibir debidamente indexadas, con intereses moratorios a la tasa máxima legal, en subsidio, declarar que la demandada abusó de sus derechos y de su posición de dominio contractual.*

d) *Que el contrato terminó el 2 de marzo de 2018 por justa causa imputable a la demandada, en consecuencia, condenarla al pago de la indemnización del inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio (\$289.288.292), junto con los intereses moratorios e indexación; y que ejerció en forma válida el derecho de retención sobre dineros la convocada.*

² CSJ AC, 5 sep. 2013, Rad. 00288-00, reiterado en AC1433-2017.

Así las cosas, se advierte que lo reclamado en demanda por el demandante es **\$1.659.899.298.oo**, suma que será tenida en cuenta para establecer el interés para recurrir, luego entonces se tiene que el valor actual de la resolución desfavorable a la demandante supera la cantidad que actualmente se exige para conceder el recurso de casación, que asciende a la suma de \$908.526.000.oo.

Finalmente, por ser procedente en los términos del inciso 4° del art. 341 del CGP lo solicitado por el apoderado de la demandante, se ordenará que preste caución para suspender el cumplimiento de la sentencia por la suma de \$500.000.000.oo la que deberá prestar dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta providencia.

4.- En este orden de ideas, por reunir los requisitos legales, se accederá a la concesión del recurso extraordinario de casación

DECISION

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. Sala Civil,**

RESUELVE:

Primero: Conceder el recurso extraordinario de casación interpuesto por el demandante Vergara de Vergara & Cía. Ltda contra la sentencia del 27 de julio de 2021, proferida en este asunto.

Segundo: Ordenar la expedición de copia íntegra y auténtica del expediente para el cumplimiento del mandato ejecutable contenido en la sentencia atacada. Para ese efecto, el recurrente deberá suministrar las expensas respectivas

dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, so pena de que se declare desierto el recurso.

Tercero: Ordenar a la parte impugnante que previo al decretó de suspensión del cumplimiento de lo dispuesto en la providencia impugnada, so pena de que se ejecuten el mandato de la sentencia recurrida, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de este auto por estado, constituya caución otorgada por compañía de seguros, por un monto equivalente a \$500'000.000.00, a fin de garantizar el pago de perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria.

Cuarto: Advertir que si el recurrente no presta la caución en el término indicado, o esta es insuficiente, se ejecutará la sentencia, con las copias ordenadas en el ordinal tercero de la parte resolutive de esta providencia. De igual forma, si no se suministra lo necesario para la expedición de las copias en el término dispuesto, el recurso de casación se declarará desierto

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

Magistrada

Firmado Por:

Martha Patricia Guzman Alvarez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 012 Civil

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

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

Código de verificación:

**55e594cc2933e4df525f0d95e04c6ae9a04a3487b1a18eb3
13e324758e427b53**

Documento generado en 20/08/2021 05:22:43 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veinte de agosto de dos mil veintiuno.

Proceso: Ordinario
Demandante: Andrea Nohelia Fonseca Becerra y Otros
Demandado: Colegio Gimnasio Los Montes y otros
Radicación: 110013103028201000723 01
Procedencia: Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá
Asunto: Apelación sentencia

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

1. CONFERIR TRASLADO a la parte apelante por el término de cinco (5) días para que sustente su recurso, los cuales comenzaran a contabilizarse desde la notificación de esta determinación, vencidos los cuales la no recurrente podrá pronunciarse al respecto en un plazo igual. Se recuerda que la sustentación consistirá en el desarrollo de los reparos planteados al propiciar el recurso, cualquier aspecto adicional que se incluya no será considerado (artículos 320, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012).

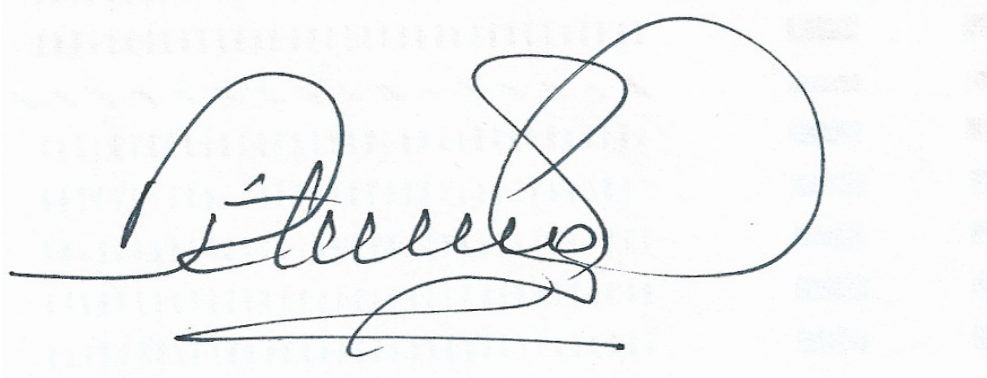
Los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 de la ley 1564 de 2012, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

Las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del

Secretario Judicial de esta Corporación
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias inmediatamente al despacho con informe pormenorizado de Secretaría.

Notifíquese y cúmplase,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ruth Elena Galvis Vergara', is written over a faint, circular official stamp. The signature is fluid and cursive.

RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **97f064f0532b59339503aa6fa3967ca15444fe762bafb18f7d67759c7fd021**

Documento generado en 20/08/2021 10:22:14 a. m.

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

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

Radicación: (031) 2019-00434-01

**Bogotá, veinte (20) de agosto de dos mil veintiuno
(2021)**

**Ref.: PROCESO EJECUTIVO DE IMPAK AL
TÉCNICOS LTDA CONTRA PROYECTOS MONTAJES Y
CONSTRUCCIONES SA – PROMOCON SA.**

I. ASUNTO

Corresponde al Tribunal decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto de 23 de febrero de 2021, proferido por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, que resolvió negar el mandamiento de pago.

II. ANTECEDENTES

En proveído de 23 de febrero de los corrientes, se negó libar la orden de pago, porque las facturas Nos. 1787, 1795, 1826, 1869 tienen la mención de ser copia, y la No. 1857 se allegó en copia fotostática. Razón por la cual no reúne los requisitos de art. 422 del C.G.P., teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 722 del C. de Co., solo los originales de dichos documentos tienen el carácter de título valor.

Inconforme con lo decidido, el demandante formuló los recursos de reposición y en subsidio de apelación, el 22 de junio de 2021, se negó el primero y concedió el segundo del cual se ocupa actualmente el despacho.

III. CONSIDERACIONES

Los títulos valores se definen como bienes mercantiles al tenor del artículo 619 del Código de Comercio. Son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que allí se incorpora y por ello habilitan al tenedor, conforme a la ley de circulación del respectivo instrumento, para perseguir su cobro compulsivo a través de la acción cambiaria, sin ser oponible, para los endosatarios, el negocio causal origen del mismo.

El canon 625 del mismo estatuto consagra que *“toda obligación cambiaria deriva su eficacia de una firma puesta en un título valor y de su entrega con la intención de hacerlo negociable conforme a la ley de su circulación”*.

Dispone el artículo 772 del Código de Comercio, que la factura es un título que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio. En el inciso tercero establece que *“El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura, para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado, será el título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor, vendedor o prestador del servicio, una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor para efectos contables”*.

Estima el apelante que, no se podía negar el mandamiento de pago, por el contrario, lo procedente es

seguir con la ejecución contra los demandados, porque la sociedad demandada incumplió los términos de la transacción celebrada el 29 de mayo de 2019, y por tanto, se librar el mandamiento de pago, por la totalidad de las pretensiones plasmadas en la demanda. Agregó que el término para proferir sentencia se encuentra vencido, motivo por el cual perdió la competencia para conocer del asunto.

En el caso en estudio, revisado el expediente se observa que el ejecutante presentó como documentos base de la ejecución las facturas Nos. 1787, 1795, 1826, 1827, 1857 y 1869 (fl. 7-11 c.1), en la demanda manifestó que los documentos Nos. **1795** y **1826** estaban canceladas en su totalidad, informó los pagos que había recibido de la empresa obligada respecto de los demás títulos; y en las pretensiones pidió el pago del saldo insoluto del documento No. 1787; y el capital de las Nos. 1827, 1857 y 1869, junto a los intereses bancarios moratorios a la tasa máxima permitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, desde que se hizo exigible cada una de ellas (fl. 3-4 c.1).

En auto de 23 de junio de 2020 el juez de conocimiento negó la orden de pago aduciendo que *“las facturas Nos. 1787, 1795, 1826, 1827, y 1869 tienen la mención de ser copia, y la 1857 fue aportadas en copia fotostática, razón por la cual no reúne los requisitos del art. 422 del C.G.P., teniendo en cuenta que conforme lo dispone el art. 722 del C. de Co., solo los originales de dichos documentos tienen el carácter de título valor”*.

Revisadas las facturas aportadas como base de la ejecución, se observan que se expidieron por el prestador del servicio Impak AL Técnicos Ltda, en la que figura como comprador Promocon SA, las que tienen *“el número de la factura de venta, fecha de emisión y vencimiento, cantidad, detalle, valor unitario y total”*, la firma del creador, además se

encuentran con el sello, firma y la fecha de aceptación del obligado, comprador o aceptante, precisando que los documentos No. 1787, 1827 y 1869 tiene la mención de ser “copia” y la No.1857 en original.

En ese orden se advierte que el Juez de instancia se equivocó al negar la orden de pago, tras argumentar que las facturas fueron allegadas en copias, de una parte porque las Nos. **1795** y **1826**, no se están ejecutando, y de otra parte, los instrumentos restantes, al revisarlas cuidadosamente se puede observar que las mismas a pesar que en el formato preimpreso dice “copia”, tienen la **firma original del beneficiario y del obligado**, aunado al hecho que contiene el sello y fecha de recibido por parte de Promocon SA, lo que le da la condición de originalidad al documento cambiario, y por ende tiene la calidad de título valor en los términos del inciso 3° del artículo 772 del Código de Comercio, modificado por el artículo 11 de la Ley 1231 de 2008 solo tiene el carácter de título valor para todos los efectos legales, “*el original firmado por el emisor y el obligado*”

Reemplaza a Factura N° 1862			
IVA sobre Utilidad			
SON: CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS VEINTE UN MIL CUATROCIENTOS ONCE PESOS M/CTE.		SUBTOTAL \$ \$ 51.069,440	
		IVA \$ \$ 351,971	
Firma autorizada		RETEFUENTE \$	
Firma y sello del cliente		TOTAL \$ \$ 52.221,411	
<small>CONDICIONES: 1. La mora en el pago de esta factura ocasiona el interés bancario corriente dispuesto para efectos mercantiles y el costo por la vía legal pertinente. 2. Tres días después de recibida la mercancía, no se aceptan reclamos ni devoluciones. 3. Se hace constar que las mercancías descritas fueron recibidas y oportunamente entregadas. 4. La presente factura cambiaria de cumplimiento se asienta en todos sus efectos legales a la letra de cambio, según artículo 774 del Código de Comercio.</small>			
<small>Calle 6a No.818 - 22 Bogotá D.C., Carrera 3 Este No.18-39 - Porvenir Centro, Mosquera - Tel: 827 69 27 Telefax: 827 99 38 - Cel: 300 211 48 04 - 320 303 44 03 - E-mail: inpak_al_tecnicos Ltda@yahoo.es inpak Ltda@hotmail.com, inpak Ltda@gmail.com</small>			

Ante este panorama, no se puede descalificar los títulos suscritos directamente por el deudor con el argumento que aparece la mención de ser copia, pues se reitera, las mismas tiene la rúbrica del obligado, que da cuenta de la recepción de la factura, y como no se evidencia la devolución de la misma, o si no se reclama en contra de su contenido, se entiende que se encuentra aceptadas.

Respecto a la pérdida de competencia del art. 121 del C.G.P., se advierte que este término aún no ha comenzado a correr, como quiera que el Juez de primer grado aún no ha dictado la orden de pago, para contabilizar dicho plazo como lo establece el inciso 6° del art. 90 Ibidem, ni mucho menos se ha trabado la litis procesal.

En consecuencia, se revocará el auto de 23 de febrero de 2021 mediante el cual negó el mandamiento de pago solicitado, y en su lugar se ordenará al *a quo* que proceda a tomar la decisión que en derecho corresponda una vez, una vez efectúe de nuevo el examen de la demanda, y de los documentos aportados como base de la acción.

Por lo expuesto, el **Tribunal Superior De Bogotá, D.C.**

V. DECISION

Primero: Revocar el auto de 23 de febrero de 2021, proferido por el Juez 31 Civil del Circuito de Bogotá, y en su lugar, deberá **Efectuar** de nuevo el examen de la demanda, sus anexos, en aras de determinar la obligación por la cual se debe dictar la orden de pago.

Segundo: Sin condena por costas dada la prosperidad del recurso.

Tercero: Ordenar la devolución del expediente digital al Juzgado de origen.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ
Magistrada

Firmado Por:

Martha Patricia Guzman Alvarez
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 012 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

abb47c3abd905cdd9e41756f949501f1c9d199f45e6ee
6274fc65fdad7de6ee1

Documento generado en 20/08/2021 05:22:46 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

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

Rdo. 033201200644 01

Se admite el recurso de apelación que la parte demandante interpuso contra la sentencia de 4 de agosto de 2021, proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

Oportunamente, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez

Magistrado

Sala 006 Civil

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

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

Código de verificación:

af59975ca37ef24cd6f8b2a5797fc3a6ae4b7ba571973e6e3be4281498a610ca

Documento generado en 20/08/2021 09:15:11 AM

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

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

Exp.: 033201200644 01

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., veinte de agosto de dos mil veintiuno.

Proceso: Verbal.
Demandante: Doris Magaly Pérez Pérez.
Demandados: Ricardo Alfonso Alarcón Murillo y Cristian
Ricardo Alarcón Buitrago.
Radicación: 110013103037201900415 02.
Procedencia: Juzgado 37 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto: Apelación de sentencia.

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

1. CONFERIR TRASLADO a la parte apelante por el término de cinco (5) días para que sustente su recurso, los cuales comenzaran a contabilizarse desde la notificación de esta determinación, vencidos los cuales la no recurrente podrá pronunciarse al respecto en un plazo igual. Se recuerda que la sustentación consistirá en el desarrollo de los reparos planteados al propiciar el recurso, cualquier aspecto adicional que se incluya no será considerado (artículos 320, 327 y 328 de la ley 1564 de 2012).

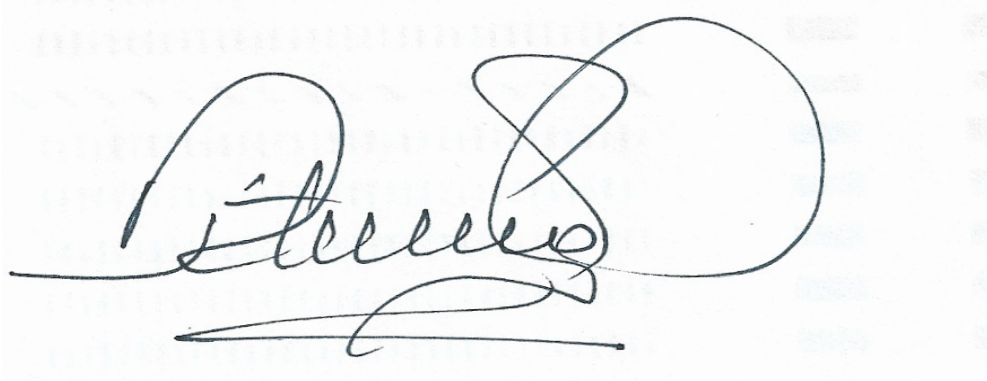
Los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 de la ley 1564 de 2012, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

Las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del

Secretario Judicial de esta Corporación
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Cumplido lo anterior, ingresen las presentes diligencias inmediatamente al despacho con informe pormenorizado de Secretaría.

Notifíquese y cúmplase,



RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara
Magistrada
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: 278cc06d037dd5f1cbf74588dc26be17589093f4243e37022da732634fce28b9

Documento generado en 20/08/2021 10:10:33 AM

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

Sala Civil

Ref: Proceso verbal No. 110013103005201600483 01

ACLARACIÓN CONJUNTA DE VOTO

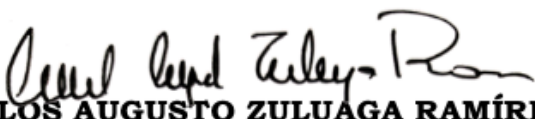
No hay que decir mucho sobre el valor procesal que tiene el debido emplazamiento en los procesos que se dirigen contra personas indeterminadas, o determinadas sin identificar como los herederos no conocidos del demandado, pues suficiente ha sido la jurisprudencia al respecto.

Enmendar un error de procedimiento que trasciende a terceros, determinados o no, por el efecto *erga omnes* que logra tener la sentencia que concede la prescripción no es de poca monta pues bajo ello está implícito el derecho fundamental al debido proceso.

Por tanto, aunque se comparte que el demandante no lograría su propósito en este puntual caso, no debería soslayarse lo que, por demás, está ocurriendo con cierta frecuencia en esta clase de actuaciones, dadas las equivocaciones en el uso de los aplicativos del Registro Nacional de Personas Emplazadas y Procesos de Pertenencia, que se encomiendan a empleados sin control por los jueces, conduciendo algunos litigios a estos vicios que no pueden menospreciarse. No se trata de repetir una actuación, que si no trascurrió como debía ser no tiene efecto, sino de hacerlo bien porque lo fue mal. Lo contrario sí puede ir en contra del derecho sustancial, tanto del que pretende como del que se defiende; si el proceso no se

adelantó correctamente, las partes vuelven a quedar expuestas a la incertidumbre, cualquiera sea su resultado.

No debe dejarse al vaivén de las contingencias procesales, y casi a conveniencia, el acatamiento de lo previsto en los artículos 108 y num. 7 del 375 del C.G.P. porque precisamente el albur del litigio puede conllevar a que una decisión que parece condenada al fracaso, -o de la que ya se sabe su resultado- termine por ser opuesta en otra instancia. En manos del juez está la correcta dirección del proceso y no por avizorar un resultado puede dejar de hacer su verdadero trabajo. Y no es una inversión en tiempo inútil si en cuenta se tiene que la enmendadura no comporta la invalidación de las pruebas practicadas (art. 138 C.G.P.), sino la inclusión en el registro público creado por el nuevo régimen general del proceso, oportunidad para que los que no fueron enterados, y que por esa causa no podían alegar la irregularidad, puedan comparecer a representar sus intereses que crea tener sobre el inmueble.


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
Magistrado
(con aclaración de voto)


RICARDO AGOSTA BUITRAGO
Magistrado