

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso N.º 110013199003201801214 **02**
Clase: VERBAL – PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
FINANCIERO
Demandante: MAQUILA INTERNACIONAL DE CONFECCIÓN
S.A. y NORA EUGENIA GÓMEZ GONZÁLEZ
Demandada: ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A., actuación a
la que fue llamada en garantía SBS SEGUROS
COLOMBIA S.A.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 33 de 7 de septiembre del año en curso.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo del recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia que el 22 de junio de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante la cual, en síntesis, la declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios ocasionados a Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González, y halló probada una de las exclusiones enarboladas por la llamada en garantía, SBS Seguros Colombia S.A.

ANTECEDENTES

1. En la demanda subsanada, y con soporte en el artículo 57 de la Ley 1480 de 2011, Maquila Internacional de Confección S.A. y Nora Eugenia Gómez González pidieron declarar que *por incumplimiento en las obligaciones contractuales y legales*, se obligue a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a devolverles la totalidad de los dineros que le entregaron, así: **(i)** \$670'164.072,00, suma que la primera dio por virtud del contrato de encargo fiduciario individual n.º 1100010256 de 12 de mayo de 2014, y **(ii)** \$424'127.252,00, capital erogado por la segunda con motivo del negocio

jurídico de encargo fiduciario individual n.º 1100010245 de 13 siguiente¹, cifras que pidieron indexar junto con sus “intereses legales”, desde que fueron depositadas a su opositora y hasta que se verifique su pago.

2. Para sustentar sus pretensiones, la parte demandante sostuvo que a través de los referidos contratos de encargo fiduciario se vincularon como **inversionistas** para la adquisición de los locales n.ºs 2-081 y 2-080, respectivamente, del proyecto inmobiliario denominado *Centro Comercial Marcas Mall Cali*, concebido para la construcción de 340 unidades de diverso formato, 139 oficinas, 1800 parqueaderos, áreas especiales corporativas, culturales de exposiciones y eventos, todo lo cual a desarrollarse en una *única etapa* en el lote identificado con el folio de matrícula n.º 370-695292 de la Oficina de Instrumentos Públicos de la capital del Valle del Cauca, según se determinó en el contrato de encargo fiduciario de preventas promotor MR-799 Marcas Mall suscrito mediante documento privado de 17 de diciembre de 2013 únicamente entre Urbo Colombia S.A.S.², como promotora, y la contraparte (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), en su calidad de fiduciaria, quien según la **cláusula tercera** del referido convenio, estableció ocho **condiciones** para la transferencia de los recursos de los inversionistas vinculados al proyecto.

Agregaron que [el 20 de enero de 2014] Urbo Colombia S.A.S. cedió su posición contractual a la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S.³ (*promotora-fideicomitente*) respecto del encargo fiduciario en comento (MR-799); los días 12 y 13 de mayo de 2014, los demandantes suscribieron con la promotora (Marcas Mall S.A.S.) y su aquí opositora (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 para que esta última tuviera la *guarda, administración, custodia y cuidado* de sus recursos, y **una vez se cumplieran los requisitos de transferencia**, sus dineros fueran trasladados a la “promotora” para adquirir los locales 2-080 y 2-081, sin que hasta la fecha se hayan suscrito las correspondientes escrituras de venta.

Agregaron que el 2[8] de marzo de 2014, tanto la aquí “accionada” como la “promotora” suscribieron el contrato de fiducia mercantil

¹ Negocios suscritos por Urbo Colombia S.A.S. (*promotor*), Sociedad Acción Fiduciaria S.A. (*fiduciaria*) y los acá demandantes (*inversionistas*).

² Persona jurídica respecto de la cual, junto a Urbanizar S.A., mediante autos de 26 de diciembre de 2018 y 28 de marzo de 2019, la primera instancia desestimó la excepción previa formulada por Acción Fiduciaria S.A. consistente en “no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios”.

³ Mediante documentos privados de 19 de octubre de 2016, de un lado, la sociedad Marcas Mall Cali S.A.S. cedió su posición contractual en el Fideicomiso FA-2351 Marcas Mall Cali a Urbanizar S.A., en un **70.4%**, y de otro, en el mismo porcentaje, hizo lo propio Proyectos y Construcciones San José Ltda. en cabeza de Urbanizar S.A., según la documental aportada por la demandada al replicar.

inmobiliaria fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali⁴.

Manifestaron que optaron por demandar tan solo a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por haber sido con quien suscribieron los encargos fiduciarios individuales y por ser quien recibió sus dineros, persona jurídica que, a su juicio, no podía trasladar los emolumentos al promotor, como lo hizo según consta en el **acta de verificación** de 4 de noviembre de 2014⁵, por no encontrarse satisfechas hasta ese momento las “condiciones de transferencia” y porque no se contaba con la *ratificación* de la parte demandante; de suerte que como el que *paga mal paga dos veces*, la accionada debe asumir el reclamado reintegro.

En lo medular, el incumplimiento contractual (del encargo original, sus otrosíes e individual en comentario) y legal, los actores lo hicieron consistir en que:

a) si bien se previó que el terreno en el que se haría el centro comercial Marcas Mall en Cali, debía estar en cabeza del fideicomiso administrado por la accionada, lo cierto es que para la fecha de la supuesta **acta de verificación** (4 de noviembre de 2014), la propiedad del inmueble en el que se desarrollaría ese proyecto **aún** se encontraba en cabeza de Laboratorios Baxter S.A.S., mas no de Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en calidad de vocera del patrimonio autónomo FA-2351, según la anotación n.º 11 del certificado de tradición n.º 370-695292;

b) para el 4 de noviembre de 2014, fecha del acta de verificación de requisitos, no se cumplió la condición según la cual debía celebrarse un total de contratos de “encargos fiduciarios individuales de preventa inversionista” equivalente al **52%**, porcentaje que no se alcanzó, pues de acuerdo con la respuesta de 14 de noviembre de 2014 que la accionada les remitió a través de su revisora fiscal, para ese momento las ventas ascendían a **\$92.827’383.075,00**, cuando en los encargos fiduciarios estaban proyectadas para la fase n.º 1 en **\$253.031’332.726,00** (es decir, menos del **37%**);

c) Tampoco se les informó lo atinente a la **supresión** (que, entre otras, tuvo lugar a través del otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 que suscribieron convocada y promotora⁶) de la condición 7ª del encargo MR-799, atinente a que para la transferencia de sus recursos, los encargos fiduciarios de los

⁴ Fideicomiso en el que se echa de menos la vinculación de las aquí demandantes.

⁵ Documento que dijeron conocer las demandantes hasta febrero de 2018, esto es, al momento de demandar.

⁶ Ver a folio 149 el anexo en el archivo en PDF de la demanda original.

inversionistas debían contar con saldos equivalentes al 15% del valor de las utilidades comprometidas en compraventa por los *inversionistas*.

Lo anterior, por cuanto para el 4 de noviembre de 2014, el valor de las unidades comprometidas en venta ascendía a \$92.827'383.075,00, por lo que el aludido porcentaje (15%) de los saldos no podía superar los \$13.924'107.461,00; empero, lo pagado por la demandada solo llegaba a \$24.345'893.031,00 y los saldos superaban los \$83.002'345.308,00.

d) Incumplió con verificar el requisito de la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor, toda vez que en la mencionada acta de 4 de noviembre de 2014 la demandada así lo aseguró, fecha para la cual no existía comunicación de la promotora, la que solo se obtuvo hasta el 14 siguiente, conforme lo acreditó su revisora fiscal, Adriana Aguilón.

Añadieron que el **28 de noviembre de 2016** las demandantes suscribieron **otrosíes** (n.º 47) *generales reglamentarios mediante maniobras, engaños y dolo* de su opositora, pues las sumas ya habían sido entregadas por la convocada –en silencio– a Marcas Mall Cali S.A.S. dos años atrás; que promotora y demandantes⁸ suscribieron las promesas de compraventa de los referidos locales; el extremo actor cumplió con sus obligaciones, entre ellas, la entrega de todos los recursos acordados; su contraparte y la “promotora” cambiaron las condiciones para la transferencia de los recursos al agregar “convenientemente” las expresión: **si es del caso**, sin habérselo informado a los inversionistas, lo que desconoce el artículo 97 del EOSF.

Por último, señalaron que su contradictora faltó a sus deberes contractuales de lealtad, buena fe, información, diligencia, profesionalidad, especialidad, previsión, protección de los bienes fideicomitidos, legales y aquellos consagrados en el EOSF, pues de lo contrario sus dineros les habrían sido devueltos.

3. Admitida la demanda por auto de 30 de agosto de 2018, la demandada, en esencia, señaló que:

a) solo fungió como **administradora** y vocera del encargo fiduciario MR-799 en la modalidad de preventa inmobiliaria (pues no medió transferencia de propiedad), mas no de un patrimonio autónomo; **b)** su responsabilidad iba hasta la verificación del punto de equilibrio y nada más; **c)** mediante otrosíes reglamentarios de 29 de noviembre de 2016,

⁷ Según el auto inadmisorio de 14 de agosto de 2018, esos negocios jurídicos fueron suscritos por Marcas Mall S.A.S. y Urbanizar S.A.

⁸ La demandada, Acción Fiduciaria S.A., no participó en esos contratos preparatorios.

desprovistos de engaño, se modificaron los planes de pago, lo que no cumplieron a cabalidad los actores, cuyo clausulado no califica como abusivo; **d)** si lo pretendido es alegar un vicio en el consentimiento por la suscripción de esas adiciones, debió pedirse la nulidad de los convenios signados; **e)** siempre informó a los actores de las modificaciones a través de boletines; **f)** los demandantes no tienen los recursos consignados en sus encargos fiduciarios, porque “fueron puestos a disposición del fideicomitente promotor” –sin precisar cuándo-, “de conformidad con lo pactado” en el contrato, para que éste ejecutara el proyecto, y **g)** si hubo un perjuicio para los demandantes, fue consecuencia de los actos emanados de la Promotora Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.

A su turno, excepcionó “transacción”, “cláusula compromisoria”⁹, “no es contractualmente responsable”, “inexistencia del daño”¹⁰ y de “nexo causal”¹¹, “error en la identificación del contrato celebrado”¹², “falta de legitimación en la causa por pasiva”¹³ y la “genérica”. Por último, objetó el juramento estimatorio¹⁴.

4. Con soporte en la póliza n.º 1000099 (amparo de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras), llamó en garantía a SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.)¹⁵.

4.1. La llamada en garantía coadyuvó las defensas presentadas por su llamante, se opuso a la demanda y excepcionó:

“Inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Fiduciaria”; “improcedencia de los pretendido en virtud de la existencia de una transacción”; “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de Acción Fiduciaria por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante”¹⁶; falta de

⁹ Fundada en que el pacto arbitral contenido en los contratos de promesa de venta de los locales en litigio, por estar **coligado** a los encargos fiduciarios individuales 1100010256 y 1100010245, debía este asunto conocerlo esa justicia transitoria.

¹⁰ Las 2 últimas defensas, porque no actuó con culpa, ni existe nexo causal, ni se generó un daño efectivo, real, directo y determinable, pues el dinero invertido por los actores se encuentra representado en la parte o alícuota que les corresponde del inmueble con matrícula n.º 370-695292 “**en el que se desarrollaría el proyecto**”.

¹¹ Soportada en que “**no tenía el deber de verificar el cumplimiento de**” los “**requisitos**” a que alude el extremo actor, cuando ello era del resorte de la promotora e interventor, aunado a que no existe nexo causal, al haberse dado inicio a la obra.

¹² Fincada en que existe una diferencia fundamental del encargo fiduciario frente a la fiducia mercantil, que radica en la transferencia de la propiedad de los bienes fideicomitidos dados a la segunda, la cual es inexistente para el primero. Que en este asunto, “el único vínculo contractual que existió entre la parte demandante y Acción Fiduciaria, fueron unos encargos fiduciarios, mas no un fideicomiso o patrimonio autónomo; es decir, que la propiedad de los recursos es del titular del encargo, Promotora Marcas Mall Cali S.A.S., sociedad constituyente, quien estableció las condiciones para el cumplimiento del punto de equilibrio y sólo ella las declara cumplidas como constituyente del encargo.

¹³ Porque debía ser Marcas Mall Cali la llamada a resistir las pretensiones de los actores.

¹⁴ Que se abstuvo de tramitar en proveído de 19 de julio de 2019.

¹⁵ Carpeta n.º 20.

¹⁶ Aguantada en que la parte demandante no cumple con la carga de demostrar la responsabilidad civil de su convocante, Acción Fiduciaria, conforme lo prevén los artículos 167 del CGP y 1604 del C.C., como

legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamado a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”¹⁷; “procedencia de la sentencia anticipada en cuanto se concreten los supuestos que dan lugar a su configuración” y la “genérica”.

4.2. Frente al llamamiento también se opuso y excepcionó: *“ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”¹⁸; “ausencia de cobertura de la póliza Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas consignadas en los numerales 3.7. y 3.14 de las condiciones generales del seguro”¹⁹; en subsidio, formuló las defensas que denominó: “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”²⁰, “agotamiento del valor asegurado”²¹, **“aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la [aludida] póliza y Sección de responsabilidad civil profesional”²² y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la Sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.***

5. La sentencia de primera instancia.

La autoridad jurisdiccional de primera instancia desestimó las defensas formuladas por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.; en consecuencia, la declaró civil y contractualmente responsable de los perjuicios causados a los demandantes; la condenó a pagar, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de esa decisión, la suma de \$874'242.477,00, a favor de Maquila Internacional de Confección S.A., y \$557'102.715 con destino a la señora Nora Eugenia Gómez González, so pena de causarse intereses de mora a la tasa que establece el artículo 884 del C. de Co.; se abstuvo de condenarla en costas y, por último, conminó a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. a acreditar el cumplimiento del fallo en un lapso de 8 días posteriores al término otorgado para sufragar las

tampoco probaron los alegados perjuicios, máxime cuando los recursos invertidos los recibió la promotora y/o alguno otro sujeto diferente por ella autorizado.

¹⁷ Fundada en que no está llamada a responder por acciones u omisiones de un tercero como Marcas Mall Cali S.A.S. en torno a la construcción del centro comercial.

¹⁸ La aludida defensa, porque conforme al artículo 1056 del C. de Co., debe haber un daño, incumplimiento contractual y legal, y un nexo causal, lo que aquí no se demostró.

¹⁹ Soportada en que según el numeral 3º de las condiciones generales de la póliza con fundamento en la cual ha sido llamada, excluyó su responsabilidad “en casos en los cuales se acredite que los reclamos provienen efectivamente de actos profesionales incorrectos de Acción Fiduciaria derivados de conductas delictivas, deshonestas, fraudulentas o maliciosas; o con violación de la ley por parte del asegurado, o ante un fraude que dé origen a los reclamos contra el asegurado por parte de sus clientes.

²⁰ Conforme a los artículos 1079, 1089 y 1111 del C. de Co., y lo pactado en la carátula de la póliza, existe un límite asegurado de \$15.000'000.000,00, suma a distribuir entre todos los asegurables que hayan reclamado durante la vigencia del contrato de seguro.

²¹ Para cuyo efecto pidió primero certificar el estado de la póliza y valores pagados.

²² Conforme al artículo 1103 del C. de Co., y lo acordado en el punto 4.14 del contrato de seguro, de haber una condena, deben deducirse \$150'000.000,00.

anteriores sumas, so pena de dar paso al trámite sancionatorio de que trata el numeral 11 del artículo 57 de la Ley 1480 de 2011.

En cuanto a la aseguradora, llamada en garantía, acogió sus medios exceptivos²³ para absolverla, en esencia, por ausencia de cobertura al ser aplicable una de las exclusiones previstas en las condiciones generales del contrato de seguro.

Para arribar a esas conclusiones, en síntesis, comenzó por señalar que la sociedad demandada era la llamada a resistir las pretensiones de su contraparte, porque de acuerdo con el negocio fiduciario objeto de estudio, asumió la responsabilidad de actuar con diligencia en la administración de sus recursos y, en consecuencia, “responde efectivamente para que... sean destinados al patrimonio autónomo que sirve como mecanismo de administración y pagos del proyecto inmobiliario”.

Luego de hallar impróspera la excepción perentoria de “cláusula compromisoria” por entenderla renunciada tácitamente, conforme lo regula el numeral 2º del artículo 100 del CGP, consideró que las obligaciones legales y contractuales a cargo de la fiduciaria demandada fueron desatendidas desde la etapa de preventas, al punto que debía “realizar procedimientos de control interno” para que, “entre otros aspectos del proyecto, pudiera determinar, evaluar y verificar que el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente no comprometiera la viabilidad del proyecto, que no se fuera a presentar desviación de los recursos recaudados y que se hubieren establecido en forma debida las condiciones técnicas y jurídicas para que el mismo llegara a término”²⁴, lo que no demostró.

También se pronunció en torno a la falta de verificación de las condiciones relativas al punto de equilibrio o de transferencia de recursos de los inversionistas, según lo acordado en el encargo fiduciario MR-799 y su otrosí n.º 3 de 15 de octubre de 2014 (vigente para cuando se levantó el acta de verificación de requisitos de 4 de noviembre de esa misma anualidad), pues, para el momento en que se giraron los dineros a la promotora, “no había soportes del cumplimiento de las condiciones enunciadas en los numerales 3) y 6) de la cláusula tercera” del cuestionado convenio, según las cuales debía primero acreditar y verificar la “Carta de aprobación o pre-aprobación del **crédito constructor** otorgado por una entidad financiera para el desarrollo del PROYECTO o para cada etapa del PROYECTO, si es del caso” y

²³ “ausencia de cobertura de la póliza sección iii de responsabilidad profesional no. 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A. en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial, las exclusiones consignadas en los numerales 3.7 y 3.14 de las condiciones generales del seguro” y “sujeción a los términos, límites y condiciones previstos en la sección iii de responsabilidad profesional de la póliza no.1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”.

²⁴ Fl. 19, derivado 113 del expediente virtual.

“Certificado de tradición actualizado del lote de terreno sobre el cual se desarrollará el **PROYECTO**, en donde conste que la **propiedad** del mismo está **en cabeza de un fideicomiso** administrado por ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.”²⁵.

Así, coligió que el “acta de cumplimiento [de 4 de noviembre de 2014] de condiciones tenía información falsa”, y que “esa conducta obedeció a un actuar **fraudulento** como así mismo lo confesara la representante legal de la parte demandada en su interrogatorio”²⁶, por lo cual la fiduciaria demandada no debió transferir los recursos aportados por los inversionistas, tanto más cuando era su deber legal verificar las condiciones para la viabilidad del proyecto, conforme a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, así como proteger los bienes fideicomitidos, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

Consecuente con lo anterior, la primera instancia declaró la responsabilidad contractual de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. y, por consiguiente, estimó que lo dable era ordenar, a título de indemnización, que se reintegraran los dineros entregados por los inversionistas, debidamente indexados, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, encontró demostrada la exclusión pactada en el contrato de seguro, en concreto la descrita en el literal b) de la cláusula 3.7 de las **condiciones generales de la póliza**, referida a los actos torticeros del entonces representante legal [Álvaro José Salazar] de su afianzada (Acción Sociedad Fiduciaria S.A.), aceptados por esta última, con fundamento en que los “*hechos reclamados fueron reconocidos por la entidad demandada- asegurada, por conducto de su representante legal, como **fraudulento**[s]*”²⁷.

6. Recurso de apelación.

La sociedad demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia antes mencionada y formuló por escrito sus **reparos concretos** que en esencia, están soportados en lo siguiente:

6.1. Sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las “facultades para fallar *ultra y extra petita*”, la “*decisión no estuvo centrada al vínculo contractual sino a aspectos internos de funcionamiento de la Fiduciaria*”, que no “*fueron objeto de discusión*”.

²⁵ Fl. 21, derivado 113 del expediente virtual.

²⁶ Fl. 23, derivado 113 del expediente virtual.

²⁷ Fl. 48, *ib.*

6.2. Inobservancia de la integración del litisconsorcio necesario, pues debió vincularse al “promotor [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del proyecto a sabiendas de que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado”²⁸.

6.3. Respecto a la “valoración probatoria”, puesto que la valoración de los elementos de convicción se efectuó de manera individual y aislada, mas no sistemática (sana crítica) como lo exige el artículo 176 del CGP.

6.4. Inexistencia de la obligación contractual aducida por la Delegatura, en tanto Acción Sociedad Fiduciaria S.A. “no tiene un solo procedimiento sino tiene una variada cantidad de procedimientos de control que en su conjunto se complementan, en todo o en parte, para garantizar el registro de las operaciones en forma clara, completa y fidedigna”.

6.5. Acción Sociedad Fiduciaria S.A. no es contractualmente responsable, porque “nunca actuó en contra de los deberes legales y contractuales que le eran exigibles”, ni “con culpa, conforme al grado de diligencia que le era exigible”; y tampoco “generó ningún tipo de daño real, directo, efectivo y determinado o determinable a la [parte] demandante que le resultara imputable”, aunado a que cumplió con corroborar los “requisitos” según “el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014”.

6.6. En punto al pronunciamiento del llamamiento en garantía, por cuanto la “delegatura soslayó el material probatorio aportado por este extremo procesal y solo fundó su decisión en hechos que no gozan de certeza”, en concreto, el interrogatorio de parte de su representada, porque allí tan solo sostuvo que “conoció de hechos que serían presuntamente fraudulentos y procedió a dar alerta a las autoridades competentes como indica su deber legal”.

En la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la demandada **sustentó sus reparos concretos**, así:

Las demandantes tenían pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de los recursos, más aún, “gozan de las calidades y cualidades que las acreditan como personas expertas en este tipo de negocios”; por lo tanto, para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, “eran plenamente conscientes de lo que

²⁸ En contradicción (*venire contra factum proprium*) con lo que la aquí demandante planteó en un asunto entre las mismas partes que le correspondió conocer a este despacho, en tanto en esa oportunidad Acción Sociedad Fiduciaria cuestionó la posibilidad de anular lo actuado para integrar el contradictorio con quienes fueron parte de la relación sustancial, porque entonces la decisión del Tribunal conllevaría a otorgar facultades a la Superintendencia para conocer negocios en los que esté implicadas entidades no vigiladas y dirimir controversias sobre temas ajenos a la actividad financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada.

estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ellas mismas les correspondían”.

La primera instancia accedió a las pretensiones basándose en hechos que no fueron alegados en el libelo introductorio y “sobre los cuales no versó la actividad probatoria”, porque, en primer lugar:

i) Comportó aspectos que no guardan relación con lo ambicionado, y de ahí la evidente **incongruencia** del fallo recurrido, pues el *a quo* “realizó un estudio por fuera de la órbita contractual que demarcaba la relación entre” las partes y “utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso”.

ii) A partir de esos hechos, no relacionados con el objeto del proceso, dio por probada una supuesta falta de diligencia e incumplimiento de los deberes legales de la fiduciaria, por no contar con un adecuado Sistema de Control Interno, contrario a lo que se consideró en “primera instancia la Resolución No. 1520 del 2019 y, tiempo después, la Resolución 1102 del 2020 en segunda instancia por el Superintendente Financiero”.

iii) “Las conclusiones y juicios que planteó la Delegatura son contradictorios con otras decisiones que la propia Superintendencia Financiera ha tomado sobre el particular. Además, todas ellas responden a una concepción que no es la que le corresponde a un proceso de protección al consumidor financiero sino, en realidad, al de una actuación administrativa sancionatoria que no es procedente en este ámbito que nos ocupa.”.

Lo anterior, para insistir en que no tenía “el deber legal de verificar el cumplimiento de las condiciones financieras, técnicas y jurídicas para que fuera procedente la transferencia o el desembolso de los recursos que conformaban los encargos fiduciarios”.

En segundo lugar, señaló que de ser cierto que los “demandantes sufrieron un daño en virtud de los hechos que motivaron este proceso”²⁹, era necesario **integrar el contradictorio** con la promotora del proyecto (Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.), sin que resultara admisible el argumento según el cual, la “Delegatura no puede decidir procesos en donde la parte pasiva no sea una entidad financiera”, luego de lo cual consideró que la sentencia no valoró los medios suasorios en conjunto, ni aplicó las reglas de la sana crítica.

En tercer orden, adujo que no existe la obligación contractual mencionada por la primera instancia que dé lugar a su responsabilidad, por no configurarse los elementos necesarios para ello al tenor de lo

²⁹ Fl. 12 del escrito de sustentación allegado al Tribunal.

previsto en el artículo 1604 del C.C., ante la ausencia, de un lado, de una “conducta antijurídica a la luz de las obligaciones contractuales establecidas en el encargo fiduciario MR-799 y el contrato de fiducia de administración FA-2351”; por el otro, de un “daño real, directo, efectivo y determinado o determinable” causado a los demandantes y, además, por “inexistencia del nexo causal” “entre las conductas contractuales que se despliegan y el daño que se alega” en el proceso, al punto que el proyecto del centro comercial Marcas Mall sí se empezó a construir, lo que supone el cumplimiento del punto de equilibrio que echó de menos el *a quo*, y “el hecho que habría generado el supuesto daño de los demandantes —si es que existe uno—, fue posterior a la declaratoria del punto de equilibrio”.

En cuarto lugar, pidió tener en cuenta el fallo de la homóloga Sala Civil del Tribunal Superior de Cali dentro del radicado n.º 2018-00083 01, en un asunto de similares contornos, que concluyó que no incurrió en ninguna falla a la luz de las obligaciones contractuales que le correspondían y, mucho más importante, que lo acontecido no había derivado en un daño antijurídico cierto, real y determinado o determinable que debiera ser resarcido por la recurrente.

Finalmente, en cuanto al llamamiento en garantía, reprochó la apreciación que se hizo del interrogatorio de la representante legal de la fiduciaria, para concluir que había una exclusión para el pago del seguro.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP, y la jurisprudencia (CSJ. STC.2061/2017 de 30 agosto).

2. Sea lo primero señalar, que en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, la recurrente, amén de desarrollar sus motivos de inconformidad, **añadió** nuevos embistes³⁰, los que la Sala no tendrá en cuenta, pues tales censuras no se formularon como **reparos concretos** en

³⁰ Por ejemplo, lo atañadero a que los demandantes no pagaron la totalidad de sus aportes al proyecto inmobiliario, “lo que deja en evidencia su incumplimiento contractual... generando así una afectación de la cartera del proyecto, que desencadenó una imposibilidad para poder completar el mismo”, erigiéndose ese motivo en la causa “que realmente generó la suspensión de su desarrollo”; así como lo relativo a que hay un cobro de lo no debido y consecuente enriquecimiento sin causa, toda vez que “existe un proceso liquidatorio en curso, en el que realmente se definirán los derechos que tienen los inversionistas del proyecto Marcas Mall...”, de suerte que aquellos “pueden hacer valer sus acreencias en ese proceso y, solo de las resultas del mismo, podría emprenderse la acción que hoy se impugna a través de este recurso de alzada”.

la oportunidad que contempla el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del CGP, vale decir, se trata de ataques novísimos que están al margen de la competencia que tiene el Tribunal al tenor del artículo 328, *ibídem*, en concordancia con el precepto 327 de esa misma codificación, según el cual “*el apelante deberá sujetar su alegación a desarrollar los argumentos expuestos ante el juez de primera instancia*”.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo, en sede de tutela, que “*quien apela una sentencia no sólo debe aducir de manera breve sus reparos concretos respecto de esa decisión, sino acudir ante el superior para sustentar allí ese remedio, apoyado, justamente, en esos cuestionamientos puntuales*”³¹.

En oportunidad más reciente la misma Corporación, esta vez en sede de casación, al estudiar el punto que viene de dilucidarse, precisó:

“Se sigue de todo lo hasta aquí expuesto, que las facultades que tiene el superior, en tratándose de la apelación de sentencias, **únicamente se extiende al contenido de los reparos concretos señalados en la fase de interposición de la alzada**, oralmente en la respectiva audiencia o por escrito en la oportunidad fijada en el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso, siempre y cuando que, además, ello es toral, hubiesen sido sustentados en la audiencia que, con ese fin y el de practicar las pruebas decretadas de oficio, si fuere el caso, así como de proferir la sentencia de segunda instancia, practique el *ad quem*.

De allí se extracta que **está vedado al ad quem pronunciarse sobre cuestiones no comprendidas en los reparos concretos expresados por el censor contra la sentencia de primera instancia**, como sobre aquellos reproches que, pese a haber sido indicados en esa primera etapa del recurso, no fueron sustentados posteriormente en la audiencia del artículo 327 del Código General de Proceso” (CSJ. SC3148-2021 de 28 de julio, rad. 002-2014-00403-02. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo).

Desde esa perspectiva, la Sala solo abordará los reparos concretos que fueron sustentados en esta instancia.

³¹ CSJ. STC6481 de 11 de mayo de 2017, exp. 19001-22-13-000-2017-00056-01.

3. En cuanto al motivo de disentimiento fundado en que debió, por ser necesario, integrarse el contradictorio con el “promotor [Marcas Mall Cali S.A.S. y Urbanizar S.A.] del proyecto a sabiendas de que fue uno de los que firmó el encargo fiduciario aquí ventilado”, debe decirse que, de cara a lo planteado en el libelo, la cuestión a resolver se circunscribe a vicisitudes concernientes a la relación contractual individual que surgió entre la parte demandante y Acción Sociedad Fiduciaria S.A. -atinente a la reseñada infracción negocial que involucró obligaciones legales y convencionales que nacieron con motivo de los contratos de encargo fiduciario individual n.ºs 1100010256 y 1100010245 de 12 y 13 de mayo de 2014, respectivamente, y las consecuentes aspiraciones económicas, de suerte que en el presente asunto no resultaba dable predicar, como lo hace la fiduciaria apelante, que debía integrarse el contradictorio igualmente con el tercero Urbanizar S.A.S., razón por la cual la aludida figura prevista en el artículo 61 del CGP, no resulta aplicable.

Sea lo que fuere, huelga mencionar que este Tribunal en Sala dual, en un asunto similar, ya zanjó la discusión (a cuyo criterio ahora se adhiere esta Sala de decisión), al precisar, al amparo del artículo que viene de mencionarse, que por las particularidades del presente caso, en el que las

“(…) pretensiones consignadas en el libelo (...), se circunscribieron a que se ordenara a Acción Fiduciaria S.A. la restitución, reembolso, reintegro a cada una de las demandantes del dinero o inversión que éstas entregaron a la entidad en virtud de los encargos fiduciarios individuales celebrados. Así las cosas(...), **dichas peticiones se dirigieron únicamente contra la sociedad fiduciaria en nombre propio como parte de los encargos individuales suscritos, de donde tales pedimentos solo recaen en ella**”, en tanto las pretensiones “versan exclusivamente sobre un vínculo o relación individual entre cada una de las actoras y la fiduciaria convocada (...)”³². (Se resalta).

4. De los restantes reparos concretos.

4.1. Disintió la recurrente sobre la congruencia y motivación del fallo, pues al margen de las “facultades para fallar ultra y extra petita”, la decisión no se centró en la “órbita contractual que demarcaba la relación entre” las partes y “utilizó un análisis abiertamente distante al objeto del proceso”. Con otras palabras, la apelante no discute que en este proceso las pruebas fueron “regular y oportunamente allegadas”, según lo prevé el artículo 164 del

³² Ver proveído de 9 de octubre de 2020, exp. n.º 11001 31 99 003 2018 01255 01. M.P., dr. Germán Valenzuela Valbuena.

CGP (lo que resulta coherente porque “*todo aquello que no ingresa al proceso recaudado por los medios probatorios, no existe para el juez*”³³), sino del sustrato fáctico en el que se apoyó la primera instancia para colegir su responsabilidad contractual, lo que, en su sentir, desatiende lo que con especial cuidado regula el artículo 281, *ídem*, se *itera*, en lo atinente a la **causa** que soporta las pretensiones.

Sin embargo, tal suerte de argumento pasa por alto que, en primer lugar, en procesos que “*versen sobre **violación a los derechos de los consumidores** establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía*” (artículo 58 de la Ley 1480 de 2011), el juez, al “*adoptar la decisión definitiva*”, debe resolver “*sobre las pretensiones de la forma que considere más justa para las partes **según lo probado en el proceso**, con plenas facultades para fallar infra, extra y ultrapetita, y emitirá las órdenes a que haya lugar con indicación de la forma y términos en que se deberán cumplir*”, precepto que en manera alguna se opone a lo previsto en el inciso 4º del artículo 281 del CGP, a cuyo tenor “*(...) **En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio (...)***”.

En segundo orden, tampoco, al rompe, se advierte la incongruencia que la apelante le atribuye al fallo de primer grado, pues si se mira bien el texto de la demanda, ninguna oscuridad o imprecisión se presenta para extraer de allí que lo alegado por los demandantes fue el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales que le endilgaron a su contraparte respecto de los recursos que le entregaron para su diligente administración.

Así, por ejemplo, ha de verse el hecho **noveno**: “*Acción Sociedad Fiduciaria S.A. incumple con mayor gravedad sus **obligaciones legales y contractuales***”³⁴, entre ellas, haber “*transferido los recursos a la promotora sin el cumplimiento de las condiciones pactadas en los encargos fiduciarios individuales Nro[s]. 0001100010256 y 0001100010245 y en el encargo fiduciario de preventas promotor y sus respectivos otro sí, tal y como consta en el acta de verificación de cumplimiento de requisitos... de fecha 4 de noviembre de 2014, que “plasmaba hechos ajenos a la realidad, toda vez que no se cumplía con las condiciones contractuales sine qua non para la transferencia de los recursos a la promotora”, entre ellos, “que el terreno sobre el cual se desarrollaría el proyecto [inmobiliario]” no estaba “en cabeza”*

³³ Parra Quijano, Jairo (2007). Manual de derecho probatorio. 16ª ed. Bogotá, D.C. – Colombia: Librería Ediciones del Profesional Ltda., pág. 73

³⁴ Fl. 11, derivado 005 del expediente virtual

del fideicomiso, sino de Laboratorios Baxter S.A.S.; la demandada no celebró encargos fiduciarios con un 52% de inversionistas (en tanto solo se verificaron enajenaciones por \$92.827'383.075,00 de un total esperado de \$253.031'332.726,00, es decir, menos del punto de equilibrio que correspondía al monto de \$131.576.293,017); soslayó la carta de aprobación o pre-aprobación del crédito constructor (le bastó una comunicación del Promotor en la que aducía ser innecesaria³⁵).

Así también se deduce del hecho **octavo** de la demanda, en el que se alegó que “*Acción Sociedad Fiduciaria S.A. jamás informó de manera previa a la transferencia de los recursos a las inversionistas, las modificaciones efectuadas a los requisitos o condiciones para la transferencia de sus dineros...*”³⁶.

En el mismo hecho **noveno** del libelo, se dijo que la fiduciaria incumplió sus deberes de “*diligencia y cuidado en la administración, custodia y guarda de los recursos captados del público..., [pues] influyó sobre el ánimo o la intención de las inversionistas quienes ante la afirmación contundente de la sociedad de servicios financieros, esto es, el supuesto cumplimiento de las condiciones de transferencia, suscribieron los otros sí generales reglamentarios, ambos de fecha 28 de noviembre de 2016*”, cuando lo cierto es que [la demandada] para la fecha de los referidos documentos conocía que el acta de verificación del 4 de noviembre de 2014 plasmaba hechos ajenos a la realidad, toda vez que no se cumplía con las condiciones contractuales sine qua non para la transferencia de los recursos a la promotora”, y **décimo segundo**: hubo “*malas prácticas de diligencia y como consecuencia de lo anterior, está llamada a responder por los aportes e inversiones de los recursos que le fueron entregados para su administración*”³⁷, sustrato fáctico que la primera instancia encontró demostrado, como se deduce de los ordinales primero a tercero de su fallo³⁸.

En todo caso, no se olvide que en la **fijación del litigio** durante el desarrollo de la audiencia inicial de 4 de mayo de 2021³⁹ se indicó que “*el objeto de esta acción recae en establecer si se predica o no un **incumplimiento contractual** de **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, circunscrita a la totalidad del desarrollo del negocio fiduciario Marcas Mall, en lo que respecta a la sociedad demandante teniendo en cuenta la vinculación que existe entre ellos, de cara a las pretensiones de la demanda, su responsabilidad que surge como profesional a la luz del artículo 2243 del Código de Comercio, sin perjuicio de las facultades dispuestas para este tipo de procesos, conforme **el numeral 9º del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011***”. En caso positivo, si está llamada a resarcir algún perjuicio a la parte demandante y en cuáles condiciones y, seguidamente, si la aseguradora, llamada en

³⁵ Fl. 12, *ib.*

³⁶ Fl. 10, *ib.*

³⁷ Fl. 17, *ib.*

³⁸ Fls. 52 - 53, derivado 113 del expediente virtual.

³⁹ Derivado 107, *ib.*, min: 0:18:23 en adelante.

garantía, estaría obligada, conforme a la póliza contratada, al pago de la indemnización, según las condiciones de cobertura y exclusiones establecidas en el negocio asegurativo”.

Cosa distinta es que, como a espacio se verá, la primera instancia también se apoyara en las normas que regulan la materia⁴⁰, para, con fundamento en las pruebas allegadas, sostener el incumplimiento de sus deberes.

No prospera, entonces, el primer reparo concreto.

4.2. En lo referente a la “*indebida valoración probatoria*”, la demandante fustiga habersele declarado **responsable contractualmente**, y para ello desarrolló el reparo concreto tendiente a demostrar que no hubo culpa de su parte, como tampoco un daño “*real, directo, efectivo y determinado o determinable a la demandante que le resultara imputable*”; sin embargo, dicho motivo de disentimiento no pudo prosperar, por lo siguiente:

En primer lugar, debe decirse que en el presente asunto, Maquila Internacional de Confección S.A. (aportante de \$670’164.072,00) y Nora Eugenia Gómez González (inversionista de \$424’127.252,00), el 12 y 13 de mayo de 2014, respectivamente, suscribieron con la demandada los encargos fiduciarios individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245 para la adquisición de los locales n.ºs 2-081 y 2-080, en lo que sería el Centro Comercial Marcas Mall Cali.

En segundo orden, se tiene que el fundamento para deprecarse la **responsabilidad contractual** en estudio, no fue propiamente el contrato de “*fiducia mercantil*” inmobiliaria FA-2351 Marcas Mall Cali (tipología de convenio cuyo “*núcleo central reside en la transmisión de la propiedad a un tercero, llamado fiduciario, para que haga la restitución a otro, el beneficiario, una vez cumplida la condición*”⁴¹), sino el reseñado “*encargo fiduciario*”, el cual, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, “*en la perspectiva tradicional, comporta la transferencia de la mera tenencia*”⁴². (Se resalta).

Así, de la cláusula primera de los **encargos fiduciarios** individuales n.ºs 1100010256 y 1100010245⁴³ se extrae el confesado propósito de administrar los recursos entregados a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. por los inversionistas para ser transferidos al promotor Marcas Mall Cali S.A.S.,

⁴⁰ Lo que resulta coherente de “*acuerdo con el principio iura novit curia, el cual permite al juez hacer caso omiso de las normas aducidas por las partes para decidir de acuerdo con el derecho aplicable (...)*”. (Corte Constitucional, Sentencia T-851/10).

⁴¹ CSJ, STC13069-2019.

⁴² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 30 de julio de 2008. Expediente 11001-3103-036-1999-01458-01. Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas.

⁴³ Fls 63 – 75, derivado 000 del expediente virtual.

siempre y cuando se hubiere acreditado y verificado el cumplimiento de varios requisitos, a saber: “(...) **3. Carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso. 4. Haber celebrado un total de contratos de encargos fiduciarios individuales de pre venta inversionista que equivalgan al cincuenta y dos por ciento (52%) de las ventas estimadas del proyecto o de cada etapa del proyecto, si es del caso (...) 6. Certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**”⁴⁴.

Queda claro entonces que lo reprochado al profesional fiduciario es la negligencia y la falta de cumplimiento de las finalidades de su administración en detrimento de los vinculados al proyecto Marcas Mall.

A su turno, a pesar de que en la estipulación novena de esas convenciones las partes acordaron que las obligaciones de la demandada eran de “*medio y no de resultado*”, en tanto tenía “*sus funciones como administrador de los recursos a ella transferidos*”⁴⁵, ello no suprime los deberes de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. descritos en el numeral 2º de la cláusula octava de los encargos fiduciarios, de “***colocar a disposición del promotor los recursos depositados junto con los rendimientos generados en el presente encargo fiduciario, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el presente contrato y en la cláusula tercera del contrato de encargo fiduciario promotor suscrito entre la fiduciaria y el promotor***”. (Negrillas y subrayas fuera de texto⁴⁶).

Desde luego que tal como lo han considerado algunos sectores de la doctrina, decir “***que el fiduciario asume únicamente obligaciones de medio y no de resultado, implica desconocer la realidad y el carácter instrumental y polifacético que está llamado a cumplir el negocio fiduciario en donde en muchas oportunidades la gestión principal del fiduciario es precisamente la consecución de resultados***”⁴⁷, a lo que se suma que la obligación de la demandada comporta una diligencia que “*se soporta en principios tradicionales de buena fe, de prudencia y de protección del resultado esperado para quienes contratan.*”⁴⁸ (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De ahí que tal como ocurre con las instituciones financieras, se exija “***un mayor grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que***

⁴⁴ Fl. 60, derivado 000 del expediente virtual.

⁴⁵ Fls. 66 y 73, *ib.*

⁴⁶ Fl. 66 y 73, *cfr.*

⁴⁷ Rengifo García, Ernesto. La fiducia mercantil y pública en Colombia, 2012, p. 158.

⁴⁸ Rodríguez Azuero, S. (2005). Negocios Fiduciarios. Su significación en América Latina. Bogotá. Editorial. Legis Editores S.A

desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera”. (CSJ, SC18614-2016, sentencia de 19 de diciembre de 2016, exp. n.º 2008-00312-01; se resalta).

No olvida la Sala que la demandada argumentó en sus alegatos de conclusión no ser una profesional en la construcción; sin embargo, lo suyo era verificar el cumplimiento de unos requisitos en una etapa pre-operativa que a estas alturas no resulta viable soslayar, en la medida en que desembolsó unos recursos sin que se demandaran conocimientos de una etapa posterior. No en vano en las cláusulas 1ª y 8ª de los encargos fiduciarios (fundamento de la responsabilidad contractual en estudio), la demandada se obligó a poner “*a disposición del promotor los recursos recaudados*”, “*una vez se acredite y verifique el cumplimiento*” de varios requisitos, entre ellos, los que a espacio se analizan:

Del punto de equilibrio.

Los aquí demandantes soportaron sus pretensiones en que su opositora “*incumplió con mayor gravedad sus obligaciones legales y contractuales*”, pues solo verificó enajenaciones por \$92.827’383.075,00, de un total esperado de \$253.031’332.726,00; es decir, **menos del 37%**, dado que el **punto de equilibrio** correspondía al monto de \$131.576.293,017, esto es, el 52% de lo acordado en el numeral 4º de la cláusula primera de los encargos fiduciarios en estudio, sustrato fáctico que no negó ni intentó desvirtuar la demandada, vicisitud que impide variar la decisión adoptada por el *a quo*.

De la pre-aprobación o aprobación del crédito constructor.

Y es que en el numeral 3º de las condiciones acordadas en iguales términos en el otrosí n.º 3 al contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall”, la demandada también se obligó a verificar la “*carta de aprobación o pre aprobación del crédito constructor otorgad[a] por una entidad financiera para el desarrollo del proyecto o para cada etapa del proyecto, si es del caso*”, sin que la demandada se hubiere manifestado al respecto, debiendo asumir la consecuencia que se deduce de la falta de un “*pronunciamiento expreso sobre los hechos*”, no otra que presumirse “*ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda*”, conforme al artículo 97 del CGP, en consonancia con el artículo 241, *ídem*.

De la propiedad del predio en el fideicomiso.

Otro tanto hay decir del requisito previsto en el numeral 6º de la cláusula primera de ese convenio, consistente en verificar el “*certificado de tradición actualizado del lote del terreno sobre el cual se desarrollará el proyecto, en donde conste que la propiedad del mismo está en cabeza de un fideicomiso administrado por Acción Sociedad Fiduciaria S.A.*”, pues no acreditó, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, que los predios en los cuales se iba a desarrollar el proyecto Marcas Mall habían sido adquiridos o aportados definitivamente al fideicomiso (patrimonio autónomo) FA-2351 Marcas Mall Cali, en cumplimiento de las formalidades exigidas para ello por la normatividad vigente.

Es más, la recurrente no discute que para el 4 de noviembre de 2014, fecha en la cual fue levantada el acta de verificación de las condiciones para la transferencia de recursos al promotor Marcas Mall Cali S.A.S., no aparecía como titular del derecho de dominio del predio el fideicomiso, como igualmente se extrae de la anotación n.º 11 del certificado de tradición y libertad n.º 370-695292, en el que se advierte que para esa calenda aún aparecía como propietario Laboratorios Baxter S.A.S.⁴⁹, lo que permite tener por probado en el proceso el daño y el nexo causal entre éste y la conducta de la fiduciaria demandada.

Y es que la demandada no puede pasar por alto que como sociedad fiduciaria que es, en tratándose de encargos, de acuerdo con el literal c) del artículo 3º de la Ley 1328 de 2009, tenía un deber “información”, según el cual

...las entidades vigiladas deberán suministrar a los consumidores financieros información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita, especialmente, que los consumidores financieros conozcan adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos en las relaciones que establecen con las entidades vigiladas”.

A su turno, los numerales 2.2.1.2.1, 2.2.1.2.2, 2.2.1.2.3., 2.2.1.2.4 y 2.2.1.2.5 del Capítulo I, Título II de la Parte II de la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera⁵⁰ reprodujeron la importancia de que en asuntos como estos, en los que se involucran operaciones fiduciarias, lo mandado es atender, no solo el reseñado deber, sino también aquellos relacionados con la orientación y aseguramiento de los recursos fideicomitados, y la diligencia, profesionalidad y especialidad a que hizo mención la Corte Suprema de Justicia en la referida sentencia SC18614-2016.

⁴⁹ Fl. 90, derivado 000 del expediente virtual.

⁵⁰ Circular Externa n.º 7 de 1996, subrogada por la Circular Externa n.º 29 de 2014.

Por su parte, el numeral 5.2., Capítulo I, Título V, *ídem*, obliga a las sociedades fiduciarias, de un lado, a “realizar el análisis del riesgo que involucra cada proyecto”, y de otro, a aplicar los procedimientos de control interno para corroborar las siguientes situaciones, a saber: **a)** que “los terrenos en los cuales se va a desarrollar el proyecto se hayan adquirido o hayan sido aportados de manera definitiva y con el lleno de las formalidades que la ley exige para este tipo de negociaciones”; **b)** que “el punto de equilibrio establecido por parte del fideicomitente o partícipe no comprometa la viabilidad del proyecto”; **c)** que “se encuentren dadas las condiciones técnicas y jurídicas para que el proyecto llegue a término”; **d)** que “el constructor o promotor del proyecto cumpla con unos niveles mínimos de solvencia, capacidad técnica, administrativa y financiera, acordes con la magnitud del proyecto”, y **e)** que “exista certeza acerca de la obtención de los créditos indispensables para la ejecución de la obra.”

Desde luego que si la Superintendencia Financiera de Colombia (en función no jurisdiccional) encontró que hubo un adecuado Sistema de Control Interno de la demandada, a tal conclusión no puede estar atada la Sala, cuando, de un lado, se trata de una decisión que no se profirió en el marco de una actuación jurisdiccional sino administrativa; por ende, desprovista de los efectos de cosa juzgada, y de otro, porque la recurrente no acreditó que las pruebas allá practicadas, fueron las mismas que aquí condujeron a su responsabilidad contractual.

Y es que no puede obviarse que con la suscripción de los otrosíes a los encargos fiduciarios de 28 de noviembre de 2016, la demandada les anunció a los actores que “los recursos” “**serán**⁵¹ transferidos al PROMOTOR”, lo que igualmente se plasmó en la estipulación segunda al precisar que “la FIDUCIARIA **entregará** al PROMOTOR los recursos depositados por los INVERSIONISTAS **de acuerdo con el avance de obra**”, afirmación que, como lo destacó la primera instancia, carecía de precisión, porque, según lo relató la representante legal de la sociedad demandada en su interrogatorio, esa entrega de dineros ya había tenido lugar desde noviembre de 2014, cuando se suscribió el acta de verificación de requisitos, acta que, de acuerdo con lo que también precisó la primera instancia y no fue desvirtuado en esta oportunidad, contenía imprecisiones acerca del cumplimiento de tales exigencias para la transferencia de los recursos de los inversionistas.

Desde esa perspectiva, refulge que la transferencia de los recursos a la promotora no fue debidamente informada a los demandantes, sin que pueda perderse de vista, en todo caso, que con todo y la falta de

⁵¹ Acción futura que según los actores resultaba coherente porque hasta ese momento, en su sentir, no se encontraban dadas las anunciadas condiciones pactadas con su opositora desde el año 2014.

información a los inversionistas, el giró de sus aportes se realizó sin el cumplimiento de los requisitos que el contrato de encargo fiduciario “preventas promotor MR-799 Marcas Mall” y los encargos fiduciarios individuales exigían.

De ahí que tampoco esté llamado a prosperar el reparo concreto según el cual los demandantes tenían pleno conocimiento de las condiciones y de los requisitos para la transferencia de los recursos, y “gozan de las calidades y cualidades que las acreditan como personas expertas en este tipo de negocios”, por lo que para el momento en el que se suscribieron los documentos contractuales, “eran plenamente conscientes de lo que estaba aconteciendo, de las obligaciones y roles que asumían las partes del negocio, y de las cargas que a ellas mismas les correspondían”.

Ello por cuanto una cosa es que conocieran los requisitos para la transferencia de sus recursos, y otra bien distinta que Acción Sociedad Fiduciaria sin el cumplimiento de tales exigencias -y sin dárselo a conocer a los inversionistas-, trasladara precipitadamente sus aportes; sin que pueda pasarse inadvertido que si a los demandantes, la sociedad fiduciaria, cuya diligencia exigible “no es apenas la que se espera de un buen padre de familia, referida por tanto a los negocios propios, sino la que corresponde a un profesional que deriva provecho económico de un servicio que compromete el aborro privado y en el que existe un interés público”⁵², les anuncia en los otrosíes de 28 de noviembre de 2016 que sus recursos **no han sido transferidos** al promotor cuando la realidad era otra, por más negocios similares que hubiere realizado el representante legal de la persona jurídica accionante, su consentimiento se encontraba afectado a causa de la aludida imprecisión.

En este punto, es bueno recordar que:

“(…) en la medida en que las sociedades fiduciarias pretenden que sea el o los fideicomitentes promotores/constructores/desarrolladores y los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles resultantes del proyecto de construcción quienes asuman los riesgos a los que está expuesto el desarrollo de éste, **la actitud de un profesional prudente y avisado las obliga no solo a informar, previamente a la celebración del respectivo negocio fiduciario [y sus posteriores modificaciones], acerca de los riesgos a los que se encuentra expuesta**

⁵² CSJ. Sentencia 3 de agosto de 2004. M.P. Edgardo Villamil Portilla. Cfr, además. G.J. Tomo LXIX, pág. 688.

la construcción, alertar sobre las dificultades y fracasos y, en su caso, exigir la aceptación expresa del o de los fideicomitentes promotores/ constructores/ desarrolladores y de los terceros interesados en adquirir las unidades inmuebles, sino también cerciorarse hasta donde les sea posible, actuando de forma diligente, del estado de ejecución del proyecto de construcción, comparándolo con el presupuesto de costos directos, indirectos y financieros, y las fuentes proyectadas de financiamiento, **con miras a evitar que el proyecto se desarrolle en términos y condiciones distintas a las que se tuvieron en cuenta por el o los fideicomitentes promotores/ constructores/ desarrolladores [y los inversionistas interesados en adquirir las unidades inmuebles]** y, por ende, prevenir o evitar que se presenten hechos que degeneren en una grave alteración de la convivencia social **o que sean constitutivos de punibles contra el patrimonio económico**, o, en fin, que ocasionen perjuicios irreparables a quienes confiados y de buena fe aceptaron sin reparo alguno acceder [al inmueble resultante del proyecto de construcción] valiéndose de un vehículo fiduciario”⁵³ (se subraya y resalta).

Lo anterior, permite tener por demostrada la responsabilidad de la demandada por:

a) la desatención de su deber contractual, a título de **culpa leve** en el cumplimiento de su gestión, tal como lo regula el artículo 1243 del C. de Co., en concordancia con los preceptos 63 y 1604 del C.C., pues no podía transferir los recursos de los demandantes a la promotora, sin estar cumplidos los requisitos atrás estudiados, de suerte que *“la falta a él atribuida, como lo indica el artículo 63 del Código Civil, no atiende (...) ‘el cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios’ (culpa leve), [por lo tanto], habrá de asumir las consecuencias adversas de su actuar despreocupado (...)*” (CSJ, STC11843-2019; se resalta);

b) el incumplimiento produjo un daño; es decir, una lesión en el patrimonio de los accionantes, pues, como se anticipó, en los encargos fiduciarios no hay transferencia de la propiedad a la sociedad fiduciaria, por lo que es claro que si fue ella quien dio lugar a la entrega de los dineros al promotor, sin la verificación que se esperaba contractualmente de su

⁵³ BAENA CÁRDENAS, Luis Gonzalo. Fiducia Inmobiliaria. Tensión entre la autonomía privada, el derecho a la vivienda digna y el derecho del consumo, 1ª ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 307.

parte, en manera alguna puede pretender evadir su responsabilidad para ahora dirigir a los demandantes al proceso concursal que se le sigue a la promotora, cuando, a fin de cuentas, ninguna necesidad tendrían los demandantes de acudir a esa liquidación, de haber cumplido a cabalidad la recurrente la convención.

c) la existencia de un nexo de causalidad entre el primero y el segundo.

Al respecto, encuentra el Tribunal que los demandantes sufrieron el daño, que se materializa en la pérdida del dinero invertido y la imposibilidad actual en que se construya el “*Centro Comercial Marcas Mall*” en Cali, Valle del Cauca, en el cual se ubicarían locales comerciales que pretendían adquirir, por culpa atribuible a la sociedad fiduciaria, quien le entregó los recursos al promotor/constructor sin cumplir los requisitos legales y quien a la postre, incumplió la ejecución de la obra y ahora está en trámite de liquidación de su patrimonio por cesación de pagos.

Consecuente con lo anterior, no prosperan los reparos concretos en estudio.

4.3. Del llamamiento en garantía. La suerte de la aseguradora.

El último motivo de disenso de Acción Sociedad Fiduciaria S.A. (apelante) hace relación a la apreciación que hizo la primera instancia del interrogatorio de su representante legal, para concluir que había una exclusión para el pago de los eventos asegurados.

A este asunto se allegó el contrato de seguro que la demandada y su llamada en garantía convinieron, lo que dio lugar a la expedición de la póliza n.º 1000099 vigente entre el 30 de septiembre de 2017 y el 30 de septiembre de 2018, de cuya primera página se extrae que SBS Seguros Colombia S.A. (antes AIG Seguros Colombia S.A.), amparó “*actos deshonestos y fraudulentos de los trabajadores, empleados no identificados, temporales y de firmas, pérdidas fuera de los predios (tránsito), pérdidas por billetes falsificados, pérdidas por falsificación de títulos valores, crimen por computador, motín, conmoción civil y daño malicioso, cobertura, extorsión, extensión de terremoto para valores, cobertura para miembros de junta directiva, extensión de falsificación, honorarios de abogados y **responsabilidad civil profesional financiera***”⁵⁴.

⁵⁴ Fl. 2, derivado 20 del expediente virtual.

El punto medular es establecer si la primera instancia erró al acoger la alegada exclusión, en efecto acordada en el literal b) del numeral 3.7. de las condiciones generales de la póliza (póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras)⁵⁵, del siguiente tenor: “**cualquier reclamo basado u originado por cualquier acto, error u omisión debido a una conducta delictiva, criminal, deshonesto, fraudulento, maliciosa o intencional del asegurado o cualquier violación de una ley por parte del asegurado siempre que: (a) lo anterior se haya establecido mediante cualquier sentencia, fallo u otro veredicto ejecutoriado dictado por una autoridad competente, o (b) cuando el asegurado haya admitido dichas conductas**” (se resalta).

Sobre el particular se dirá que Acción Sociedad Fiduciaria S.A. sostuvo, a través de su representante legal, haber formulado la acción penal que correspondía contra el entonces gerente de la Oficina de la Fiduciaria en Cali y también representante legal, Álvaro José Salazar, así como de sus dependientes en dicha sucursal, por su proceder inusual e indebido (min. 1:35:00 de la prueba trasladada), aunado a que la actuación que había dado lugar a la reclamación del seguro fueron precisamente las conductas anómalas.

Sin embargo, por más que las cosas fueran de ese modo, el *a quo* pasó por alto que esa limitante (que el asegurado hubiere admitido las conductas irregulares en comentario) resulta ineficaz, pues tan solo figura en las condiciones generales del contrato de seguro, sin parar mientes en que debió quedar consignada en la carátula de la respectiva póliza, lo cual, según lo ha destacado recientemente la Corte Suprema de Justicia en sede de tutela, es un presupuesto indispensable para la eficacia de esa estipulación⁵⁶.

Y es que, a no dudarlo, la “restricción” que enarboló la aseguradora, concierne de manera directa al amparo objeto del contrato, por lo que, en los términos de los artículos 44 (num. 3º) de la Ley 45 de 1990⁵⁷ y 184 (num. 2, lit. c) del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero⁵⁸, y a la luz de las circulares externas 007 de 1996⁵⁹ y 076 de 1999⁶⁰ de la Superintendencia

⁵⁵ *Ib.*

⁵⁶ Ver las siguientes sentencias: 29 de enero de 2015. Ref. 2015 00036 00; STC13117-2018 de 10 de octubre, exp. 11001-02-03-000-2018-02873-00; y STC3552-2020 de 1º de junio, exp. 11001-02-03-000-2020-01019-00.

⁵⁷ “Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) 3. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁵⁸ “2. Requisitos de las pólizas. Las pólizas deberán ajustarse a las siguientes exigencias: (...) c. **Los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza**”.

⁵⁹ “Los amparos básicos y **todas las exclusiones que se estipulen deben consignarse en forma continua a partir de la primera página de la póliza**. Estas deben figurar en caracteres destacados o resaltados, según los mismos lineamientos atrás señalados y en términos claros y concisos **que proporcionen al tomador la información precisa sobre el verdadero alcance de la cobertura contratada**. No se pueden consignar en las páginas interiores o en cláusulas posteriores exclusiones adicionales en forma distinta a la prevista en este numeral”.

⁶⁰ “2. Primera página de la póliza. **En esta página debe figurar, en caracteres destacados, según, los mismos lineamientos atrás señalados, y en términos claros y concisos que proporcionen al tomador**

Financiera, debía ser consignada en la reseñada pieza contractual, lo que aquí, se *itera*, no demostró la llamada en garantía.

Al punto, la Corte, en un asunto con perfiles análogos, enfatizó:

“(…) Ahora bien, respecto de los artículos 44 de la Ley 45 de 1990 y 184 del decreto 663 de 1993, que indican clara e inequívocamente que los amparos básicos y las exclusiones deben figurar en caracteres destacados en la primera página de la póliza, el juzgador realizó una exótica interpretación, según la cual esas disposiciones sólo expresan ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, mas no que éstas deben consignarse en la primera página; lo anterior en contravía de lo explicado por la jurisprudencia de esta Corte en STC 514 del 29 de enero de 2015 (…)”.

(…) Según el artículo 27 del Código Civil, ‘cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu’. Luego, como el artículo 44 de la Ley 45 de 1990 y el artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero son claros al exigir como requisito que ‘los amparos básicos y las exclusiones deben figurar, en caracteres destacados, en la primera página de la póliza’, cualquier otra interpretación que desconozca el tenor literal de esas disposiciones se erige en una arbitrariedad, tal como ocurrió con la particular exégesis del Tribunal, según la cual el sentido de aquellas normas es ‘que las condiciones generales deben contener, de manera continua y con posterioridad a la primera página, amparos y exclusiones’, lo cual es tan absurdo y alejado de la finalidad de la ley que no merece mayores comentarios (…).

*(…) Al respecto, esta Corporación en varias oportunidades ha aclarado que **el marco legal que regula el tema de las exclusiones en las pólizas de seguro es de naturaleza pública y, por tanto, de obligatorio cumplimiento, lo que vicia de ineficacia las estipulaciones de los contratos de seguro que se celebren con desconocimiento de tales formalidades. En consecuencia, las exclusiones que contravengan los requerimientos legales, como su redacción en caracteres destacados en la primera página de la póliza, se tendrán en todos los casos como no escritas, tal como lo ha afirmado esta Corte en STC del 25 de***

julio de 2013 (Rad. 01591-01) y STC514 del 29 de enero de 2015 (Rad. 201500036-00) (...).

“(...) La elaborada interpretación del Tribunal, en suma, desconoció el imperio de la Ley y los lineamientos jurisprudenciales que esta Sede ha expresado en materia de cumplimiento de requisitos formales de las pólizas de seguros, lo que lo condujo a dar valor probatorio a unas exclusiones que no sólo no eran tales -como se indicó con anterioridad- sino que ni siquiera se demostró que hicieran parte del contrato de seguro, como enseguida pasa a explicarse (...)” (CSJ. STC17390-2017, de 25 de octubre de 2017, exp. 11001-02-03-000-2017-02689-00; se resalta).

Así las cosas, no podía la primera instancia acoger la defensa (contra el llamamiento) que en ese sentido formuló SBS Seguros Colombia S.A., en particular, la denominada “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en” el numeral “3.7. de las condiciones generales del seguro”.

Por la misma razón (ineficacia de la estipulación), tampoco está llamada a prosperar la excepción de “ausencia de cobertura de la póliza sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A., en cuanto sea aplicable cualquiera de las exclusiones dispuestas en las condiciones del seguro, en especial las (...) consignadas en el” numeral “3.14 de las condiciones generales del seguro”⁶¹, que invocó la aseguradora frente al llamamiento.

Tampoco están llamadas a prosperar las restantes excepciones formuladas por la aseguradora frente a la demanda denominadas: “inexistencia de responsabilidad civil en cabeza de la demandada Acción Sociedad Fiduciaria S.A., por no acreditarse los elementos de la responsabilidad civil por parte de la demandante” y “falta de legitimación en la causa por pasiva – Acción Fiduciaria no está llamada a responder por el actuar de Marcas Mall S.A.S.”, pues ambas ameritaron un despacho frontal y conjunto en las consideraciones que quedaron expuestas en líneas precedentes.

En punto a la “excepción” genérica⁶², no solo de antaño se ha dicho que no existe (CSJ sentencia de 17 de agosto 17 de 1964), cuyo criterio

⁶¹ Según la cual “**cualquier reclamo basado u originado por un hurto, un fraude, una desaparición inexplicada, así como cualquier hecho que pueda ser indemnizado bajo una póliza integral bancaria o póliza equivalente, cualquiera que sea el valor asegurado y aun cuando el asegurado mantenga o no vigente dicha póliza**”. (se resalta; fl. 8, derivado 16 del expediente virtual).

⁶² Fls. 17-21, derivado 29 del expediente virtual.

mantiene el CGP, sino que tampoco encuentra la Sala acreditada alguna circunstancia que pudiera dar lugar a un pronunciamiento oficioso.

Respecto a la defensa según la cual hubo “ausencia de cobertura – inexistencia de responsabilidad de Acción Sociedad Fiduciaria”, fundada en que amparó “actos profesionales incorrectos” y no podía endilgarse responsabilidad a su llamante por los hechos a que alude el libelo introductorio, aunado a que no se causó un daño por cuenta de su amparada, como tampoco infracción de sus deberes contractuales y legales, es suficiente remitirse igualmente a lo dicho en el numeral 4.2. de las consideraciones de esta providencia, en el que, en lo medular, se concluyó que la apelante sí incumplió los deberes a los que legal y convencionalmente se obligó, infracción que causó a los demandantes un “perjuicio que se presenta como real y efectivamente causado”⁶³.

En lo atinente a la defensa consistente en la “improcedencia de la indemnización de cualquier suma que resulte superior al límite asegurado de la sección III de responsabilidad profesional de la póliza n.º 1000099 expedida por SBS Seguros Colombia S.A.”, soportada en los artículos 1079 y 1089 del C. de Co. y en la sección III de la “póliza” en comento, que previó un límite asegurado de \$15’000.000.000,00 por año, tampoco tendrá acogida, por cuanto la aseguradora no acreditó, como era de su incumbencia en los términos del artículo 167 del CGP, la afectación (en ese apartado de responsabilidad civil profesional) de la anunciada póliza con el pago de siniestros en una cuantía superior a ese monto.

Por lo mismo, habrá de desestimarse la excepción de “agotamiento del valor asegurado”, tras fundarse en el mismo sustrato fáctico de aquella defensa.

Referente a la excepción de “aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional”, aunque no enerva la responsabilidad contractual que habrá de refrendarse, sí se impone su estudio por así deducirse del artículo 1103 del C. de Co.⁶⁴ y los numerales 4.14 y 7.2 de la póliza de seguro de responsabilidad civil profesional para instituciones financieras.⁶⁵

⁶³ CSJ, Cas. Civ. sentencia de 5 de noviembre de 1998, exp.: 5002.

⁶⁴ A cuyo tenor “(...) Las cláusulas según las cuales el asegurado deba soportar una cuota en el riesgo o en la pérdida, o afrontar la primera parte del daño, implican, salvo estipulación en contrario, la prohibición para el asegurado de protegerse respecto de tales cuotas, mediante la contratación de un seguro adicional. La infracción de esta norma producirá la terminación del contrato original.”

⁶⁵ Fls. 12 y 17, “18102013-1322-P-06-FIPICG001 POLIZA DE SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL”, derivado 20 del expediente virtual.

En efecto, lo que se evidencia en la póliza n.º 1000099, es que en tratándose del amparo por “Responsabilidad Civil Profesional”, en el anexo n.º 22, sección III, si bien (al igual que la carátula) se señala una suma asegurada por \$15.000’000.000,00, también llamante y llamada acordaron unos límites asegurados “por Evento y en el Agregado Anual Deducible todo y cada reclamo” por \$150’000.000,00⁶⁶, de suerte que se condenará a SBS Seguros Colombia S.A. a reembolsar a Maquila Internacional de Confección S.A. \$724.242.477,00 y a Nora Eugenia Gómez González \$407.102.715,00 (sumas que no superan el límite que, para ese rubro, se impuso en el contrato de seguro, al tenor de lo previsto en el artículo 1079 del C. de Co.), más los intereses moratorios comerciales a la máxima tasa autorizada por la ley que se generen sobre esos montos, en el evento de que no se erogare dentro del término concedido en el fallo de primer grado.

Los restantes \$150’000.000,00 (deducible) para cada uno de los demandantes, como se anticipó, serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen.

Consecuente con lo anterior, inocuo se aviene acoger la excepción tendiente a reclamar que la sentencia se sujete “a los términos, límites y condiciones”, cuando, como se vio, ello ha tenido lugar líneas atrás.

5. En resumidas cuentas, como la demandada no logró socavar con sus argumentos los pilares en que se soportó el fallo apelado, este será confirmado en lo atinente a declarar su responsabilidad con la consecuente condena que le fuere impuesta -previo descuento del deducible que pactó con SBS Seguros Colombia S.A.-, por un lado, y por el otro, se revocará en cuanto frustró el llamamiento en garantía, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la recurrente y en favor de los demandantes, ante las resultas de su alzamiento, en los términos del artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE

Primero. Revocar el ordinal tercero de la sentencia que el 22 de junio de 2021 profirió el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales III

⁶⁶ Fl. 3, “vhrivera_405_1000099” derivado 20 del expediente virtual.

de la Superintendencia Financiera de Colombia y, en su lugar, **declarar** infundadas las defensas formuladas por SBS Seguros Colombia S.A. frente a la demanda y el llamamiento en garantía que le hizo Acción Sociedad Fiduciaria S.A., salvo la de “*aplicación del deducible a cargo del asegurado pactado en la póliza n.º 1000099 para la sección III de responsabilidad civil profesional*”, que prospera por lo dicho en la parte motiva.

Por consiguiente, **condenar** a la referida aseguradora a pagar a los demandantes -o a reembolsarle a Acción Sociedad Fiduciaria S.A., si esta hubiere pagado la totalidad de la condena que se le impuso-, la suma de \$724.242.477,00, a favor de Maquila Internacional de Confección S.A., y \$407.102.715,00 para Nora Eugenia Gómez González, dentro del término que fijó el *a quo* en el fallo recurrido, so pena de reconocer intereses comerciales de mora sobre esos valores a la máxima tasa autorizada por la ley. Los restantes \$150'000.000,00 (deducible) para cada uno de los demandantes, serán asumidos por Acción Sociedad Fiduciaria S.A., junto con los intereses moratorios comerciales que se causen, conforme a lo dicho en la parte motiva.

En lo demás, se **confirma** el fallo apelado.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de la demandada y en favor de los demandantes (artículo 365 del CGP). Líquidense por el *a quo* conforme al artículo 366, *ídem*. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de **\$5'000.000,00**.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los magistrados,

Firmado Por:

Manuel Alfonso Zamudio Mora

Magistrado

Sala 005 Civil

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

Oscar Fernando Yaya Peña

Magistrado

Sala 011 Civil

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

Sentencia dentro del proceso n.º 110013199003201801214 02).
Clase: Verbal – Acción de Protección al Consumidor Financiero.

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:

***c64e0c471b1272fc18be9ff29e93198e06a8fc993cd50cb288db66ef62003c
2e***

Documento generado en 21/09/2021 08:42:26 AM

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

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

Bogotá D. C., veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno

11001 3199 003 2018 72845 01

Ref. Acción de protección al consumidor financiero de Inversiones Urapán y CIA en C. frente a Acción
Sociedad Fiduciaria S.A.

El suscrito Magistrado concederá los recursos de casación, principal interpuesto por la llamada en garantía SBS Seguros Colombia S.A. y el adhesivo formulado por Acción Sociedad Fiduciaria contra la sentencia que este Tribunal profirió el 3 de agosto de 2021, por la cual se revocó el numeral quinto del fallo de primera instancia, en el proceso verbal de la referencia y se ordenó a dicha aseguradora que pagara la suma de \$961'730.122.

Lo anterior, por cuanto el recurso extraordinario principal fue formulado tempestivamente por la parte desfavorecida con los resultados de la sentencia que el Tribunal profirió. También el recurso de casación adhesivo se impetró por la parte demandada, litigante vencida en juicio frente a la parte demandante, en la oportunidad que prevé el artículo 335 del C. G. del P.

Asimismo, se tiene que la cuantía del interés de la recurrente principal supera los 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (artículo 338, *ibidem*) para la fecha en que se profirió la sentencia de segunda instancia (3 de agosto de 2021), vale decir, la cantidad de \$908'526.000¹.

Obsérvese que como consecuencia del fallo de segunda instancia se condenó a la aseguradora SBS Seguros Colombia S.A. a “pagar a Inversiones Uropan y Cía. S. en C. (o el reembolso a Acción Sociedad Fiduciaria S.A. si ya efectuó el pago total de la condena) la suma capital de **\$961'730.122**, dentro del término fijado en el numeral 3° de la sentencia de primera instancia”, valor superior al que fija el artículo en cita.

De otra parte, se dispondrá que, en el término de 10 días contados a partir de la notificación de este auto y con miras a garantizar los eventuales perjuicios ocasionados con la suspensión del cumplimiento de la sentencia censurada, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. preste caución, mediante una

¹ De conformidad con el Decreto 1785 de 29 de diciembre de 2020, el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2021, corresponde a \$908.526.

cualquiera de las modalidades que prevé el artículos 603 del C.G.P., por la suma de \$450'000.000, para lo cual ha de tenerse en cuenta que con el fallo de segunda instancia no se redujo el monto de la condena impuesta a Acción Sociedad Fiduciaria S.A.

DECISIÓN

Así las cosas, el suscrito Magistrado CONCEDE los recursos de casación de los que se habló en precedencia.

Se dispone que, en el término de 10 días contados a partir de la notificación de este auto y con miras a garantizar los eventuales perjuicios ocasionados con la suspensión del cumplimiento de la sentencia censurada, Acción Sociedad Fiduciaria S.A. preste caución mediante una cualquiera de las modalidades que prevé el artículo 603 del C. G. del P., por la suma de cuatrocientos cincuenta millones de pesos (\$450'000.000).

Vencido el antedicho término de 10 días, el expediente reingresará al despacho del suscrito Magistrado, para decidir lo pertinente.

Notifíquese

ÓSCAR 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:

5af23289f28ccc7428bf8341fe598ad91b73b5df2824c675602747d6d7138a7c

Documento generado en 21/09/2021 07:03:49 a. m.

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Sustanciadora**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Se decide, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión adoptada en la audiencia adiada 14 de julio de 2021, por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, que denegó el decreto de los testimonios de Ana Josefa Hernández Campos y Nellis Laudith Cárdenas de Buitrago.

I.- ANTECEDENTES

1.- Por la vía del proceso verbal de acción de protección al consumidor, la parte promotora Simona Estella Arregoces Ramírez formuló demanda contra el Banco Popular S.A., con miras a obtener la declaración de ineficacia de pleno derecho del crédito 4050301052192.

2.- El 11 de noviembre de 2020¹, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, admitió la demanda, enterada la parte demandada², por medio de apoderado judicial se opuso a las pretensiones y presentó excepciones de mérito.

3.- Convocada la audiencia inicial del artículo 372 del Código General del Proceso, se denegó el decreto de los testimonios de Ana Josefa Hernández Campos y Nellis Laudith Cárdenas de Buitrago, solicitados en la demanda.

4.- Inconforme con esta determinación, el extremo activo interpuso recursos de reposición y en subsidio de apelación³.

5.- En el acto, el Juzgador de primer grado desestimó el primero y concedió el segundo⁴, el cual pasa a desatarse previas las siguientes,

¹ Consecutivo 02 del expediente digital.

² Consecutivo 03 y 05 del expediente digital.

³ Minuto 00:51:00 de la audiencia del 14 de julio de 2021 parte IV, consecutivo 37 del expediente digital.

⁴ Minuto 00:54:30 de la audiencia del 14 de julio de 2021 parte IV, consecutivo 37 del expediente digital.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Esta instancia es competente para conocer del recurso de apelación incoado por la parte demandada, al tenor de lo normado por el ordinal 3 del artículo 321 del Código General del Proceso.

2.- Bien pronto se advierte que la alzada no tiene vocación de prosperidad, y, por tanto, se confirmará el auto cuestionado,

3.- El *a quo*, en sustento del rechazo de la prueba, resaltó la inobservancia de los requisitos propios del testimonio; particularmente, lo relativo a la concreción de los hechos que se pretenden demostrar con la declaración como lo exige el artículo 212 del C.G.P.. En apoyo de su decisión, acotó que el señalamiento de los hechos 2 a 24 del libelo petitorio, en manera alguna satisfacen la concreción exigida respecto de la prueba oral, en tanto que dicha circunscripción resulta de tesura excesivamente abierta y abarca casi todos los hechos del libelo petitorio, lo que conduce a que, en la práctica, subsista la indeterminación que precisamente pretendió evitar el ordenamiento adjetivo.

4.- El recurrente, por su parte, insistió en el cumplimiento de las condiciones de especificidad del precepto 212 *ibidem*.

5.- En el asunto bajo examen, la enunciación realizada por el libelista no corresponde a la verdadera concreción de los hechos que aspira acreditar y que, a la letra de la norma, se erige como una condición de forzoso concurso con miras al decreto del medio de convicción suplicado.

De este modo, no emerge la determinación que alude el inconforme por la enunciación de los apartados factuales del 2 al 24 del libelo genitor, toda vez que se relieva que la súplica relaciona 24 eventos relevantes, de los cuales, el primero constituye una norma jurídica, sin que pueda-entonces- clasificarse dentro de esta categoría de cara a la aplicación del pluricitado artículo, y, de lo cual, sólo puede inferirse que la prueba pedida se refiere a todos los acaecimientos enmarcados por el extremo activo en la demanda.

Así las cosas, no es factible concluir que una precisión de este tipo, satisfaga la exigencia de la Ley procedimental que prescribe perentoriamente la enunciación concreta del objeto de la prueba. Distinto desenlace hubiese tenido la discusión abordada, de haberse manifestado expresamente sobre qué asuntos puntuales del relato factual versarían los testimonios implorados pues, pese a la vasta formulación, sería posible determinar el objeto del testimonio, circunstancia que, se repite, no se observa en el asunto *subjudice* que se limita a informar que los terceros testificaran sobre los numerales mencionados del acápite de hechos de la demanda..

Corolario de lo anterior, huelga concluir que, el auto objeto de la alzada debe ser confirmado.

III.- DECISIÓN

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

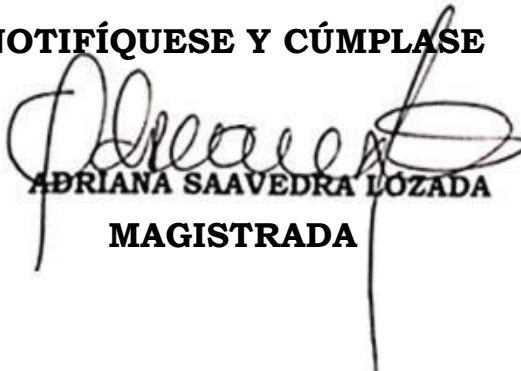
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión adoptada en la audiencia adiada 14 de julio de 2021, proferido por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el proceso al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
MAGISTRADA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Sustanciadora**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el auto adiado 27 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Bogotá, que rechazó la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.- Por la vía del proceso verbal, la parte promotora Luz Marina Vélez de Vallejo, formuló demanda contra Aspect Language Schools Ltda., con el fin de obtener la declaratoria de la existencia y validez del contrato de agencia comercial.

2.- El Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Bogotá inadmitió el libelo el 30 de julio de 2020¹, y, posteriormente, al no hallar satisfechos los requerimientos del proveído inadmisorio, rechazó la demanda por auto del 27 de agosto de 2020².

3.- Inconforme con esta determinación, el extremo activo interpuso recursos de reposición y en subsidio apelación³.

4. Por auto del 25 de septiembre de 2020⁴, el Juzgador de primer grado mantuvo incólume el proveído confutado y concedió la alzada, la cual pasa a desatarse previas las siguientes,

II.- CONSIDERACIONES

5.- Esta instancia es competente para conocer del recurso de apelación incoado por la parte activa, al tenor de lo normado por el ordinal 1° del artículo 321 del Código General del Proceso.

¹Archivo 4 del expediente digital.

² Archivo 11 del expediente digital .

³ Archivos 12 y 13 del expediente digital.

⁴ Archivo 17 del expediente digital.

6.- De entrada, se anuncia la prosperidad de los reparos del censor, y, por tanto, se revocará el auto cuestionado, por las razones que se pasan a exponer:

7.1- El *a quo* fundó el rechazo de la demanda en la indebida acumulación de pretensiones, pues, según explicó en la providencia desestimatoria de la causa, “...no es procedente solicitar por concepto de lucro cesante y daño emergente diferentes sumas de dinero, generadas de un mismo concepto como se solicita en la PRIMERA PRETENSIÓN CONSECUENCIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL y SEGUNDA PRETENSIÓN CONSECUENCIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL, y así en las siguientes por concepto de daño emergente...”.

7.2- De otro lado, el recurrente insistió en sus pedimentos, tras sostener que cada pretensión versa sobre un concepto distinto; por tanto, no contiene la indebida acumulación que dio lugar al rechazo. Resalta que tal circunstancia no se puede imponer como obstáculo para la admisión del libelo petitorio, pues, en sí misma no desconoce alguno de los requisitos formales dibujados por el ordenamiento adjetivo.

7.3- Sea lo primero precisar que, el propósito del auto inadmisorio es enderezar temprano el trámite, de cara a evitar el futuro e innecesario desgaste del sistema judicial que implicaría la imposibilidad final de dictar sentencia definitiva por la presencia de vicios enervantes, no de la prosperidad sustancial de las peticiones de la demanda, sino de la aptitud procesal del libelo.

Para tal fin, el sistema adjetivo ha otorgado al Juez del poder de diferir la aceptación del escrito genitor cuando advierta falencias patentes en el escrito genitor, que suponen elementos de forzosa presencia y embaracen el trámite desde el inicio del proceso.

En el *subexamine*, se evidencia que el *a quo* denuncia la anomalía del numeral 3 del artículo 90 *ibídem*, en tanto sostiene que no es posible solicitar simultáneamente el lucro cesante de la pretensión primera consecucional a la séptima principal y el daño emergente de la segunda consecucional a la séptima principal, apreciación que, igualmente, se extiende a la indebida acumulación de la indexación y los intereses de mora.

Entonces, conviene relieves la congruencia que debe imperar entre la providencia de inadmisión y la de rechazo, pues no debe perderse de vista que el inciso quinto de la norma en cita prescribe categóricamente que aquel proveído debe señalar “*con precisión*” los defectos de la demanda, sin que sea posible, posteriormente, ampliar dichos motivos o aducir unos distintos en la desestimación del libelo.

Escrutadas las actuaciones, surge nítido que al demandante se le requirió para replantear las pretensiones “...de forma clara y precisa, toda vez que la forma como se presentan no obedece a lo dispuesto por el art. 82 del CGP., a su vez deberán excluirse, la indexación o los intereses de mora o legales del 6% E.A., toda vez que las mismas no son concurrentes...”, y que, finalmente, la demanda se rechazó por la imposible reclamación paralela del lucro cesante y el daño emergente derivados de un solo hecho.

En esas condiciones, es patente que la perfecta concordancia explicada en líneas anteriores, no resulta cumplida por cuanto las razones de la inadmisión, fueron distintas a aquellas que conllevaron al rechazo y, en consecuencia, no podían ser impuestas, con posterioridad, como talanquera para denegar la aceptación de la causa suplicada, ya que violentan el derecho de defensa de la parte y representan una refutación injustificada al acceso a la administración de justicia.

Además, cumple resaltar que, de cualquier manera, no se advierte la indebida acumulación que sancionó el Funcionario de primer grado. Atendiendo la diferencia conceptual entre daño y perjuicios, es posible concebir la reclamación del lucro cesante y el daño emergente pese a que su fuente surja de la causación de un mismo daño, conceptualización más que aceptada dentro del ordenamiento colombiano⁵.

De otro lado, sobre la indexación y los intereses de mora, es palmario que, al margen de las discusiones sobre su procedencia dentro de éste tipo de asuntos comerciales, son conceptos que no se contraponen toda vez que, el primero corresponde al reintegro de la capacidad adquisitiva de la moneda perdida por el paso del tiempo, y, el segundo, a una indemnización por el incumplimiento de las obligaciones en cabeza del deudor moroso.

Estas precisiones dejan al descubierto, que no existe discrepancia conceptual alguna para la tramitación de las pretensiones así planteadas, y debe, finalmente, destacarse que su prosperidad por el asiento fáctico o jurídico que realmente las soporte, es una cuestión de fondo y no puede imponerse como un motivo de desestimación.

7.4.- Corolario de lo discurrido, huelga concluir que se revocará la decisión recurrida para que en, en su lugar, el *a quo* admita la demanda como quiera que el asunto recurrido fue la única razón del rechazo, de conformidad con las razones expuestas.

⁵ Vease sentencia Corte Suprema de Justicia del 12 de junio de 2018 SC2107-2018Radicación: 11001-31-03-032-2011-00736-01. M.P: Luis Armando Tolosa Villabona. Entre muchas otras.

III.- DECISIÓN

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

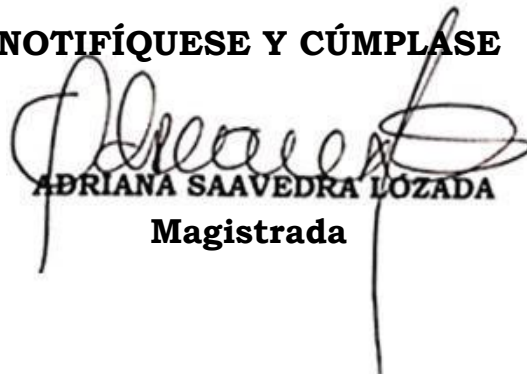
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto adiado 27 de agosto de 2021, proferido por el Juzgado Cuarto (4) Civil del Circuito de Bogotá, atendiendo a las consideraciones que se expusieron en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el proceso al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Ejecutivo
DEMANDANTE : Banco Davivienda S.A.
DEMANDADO : Nelson Ramiro Velandia Meléndez y Mario Enrique Velandia Meléndez
RECURSO : Apelación auto

ASUNTO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra la providencia de 7 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado 5º Civil del Circuito de ejecución de sentencias de esta ciudad, mediante el cual decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito.

ANTECEDENTES.

Banco Davivienda S.A. inició, en contra de Nelson Ramiro y Mario Enrique Velandia Meléndez, acción ejecutiva con el fin de obtener el recaudo de la obligación contenida en un pagaré. El 30 de julio de 2010, el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá libró mandamiento de pago en los términos pretendidos por la actora (Carpeta “01CuadernoUno”, Archivo “01CuadernoDigitalizado fl. 13). El 17 de agosto de 2011, asumió el conocimiento del proceso el Juzgado 13 Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, y tuvo por notificados a los demandados de conformidad con el art. 320 del C.P.C., (fls. 41 y 42 id.).

El 7 de septiembre de 2011, se ordenó seguir adelante con la ejecución (fls. 43 y 44 id.). Con auto de 14 de octubre de 2011, se aprobó la liquidación de costas que elaboró la secretaría (fl.46 id.) y el 23 de abril de 2021 la liquidación de costas que presentó la parte actora (fl.48 id.). El 24 de enero de 2014, se remitió el expediente al Juzgado 5º Civil de Ejecución de Sentencias de esta ciudad (fl.50 id.), quien el 7 de diciembre de 2020, terminó el proceso por desistimiento tácito.

Inconforme con tal decisión la entidad bancaria interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

LOS RECURSOS.

La abogada censora alegó¹ que: (i) se encuentra pendiente de “atender unas medidas cautelares solicitadas y en trámite”, (ii) no se configuró la inactividad por 2 años, pues el 2 de diciembre de 2020, se petitionó la actualización del oficio que comunicó el embargo de las cuentas bancarias que se decretó el 15 de septiembre de 2017, y que se requiriera al patrimonio autónomo “Portal de Pontevedra II” cuya vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A., para que den respuesta a la solicitud de embargo que se radicó el 25 de septiembre de 2015, (iii) el literal c) del art. 317 del C.G.P., indica que cualquier actuación de oficio o petición de parte de cualquier naturaleza interrumpe los términos allí previsto.

El *a quo* confirmó su decisión el 9 de marzo de de 2021 y concedió la alzada en efecto suspensivo.

El expediente se radicó en el Tribunal el 6 de agosto de 2021.

CONSIDERACIONES

¹ Cfr. Carpeta “01CuadernoUno”, Archivo “01CuadernoDigitalizado fls. 55 y 56

Sobre el tema materia de decisión, el art. 317 del C.G.P. consagró la terminación anormal del proceso por desistimiento tácito, señalando en el numeral segundo: “cuando un proceso o actuación de cualquier naturaleza, en cualquiera de sus etapas permanezca inactivo en la secretaría del despacho, porque no se solicita o realiza ninguna actuación durante el plazo de un (1) año en primera o única instancia, contados desde el día siguiente a la última notificación o desde la última diligencia o actuación, a petición de parte o de oficio, se decretará la terminación por desistimiento tácito sin necesidad de requerimiento previo. En este evento no habrá condena en costas o perjuicios a cargo de las partes”.

De igual forma, precisó las reglas que se deben observar para dar aplicación al desistimiento por esa causa, entre las que se destacan, para el caso objeto de análisis, que “b) Si el proceso cuenta con sentencia ejecutoriada a favor del demandante o auto que ordena seguir adelante la ejecución, el plazo previsto en este numeral será de dos (2) años; c) Cualquier actuación, de oficio o a petición de parte, de cualquier naturaleza, interrumpirá los términos previstos en este artículo (...)”

Bajo las anteriores directrices, del estudio y revisión de la actuación surtida en el *sub lite*, sin lugar a mayor discusión, encuentra el Tribunal que no procedía la aplicación del desistimiento tácito, como lo consideró el *a quo* por las siguientes razones:

Obsérvese que, en auto de 9 de marzo de 2021², mediante el cual se resolvió el recurso de reposición contra el auto opugnado se señaló que “sí existe una solicitud de actualización de oficio radicada el 2 de diciembre de 2020, por la parte actora (fl. 131 cd. 1), no obstante, fíjese que el escrito fue presentado un año después de vencer el término de los dos años, es decir, que no interrumpió ningún término, pues se reitera

² Cfr. Carpeta “01CuadernoUno”, Archivo “01CuadernoDigitalizado fls. 58 y 59

el mismo ya estaba más que vencido”, argumentos que a todas luces van en contravía de los postulados contenidos en el artículo 317 del C.G.P., puesto que en la norma en comento no se prohibió la actuación de las partes dentro del proceso una vez se haya cumplido el término de 2 años, si aún no se ha aplicado la sanción legal del desistimiento; por tanto, cualquier acto idóneo tendiente a satisfacer la obligación cobrada sería suficiente para impedir su culminación de ese modo, tal como lo hizo la parte recurrente con el escrito de 2 de diciembre de 2020.

Téngase en cuenta que el *a quo* desestimó el memorial mencionado cuya finalidad era que se ordenara la actualización del oficio “en el cual decreta el embargo de las cuentas bancarias de los demandados... ordenado en auto de 15 de septiembre de 2017”, pues indicó que “no se advierte que exista una solicitud de medida cautelar pendiente de respuesta, inclusive a folio 128 del cuaderno 2, se observa cómo una vez librado el oficio circular por la oficina de ejecución, en el mes de septiembre de 2017, nunca fue tramitado por el extremo interesado, circunstancia que deja ver con claridad el abandono en el que la parte ejecutante tenía el proceso”, sin embargo, esta petición resulta procedente y tiene la facultad de interrumpir el término, si hubiere lugar a ello, tal como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al indicar que:

“No todo escrito interrumpe el término del desistimiento tácito, lo es aquél que da cuenta de la efectividad y materialización de la carga procesal que se ha ordenado, o para el caso de los procesos ejecutivos donde existe sentencia o auto de seguir adelante con la ejecución, **la interrupción se logra únicamente con actuaciones tendientes a la obtención del pago de la obligación o actos encaminados a lograr la cautela de bienes o derechos embargables del deudor, a fin de rematarlos y satisfacer el crédito perseguido**”³.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, STC4206-2021.

Por lo tanto, como el oficio que comunica el embargo de las medidas cautelares que se habían decretado no había sido tramitado por la parte demandante como lo reconoce el juez de primera instancia, era totalmente procedente ordenar su actualización, porque da impulso al proceso para lograr la satisfacción de su crédito y se presentó antes de que se profiriera el auto de terminación. Además, existen medidas cautelares pendientes de respuesta como la solicitud de embargo que se radicó el 25 de septiembre de 2015, al patrimonio autónomo “Portal de Pontevedra II” cuya vocera es la Fiduciaria Bogotá S.A.

Los jueces de ejecución tienen a su cargo el cumplimiento de las sentencias que ordenan el pago de la obligación de manera que si el expediente informa de su decreto y hacen falta respuestas, o si se han tramitado órdenes cautelares, es él quien tiene el deber de verificar si se hicieron efectivas como poner todo su empeño en determinar si algún bien fue cautelado en virtud de las emitidas en el juicio y no limitarse, con actitud pasiva, a que sean las partes las que le indiquen que hacer o cómo actuar, porque es el director del proceso (art. Art. 42 C.G.P.) y debe velar por “su rápida solución” e “impedir su paralización”, lo cual no se logra esperando que se transcurran dos años para terminarlo por un presunto desistimiento tácito, pese a que tiene las facultades y los medios para adelantar el proceso y hacer efectivos los derechos de las partes.

Sean estos motivos más que suficientes para revocar la decisión objeto de cesura.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia de 7 de diciembre de 2020 proferida por el Juzgado 5º Civil del Circuito de ejecución de sentencias de esta ciudad, por las razones esbozadas.

SEGUNDO: Sin condena en costas ante la prosperidad del recurso.

TERCERO: Oportunamente, devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 11001 3103 005 2015 00798 05
Proceso: Verbal
Recurso: Apelación de Sentencia
Demandante: Transatlantic International Traders Inc.
Demandada: Liberty Seguros S.A.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión de 8 de septiembre de 2021 según
acta de la fecha]

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

1. La sociedad Transatlantic International Traders Inc. promovió demanda¹ contra Liberty Seguros S.A., orientada a que se declare lo siguiente **(i)** la ocurrencia de los siniestros de *buen manejo y correcta inversión del anticipo y cumplimiento*, amparados en la póliza No. 2220854 y **(ii)** que la demandada incumplió la obligación de pagar la indemnización derivada de la ocurrencia de los referidos riesgos.

Consecuencialmente, que se condene a Liberty Seguros S.A. a pagar las siguientes sumas de dinero: **a)** Un millón doscientos cincuenta mil dólares americanos (USD

¹ Cfr. Folios 48 y ss del cuaderno 1.

1.250.000), ante la ocurrencia del siniestro de *buen manejo del anticipo*, o el valor que se pruebe dentro del proceso, junto con los intereses moratorios causados a partir del 19 de marzo de 2014, o la fecha que se establezca como formalización del reclamo al asegurador o, en subsidio, desde la notificación del auto admisorio de la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio y **b)** doscientos cincuenta mil dólares americanos (USD 250.000), ante la ocurrencia del siniestro de *cumplimiento*, o el valor que se pruebe dentro del proceso, junto con los intereses moratorios causados a partir del 19 de marzo de 2014, o la fecha que se establezca como formalización del reclamo al asegurador o, en subsidio, desde la notificación del auto admisorio de la demanda.

2. Los hechos que sustentan tales pretensiones se resumen así:

- El 4 de julio de 2013 la demandante celebró con la sociedad AFG Group International CO INC el contrato No. AFG-TA-ACLD-0613, cuyo objeto consistió en la prestación de servicios de consultoría empresarial para el estudio técnico económico, diseños y asesoría para la implementación de una planta de generación de Etanol.

- El valor del contrato se pactó en la suma de dos millones quinientos mil dólares americanos (USD 2.500.000), de los cuales se pagarían un millón doscientos cincuenta mil dólares americanos (USD 1.250.000) como anticipo, y el valor restante al finalizar el objeto del negocio jurídico.

- Liberty Seguros S.A. expidió la póliza de cumplimiento entre particulares No. 2220854, para garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, en el curso del contrato de consultoría en mención, cuyos amparos, vigencias y valores aparecen discriminados en la aludida póliza.

- El 17 de julio de 2013 la demandante le transfirió a AFG Group International CO INC el valor del anticipo acordado, mediante transferencia electrónica. Sin embargo, esta no cumplió las obligaciones del contrato amparado, ni invirtió el valor del anticipo en la forma pactada, en virtud de lo cual la demandante le solicitó a la aseguradora el pago de la respectiva indemnización, pero esta objetó la reclamación de modo extemporáneo y en forma infundada, sin parar mientes en que el incumplimiento

del contrato por parte de AFG Group International CO INC le irrogó enormes perjuicios, como quiera que también *“fue declarada incumplida por parte del fondo de inversión creado para desarrollar proyectos energéticos”*.

3. La compañía demandada contestó el libelo oponiéndose a las pretensiones mediante la formulación de las excepciones de mérito que denominó *inexistencia de obligación a cargo de Liberty frente a Transatlantic por mala fe del tomador y del asegurado y beneficiario, inexistencia de siniestro en el amparo de anticipo, ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de anticipo, inexistencia de siniestro en el amparo de cumplimiento, ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de cumplimiento, contrato no cumplido, cobro de lo no debido, ausencia de mora de Liberty Seguros S.A., prescripción, compensación y excepción genérica*².

Además, propuso excepciones previas que no prosperaron³, y llamó en garantía a la sociedad AFG Group International CO INC, que se notificó y propuso los siguientes medios exceptivos de fondo: *contrato no cumplido, cobro de lo no debido, mala fe de la sociedad demandante y excepción genérica*.⁴

4. Agotadas las etapas procesales pertinentes, la autoridad de primer grado decidió de fondo la controversia sometida a su consideración, mediante fallo de 9 de julio de 2020, en el que denegó las pretensiones de la demanda.

II. LA SENTENCIA APELADA

La Jueza de primera instancia aludió a la normatividad que rige el contrato de seguro e hizo énfasis en los amparos de cumplimiento y de anticipo, luego de lo cual efectuó el análisis de la póliza No. 2220854, y se refirió a los medios de defensa de fondo invocados, advirtiendo que la prescripción alegada fue resuelta al desatar las excepciones previas que formuló la demandada.

Estudió en conjunto los demás medios exceptivos propuestos por la aseguradora y por la llamada en garantía, dado que, en esencia, en sustento de los mismos se

² Cfr. Folios 133 y ss, *ibidem*

³ Cfr. Cuaderno 3

⁴ Cfr. Cuaderno 2

plantearon argumentos comunes, orientados a demostrar que no existió el pago del anticipo pactado en el contrato de consultoría porque los recursos transferidos se destinaron a un contrato diferente, y que esa fue la razón por la que nunca se suscribió el acta de iniciación de dicho negocio jurídico, en virtud de lo cual no se afectó la póliza.

Halló debidamente acreditada la existencia del contrato de consultoría, así como la constitución de la póliza de seguro de cumplimiento para particulares No. 2220854 e, igualmente, el convenio maestro de colaboración para participación en utilidades “*Master Profit - Sharing, Partnership Agreement*”, este último aportado en copia simple por la aseguradora demandada.

Observó que de “*los dos contratos suscritos, uno entre TIT y AFGI (consultoría), y el otro entre CIG Energy Fund Inc con AFGI (convenio master de inversión)*”, se dio ejecución al último de estos, por cuanto las pruebas permiten corroborar “*la inejecución del contrato de consultoría*”, toda vez que “*se omitió suscribir el acta de iniciación*” que constituía el puntal para contabilizar los 180 días de ejecución del mismo.

Precisó que “*los intervinientes involucrados en los convenios dieron curso al contrato master de inversión con los recursos transferidos, y no al contrato de consultoría, por lo que en ese contexto no resulta factible afectar la póliza de cumplimiento, en la medida en que no se establece que los referidos recursos ineludible, incontrastable e inequívocamente comportaban el pago del anticipo en función del contrato de consultoría*”.

Con apoyo en tales motivaciones, la funcionaria judicial declaró fundadas las excepciones de *inexistencia de la obligación a cargo de Liberty frente a Transatlantic por mala fe del tomador y del asegurado y beneficiario, inexistencia de siniestro en el amparo de anticipo, ausencia de demostración de siniestro que afecte el amparo de anticipo e inexistencia de siniestro en el amparo de cumplimiento*, propuestas por la aseguradora demandada, y las de *contrato no cumplido, cobro de lo no debido y mala fe de la sociedad demandante*, invocadas por la llamada en garantía. Negó las pretensiones de la demanda, declaró terminado el presente asunto y condenó en costas a la parte actora.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

Los argumentos aducidos por el apoderado judicial de la sociedad demandante se concretan a los siguientes: desacertada la valoración probatoria, teniendo en consideración que “ese supuesto convenio” al que se alude en el fallo es inexistente, lo que le hizo saber a la directora de proceso al informarle que el documento original no reposaba en el litigio al que se hizo referencia en la contestación de la demanda, de donde surge que la Jueza desconoció lo dispuesto en el artículo 245 del Código General del Proceso; que la aseguradora obró con temeridad y falta de lealtad procesal, habida cuenta que quien aporta un documento en copia debe indicar en dónde se encuentra el original; que no existe certeza acerca del suscriptor del supuesto contrato *Master Profit - Sharing, Partnership Agreement*, convenio que, por demás, “presenta sellos parciales, firmas y sellos ilegibles”, al punto que en el interrogatorio que absolvió el señor Carlos León Aponte expresó que jamás lo firmó, situaciones que pasó por alto la autoridad, contraviniendo lo reglado en el artículo 272 *ibídem*, debido a que dejó de lado que si bien se adelantaron conversaciones para su celebración, lo cierto es que nunca se perfeccionó, tal y como lo dijo la testigo Mikaela Leherer Alarcón, y lo dejó entrever el representante legal de Liberty Seguros S.A. en su interrogatorio, tras manifestar que no le constaba la suscripción del convenio.

Alegó que en ambas instancias se negó la tacha de falsedad que propuso en relación con el documento en mención; que la *a quo* no procuró “*buscar la verdad real*”, descuidando los deberes a los que se refirió la Corte Constitucional en la sentencia SU768 de 2014; que instauró denuncia penal por los delitos de falsedad en documento y fraude procesal; que el supuesto convenio se suscribió en Panamá y las partes acordaron que se regiría por las leyes de ese país y por las de Estados Unidos, de donde surge de manifiesto la falta de jurisdicción y competencia, amén que para que dicho documento fuera valorado se requería el cumplimiento de los requisitos de que tratan los artículos 480 del Código de Comercio y 251 del C. G. del P.; que las copias tienen el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia; que en la sentencia SU774 de 2014 se dejó sentado lo atinente a la autenticidad de las pruebas documentales y se analizó la incertidumbre sobre la prueba de los hechos; que en el fallo la *a quo* aludió a varios correos electrónicos enviados por el señor Vladimir Álvarez, de los que infirió que las partes acordaron destinar el dinero del anticipo al convenio Master de colaboración y no al contrato de consultoría, planteamiento que pasó

por alto que tres de esos mensajes (el del 9 de julio y dos del día 15 de ese mes) dan cuenta que el convenio no se suscribió en la fecha que indicó la demandada, esto es, el 15 de julio de 2013 y, además, que ninguno de los destinatarios respondió esos mails, de donde se sigue que no aceptaron el mismo; que la suscripción del acta de inicio no era necesaria para efectuar el anticipo; que quedó demostrado que la demandante sí requirió a AFG GROUP para que cumpliera el contrato, lo que corroboró la testigo Mikaela Laheder Alarcón y, finalmente, que la demandada no objetó la reclamación con base en los argumentos que expuso en el proceso y, por el contrario, afirmó que el contrato de consultoría sí existió.

IV. CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se encuentran reunidos a cabalidad y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. Para lo que debe resolverse el seguro de cumplimiento es un contrato celebrado entre una compañía de seguros y un tomador, comúnmente denominado afianzado, en el que la aseguradora garantiza el cumplimiento por parte del citado tomador de unas obligaciones contenidas por la ley o en un convenio, encuentra consagración legal en el artículo 2 de la Ley 225 de 1938 que estableció que su objeto sería el amparo del “*cumplimiento de obligaciones que emanen de leyes y contratos*”.

2.1. La jurisprudencia sobre el seguro en comento ha precisado que:

“Bajo esta modalidad negocial, entonces, se asegura "...la satisfacción oportuna de las obligaciones emanadas de otro negocio jurídico, lato sensu, de suerte que, si el contratante 'afianzado' no lo hace, in concreto, deberá la compañía aseguradora indemnizar los perjuicios patrimoniales dimanantes de la inejecución prestacional, merced a su indiscutido carácter reparador, sin perjuicio de los regulado por el art. 1110 del estatuto mercantil”⁵.

Sobre el tema en cuestión se ha dicho que:

“Por esto, ocurrido el riesgo, el beneficiario del seguro, es decir, el acreedor de la obligación incumplida, debe demostrar, frente a un reclamo judicial o extrajudicial, amén de ese hecho, el daño derivado del incumplimiento, así como su cuantía (artículo 1077 del Código de Comercio), pues por tratarse de un seguro que lo rige el principio indemnizatorio (artículo 1088, ibidem), la obligación de resarcir los perjuicios no puede ir más allá del detrimento patrimonial efectiva y realmente causado, el cual bien puede ser menor de la suma tope asegurada.

Como lo tiene dicho la Corte, esa carga probatoria se explica, de un lado, porque la compañía aseguradora no asume una deuda ajena, sino la “propia estipulada en la póliza”, y de otro, porque el “seguro de cumplimiento

⁵ C.S.J., cas. civ. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670

(...) no es un seguro de valor admitido que permita deducir que el valor de la indemnización a cargo del asegurador es igual al valor asegurado que aparece en la póliza”⁶,⁷

3. En el presente asunto se encuentra acreditado que se celebró un contrato de consultoría⁸ AFG/TA /ACLD-0613 entre TRANSATLANTIC INTERNATIONAL TRADERS INC, como contratante, y AFG GROUP INTERNATIONAL CO. INC., como consultor en el que se determinó como objeto del contrato en la cláusula tercera que la primera acordó encomendar a la segunda “los servicios de consultoría empresarial para el Estudio Técnico – Económico, diseños y asesoría para la implementación de una planta para la generación de Etanol a partir de la caña de azúcar en la Región de la Hoya del Río Suarez en el Departamento de Santander, República de Colombia y consultoría de negocio en general”.

Tampoco está en discusión que Liberty Seguros expidió la Póliza de Seguro de Cumplimiento para Particulares No. 2220854 el 9 de julio de 2013, con una vigencia desde el 04/07/2013 y hasta el 4 de marzo de 2014, como tomador y afianzado AFG GROUP INTERNATIONAL C O. INC, así como asegurado y beneficiario TRANSTLANTIC INTERNATIONAL TRADERS INC, que ampara el cumplimiento del contrato en US 250.000, así como el buen manejo de anticipo por US 1’250.000.

3.1. En lo tocante con al amparo por anticipo, es del caso precisar la diferencia entre éste y el pago anticipado, el primero se trata de un préstamo que se le realiza al contratista para la ejecución del contrato y el segundo, implica abonar parte del valor total del negocio. Sobre el particular el Consejo de Estado⁹ ha precisado que:

*“En la práctica contractual administrativa con fundamento en la ley, lo usual es que la entidad pública contratante le entregue al contratista un porcentaje del valor del contrato, a título de anticipo, **el cual habrá de destinarse al cubrimiento de los costos iniciales en que debe incurrir el contratista para la iniciación de la ejecución del objeto contratado.** De ahí que se sostenga que es la forma de facilitarle al contratista la financiación de los bienes, servicios u obras que se le han encargado con ocasión de la celebración del contrato. Se convierte así este pago en un factor económico determinante para impulsar la ejecución del contrato [...] En estas condiciones, si el anticipo se entrega al contratista antes o simultáneamente con la iniciación del contrato, esto es, cuando aún el contratista no ha prestado el servicio, ejecutado la obra o entregado los bienes y precisamente espera dicha suma para iniciarlo y la fecha de ese pago marca la pauta para el cómputo del término del contrato, el pago de la suma de dinero que las partes convengan a ese título se hace en calidad de préstamo. Esto significa que las sumas entregadas como anticipo son de la entidad pública, y ésa es la*

⁶ C.S.J. Sentencia 170 de 21 de septiembre de 2000, expediente 6140.

⁷ C.S.J. 7 de noviembre de 2007, Exp. C-7600131030141999-01083-01

⁸ Fl. 10 y s.s. del 01Cuaderno01

⁹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, expediente 13436, 22 de junio del año 2001

razón por la cual se solicita al contratista que garantice su inversión y manejo y se amortice con los pagos posteriores que se facturen durante la ejecución del contrato” (negrilla fuera de texto).

3.2. Ahora bien, en las condiciones generales del contrato de seguro¹⁰ se advierte que se distingue entre el amparo por anticipo y el pago anticipado, definiéndose de la siguiente forma:

“1.2 AMPARO DE ANTICIPO.

*EL AMPARO DE ANTICIPO CUBRE A LA ENTIDAD CONTRATANTE ASEGURADA, CONTRA LOS PERJUICIOS SUFRIDOS CON OCASIÓN DEL USO O APROPIACIÓN INDEBIDA QUE EL CONTRATISTA GARANTIZADO HAGA DE LOS DINEROS O BIENES QUE SE LE HAYAN ENTREGADO EN CALIDAD DE ANTICIPO, **PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO.** EN TAL SENTIDO, SE ENTENDERÁ QUE EXISTE USO O APROPIACIÓN INDEBIDA DE LOS DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TÍTULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES ENTREGADOS A TÍTULO DE ANTICIPO EN EL EVENTO EN QUE TALES DINEROS O BIENES NO SEAN UTILIZADOS EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO*

(...)

ESTE AMPARO NO SE EXTIENDE A CUBRIR EL USO DE LOS DINEROS ENTREGADOS COMO PAGO ANTICIPADO AL CONTRATISTA GARANTIZADO, RIESGO ESTE QUE TAMBIÉN SE CUBRIRÁ EN LOS EVENTOS A QUE HAYA LUGAR Y SEGÚN SE DEFINE EN OTRA PARTE DE ESTA PÓLIZA” (negrilla fuera de texto).

“1.3 AMPARO DE PAGO ANTICIPADO.

EL AMPARO DE PAGO ANTICIPADO CUBRE A LA ENTIDAD CONTRATANTE ASEGURADA FRENTE A LOS PERJUICIOS DERIVADOS DEL NO REINTEGRO POR PARTE DEL CONTRATISTA GARANTIZADO, DEL SALDO A SU CARGO, CORRESPONDIENTE A LA DIFERENCIA EXISTENTE ENTRE EL MONTO RECIBIDO COMO PAGO ANTICIPADO Y EL PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO. (...).”

A su turno en el contrato de consultoría se estipuló en lo tocante a la retribución y la forma como se cancelaría¹¹ que:

“CLÁUSULA SEXTA: Las partes acuerdan que en calidad de contraprestación por los servicios prestados, AFG GROUP INTERNATIONAL CO. INC. Percibirá un valor total de Dos Millones Quinientos Mil Dólares Americanos (USD2.500.000.00), moneda de curso legal de los Estado Unidos de América, que será cancelado mediante un único pago por TRANSATLANTIC INTERNATIONAL TRADERS INC a AFG GROUP INTERNATIONAL CO INC., al momento en que esta última haya adquirido por parte de una compañía internacional de seguros las garantías mencionadas en la cláusula Décima del presente contrato a favor del Contratante y las mismas sean entregadas a conformidad del Contratante.

¹⁰ FI. 77 C. 01Cuaderno01

¹¹ FI. 12 C. 01Cuaderno01

El primer pago como Anticipo por un valor del 50% del total del contrato, correspondiente a un millón doscientos cincuenta mil dólares americanos (USD1.250.000) y el segundo pago y final por un valor del total del 50% del total del contrato al finalizar el objeto del contrato, correspondiente a un millón doscientos cincuenta mil dólares americanos (USD 1250.000.000).

Resáltese que la definición de “*anticipo*” en las Condiciones Generales está vinculada con el suministro de recursos para la ejecución del contrato, mientras que el pago anticipado corresponde con los montos no reintegrados por el contratista respecto de lo no cumplido en el contrato.

Analizado lo estipulado en el contrato de consultoría debe advertirse que a pesar de haberse denominado como “*anticipo*” el monto entregado por la entidad demandante a la contratista, no se indicó que fuera a ser utilizado para el desarrollo del proyecto, sino que se trató de un pago anticipado como se deduce del tenor literal de la cláusula sexta, y en esas precisas circunstancias la no devolución de los dineros no está cobijada por el amparo de anticipo.

3.3. Si bien bastarían los anteriores argumentos para confirmar la decisión censurada, y aceptando en gracia de discusión que los dineros fueron entregados para la ejecución del contrato, de lo cual se itera no existe prueba, recuérdese que el seguro de cumplimiento tenía como objeto “*el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones a cargo del garantizado, originados en virtud de la ejecución del contrato*”¹², el que se entendería vigente conforme lo pactado en la cláusula octava del contrato de consultoría “*desde el momento de su perfeccionamiento hasta la fecha de la suscripción del Acta Final del mismo*”, cosa que solo sucedería una vez fuera suscrita el acta de iniciación, lo que aquí no ocurrió, hecho que se encuentra acreditado con confesión por apoderado judicial al descorrer el traslado de las excepciones conforme lo preveía el artículo 197 del C. de P., y con el testimonio de Micaela Leherer, a la sazón dependiente de la entidad actora, quien narró que no se firmó el acta de iniciación, ya que una vez se hizo la transferencia comenzó a llamar (a AFGI) pero no recibió respuesta. Luego si el contrato no se empezó a ejecutar era claro que no podía aducirse que la póliza de seguro de cumplimiento se siniestró.

¹² Fl. 75 C. 01Cuaderno01.

3.4. El hecho de que los dineros entregados por la demandante a la contratista hayan sido utilizados en el desarrollo del “*Convenio Maestro de Colaboración para participación en utilidades*” suscrito por quienes son parte del contrato de consultoría, lo único que ratifica es que este último nunca se ejecutó.

3.4.1. El recurso de apelación formulado por la parte actora se dirige a atacar la valoración del denominado convenio maestro, como quiera que se vulneraron disposiciones del Código General del Proceso.

Para resolver la alzada advierte la Sala que si bien es cierto el convenio maestro atrás referido se allegó en copia simple y no existe certeza de que hubiera sido prueba en el proceso que se tramitó en el Juzgado Primero Civil del Circuito, no menos cierto es que cuando se le preguntó al representante legal de la actora si la rúbrica que aparecía en dicho documento era la suya la respuesta fue positiva, de suerte que al tenor de lo reglado en el artículo 244 del C.G.P., se entiende auténtica al existir certeza sobre quienes lo firmaron.

A lo que debe agregarse que, aunque se aceptase en gracia de discusión que el citado convenio no podía tenerse en cuenta como prueba, esa sola circunstancia no cambiaría la decisión, habida cuenta que como atrás se indicó no se probó idóneamente que la suma entregada haya sido por concepto de anticipo y que el contrato hubiera iniciado su ejecución, aspectos que igualmente llevarían a la negativa de las pretensiones.

4. De acuerdo con lo discurrido, se confirmará la sentencia censurada, aunque por lo explicado en esta providencia.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2020 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada. Por concepto de agencias en derecho de esta instancia la Magistrada Sustanciadora las fija en la suma de \$4'000.000,00.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Adriana Ayala Pulgarin.
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

Verbal
Demandante: Gloria Liliana Robayo Reina
Demandado: Luis Enrique Lara Torres
Exp. 006-2019-00828-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

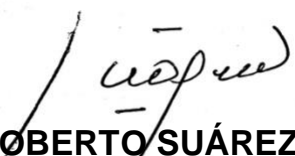
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D.C., veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno

Se admite el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, en el efecto devolutivo. En cumplimiento de lo reglado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se concede a la parte recurrente el término de 5 días para que sustente su impugnación. Vencido este período, comienza a correr el plazo de 5 días para que se pronuncie su contraparte.

No obstante, es importante resaltar que la censura también se plantea “respecto...a las agencias en derecho que en este momento se tasan en \$10.000.000”, rubro que, muy a pesar de encontrarse en un segmento del fallo del *a quo*, no puede cuestionarse a través de la apelación contra la sentencia, en tanto que el artículo 366 del Código General del Proceso prevé que “la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”, oportunidad en que deberá canalizarse cualquier inconformidad sobre el particular. Por lo tanto, se declara **INADMISIBLE** la alzada en lo referente a este tópico.

Notifíquese,


LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso N.º 110013103010201700645 **03**
Clase: EJECUTIVO a continuación de VERBAL
Ejecutante: IVÁN HERNANDO SUÁREZ VARGAS
Ejecutada: CORTÉS CAÑÓN INGENIEROS CIVILES S.A.S.

Sentencia discutida y aprobada en sala n.º 33 de 7 de septiembre del año en curso.

Con fundamento en el artículo 14, inciso 2º del Decreto Legislativo 806 de 4 de junio de 2020, el Tribunal emite sentencia escrita con motivo del recurso de apelación interpuesto por la ejecutada contra el fallo escrito que el 13 de mayo de 2021 profirió el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá, mediante el cual declaró infundadas las excepciones de mérito y, en consecuencia, ordenó seguir adelante la ejecución en los términos del mandamiento de pago.

ANTECEDENTES

1. Iván Hernando Suárez Vargas, Samuel Alejandro Suárez Serrano, Alejandra Cecilia Ruiz Ayala, Cristhian Eduardo e Iván David Suárez Ruiz, Fanny Bermúdez Marín, Paula Alejandra López Serrano y Álvaro Serrano Sánchez convocaron a juicio ejecutivo a Cortés Cañón Ingenieros Civiles S.A.S., para obtener el pago de \$949.660.871,00.

2. Como sustento de sus súplicas, acotaron, en síntesis, que en el juicio verbal (responsabilidad extracontractual por accidente de tránsito) que antecede a esta ejecución, mediante sentencia de 23 de octubre de 2018 proferida por el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá, se dispuso, entre otras cosas, “declarar civilmente responsable a Cortés Cañón Ingenieros Civiles S.A.S. [por] el accidente de tránsito ocurrido el 5 de mayo de 2016 en el que fallecieron los señores William Alexander Suárez Ruiz y Diana Marcela Serrano” y, en consecuencia, condenarla al pago, a favor de los actores, de un total de \$949.660.871,00 por concepto de los perjuicios materiales y extra patrimoniales que padecieron con ocasión del óbito de los precitados.

3. Mediante proveído de 3 de diciembre de 2018 se libró mandamiento de pago en la forma como se solicitó, determinación que fue

notificada por estado a la demandada, quien se opuso a las súplicas y excepción:

a) “*pago*”: soportada en que, al conminársele al pago de lucro cesante futuro, la obligación no es actualmente exigible, “*ya que no se sabe aún la fecha de vencimiento para su respectivo cobro*”; en cuanto a los perjuicios morales, dicho detrimento “*debe tener como base 1.000 gramos oro y no como erradamente lo pretende el libelista y como igualmente se está librando mandamiento de pago*”; en cuanto a la condena por daño a la vida de relación, la jurisprudencia ha considerado que “*no lo sufren directamente los familiares*”, motivo por el cual no pueden ser objeto de cobro.

b) “*compensación*”: sus oponentes no integraron en debida forma el contradictorio, “*ya que se debió demandar también al conductor del vehículo*” involucrado en el accidente de tránsito, así como a “*Liberty Seguros S.A. con la cual se había adquirido [la] póliza n.º 10478 contra todo riesgo*”.

c) “*llamamiento en garantía o de oficio*”: consistente en que “*debió ser citada la compañía de seguros Liberty Seguros S.A...., tal como lo disponen los artículos 64 y 72 del Código General del Proceso*”.

d) “*temeridad y mala fe*”: dado que el Juzgado 27 Penal del Circuito con función de conocimiento de Bogotá, mediante decisión de 4 de octubre de 2018, declaró la preclusión de la investigación contra el conductor del rodante involucrado en el accidente de tránsito, sin que el apoderado de las víctimas hubiere interpuesto recurso alguno, por lo que, de acuerdo con lo que se dilucidó en el campo punible, “*no podía existir fundamento legal para proferir sentencia en [su] contra, como supuesta responsable de [los] perjuicios a los aquí ejecutantes, ya que de acuerdo con la decisión de la jurisdicción penal, no [existieron]*”.

4. La sentencia anticipada de primera instancia.

Surtido el trámite correspondiente, el *a quo* dictó sentencia en la que desestimó las defensas postuladas, ordenó seguir adelante la ejecución en la forma prevista en el mandamiento de pago y decretó el avalúo y posterior remate de los bienes cautelados y de los que se embarguen y secuestren con posterioridad.

Como sustento de la decisión, comenzó por recordar que el numeral 2º del artículo 442 del CGP, tan solo permite oponer en esta clase de ejecuciones, en las que el título está compuesto por una sentencia judicial, las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, por lo que, de los cuatro medios exceptivos propuestos, tan solo estudió los titulados como “*pago*” y “*compensación*”.

En relación con el primero, destacó que no se halla demostrado en el presente asunto, por cuanto “*hasta la fecha no se puede predicar pago, al no*

haberse satisfecho la obligación como está plasmada en la sentencia que le puso fin al proceso declarativo”, máxime que esta excepción se soportó en premisas que no revelan la solución efectiva del débito reclamado, al manifestarse “que se hacen unos cobros que se consideran indebidos, como lo que atañe al lucro cesante, [perjuicios morales y daño a la vida de relación]”; en cuanto al segundo, también lo halló impróspero, pues “nunca se demostró la existencia de obligaciones recíprocas y que estas” se encuentren en “las condiciones jurídicas” a que aluden los artículos 1714 y 1715 del Código Civil, tanto más cuando, al abrigo de este modo extintivo de la obligación, se está poniendo de presente una circunstancia completamente ajena, como lo es la falta de integración del contradictorio.

En resumidas cuentas, estimó el juez *a quo* que las excepciones propuestas “no se compadecen con lo establecido en el artículo 442 del CGP, ni con las normas que” gobiernan los institutos de compensación y pago como modos de extinguir las obligaciones.

5. El recurso de apelación.

Inconforme con esa decisión, la demandada la impugnó con soporte en los siguientes tres reparos:

a) El juzgador de primer grado carecía de competencia para proferir el fallo impugnado, al haber expirado el término a que alude el artículo 121 del CGP.

b) Al limitar el estudio de las excepciones a las de pago y compensación, quebrantó su derecho a un debido proceso y desconoció el contenido de la sentencia de 12 de agosto de 2015 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (STC10699-2015), que, en su criterio, obliga al fallador a estudiar las demás excepciones a pesar de las limitaciones legales.

c) La pretensión de pago por lucro cesante futuro “no constituye título ejecutivo, por cuanto no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 422 del CGP, exactamente por no ser actualmente exigible”.

d) “Se omitió el hecho que el vehículo” con el que se causó el accidente de tránsito, “contaba con pólizas de todo riesgo y Soat, las cuales responden económicamente hasta el monto de sus amparos, y cuyas sumas de dinero que le fueren canceladas a los demandantes por la Compañía de Seguros, deberán compensarse con los valores objeto de sentencia”.

Tales motivos de disentimiento fueron sustentados en la oportunidad que regula el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, la actuación se desarrolló con normalidad y no se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a la presente decisión, en los términos y con las limitaciones que establecen los artículos 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP, y la jurisprudencia (CSJ. STC.2061/2017 de 30 agosto).

2. En cuanto al primer motivo de disentimiento fundado en que el juzgador de primer grado carecía de competencia para proferir el fallo impugnado, por haber fenecido el plazo a que alude el artículo 121 del CGP, huelga mencionar que este Tribunal, al resolver la apelación que la ejecutada interpuso contra el auto que dicho fallador adoptó en la audiencia de 21 de octubre de 2020, con el que descartó la configuración, en el presente asunto, de la nulidad de pleno derecho a que hace referencia ese precepto, ya zanjó la discusión (a cuyo criterio ahora se adhiere esta Sala de decisión), al precisar, al amparo del artículo que viene de mencionarse, que por las particularidades del presente caso, la invalidez pregonada no acaeció¹.

3. En relación con los restantes reparos concretos, debe decirse que estaban llamados al fracaso, porque cuando el título ejecutivo consiste en una providencia judicial, cuya vicisitud le permite al demandado proponer como excepciones los modos de extinguir una deuda previstos en el artículo 1625 del Código Civil (salvo los contemplados en los numerales 8º y 9º), también es requisito que ello tenga lugar “**siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia**”, como lo regula el numeral 2º del artículo 442 del CGP, restricción que se justifica a plenitud en los efectos de cosa juzgada que, en línea de principio, tienen las sentencias.

Y ello es así porque no es viable acudir al juicio coercitivo a continuación del declarativo, con el propósito de revivir una discusión que ha quedado sellada de manera definitiva e inmutable; además, en lo que concierne a los fallos que no se encuentran provistos del atributo de la cosa juzgada, la restricción de la que viene de hablarse igualmente tiende a respetar el principio de preclusión.

Desde esa perspectiva, las defensas encaminadas a cuestionar la condena al pago de perjuicios materiales (lucro cesante futuro) e inmateriales (daño moral y de vida de relación), así como lo atinente a la falta de integración del contradictorio, por no haberse convocado a juicio al conductor del vehículo involucrado en el accidente de tránsito, ni a la compañía de seguros “con la cual se había adquirido [la] póliza n.º 10478 contra todo riesgo”, son aspectos todos que no “**se bas[a]n en hechos posteriores a la respectiva providencia**”, como lo manda el

¹ Ver proveído de 17 de agosto de 2021, exp. n.º 110013103010201700645 02. M.P., dr. Manuel Alfonso Zamudio Mora.

precepto que viene de citarse, sino que se trata de aspectos que pudieron alegarse en el marco del juicio declarativo que antecede a esta ejecución.

En efecto, tales aspectos pudo abordarlos la demandada a través de los mecanismos procesales correspondientes, en aras de provocar el estudio del debate ahora planteado, ante el juez natural, pues ese era el escenario propicio para determinar si había lugar o no a integrar la *litis* con el conductor del rodante o a imponer condena por los perjuicios reclamados por los demandantes, así como sobre la eventual responsabilidad de la aseguradora, a la que bien pudo llamarse en garantía; dichos tópicos entonces perfecto pudieron ponerse de presente a través de la formulación de las correspondientes excepciones y el llamamiento en garantía, así como mediante la interposición de recurso de apelación contra el veredicto de primera instancia; sin embargo, la demandada no agotó tales instrumentos defensivos, permitiendo así la firmeza y consolidación de los efectos jurídicos de las obligaciones allí dispuestas.

Por lo demás, es evidente que las excepciones aquí planteadas de “pago” y “compensación” se edificaron sobre hechos ajenos a los contornos de tales modos de extinguir una deuda, por lo que anduvo acertado el juzgador de primer grado al hallarlas imprósperas.

En lo que concierne a la primera (pago), “es la prestación de lo que se debe”; el que debe hacerse “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación”, sin que “el acreedor” pueda “ser obligado a recibir otra cosa que lo que se le deba, ni aún a pretexto de ser de igual o mayor valor la ofrecida” (artículo 1626 del Código Civil), la que en el caso concreto no se acreditó, no solo porque no se allegó una probanza en tal sentido, sino porque, como acaba de decirse, al amparo de ese modo extintivo obligacional se puso de presente la inconformidad de la demandada con la condena al pago de perjuicios patrimoniales e inmateriales (lucro cesante, daño moral y de vida de relación), aspectos disímiles a la defensa propuesta.

Y aunque la demandada al presentar sus reparos concretos manifestó que el rubro de lucro cesante futuro a que fue condenada “no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 422 del CGP, exactamente por no ser actualmente exigible”, dicha afirmación no se aviene a la realidad, pues bien es sabido que la obligación “es exigible en cuanto... es pura y simple o **de plazo vencido** o de condición cumplida”², y en el *sub judice*, en el fallo que antecede a esta ejecución y que le sirve de título, se dispuso, en su ordinal tercero, el pago de la condena impuesta “dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia”, por lo que no hay duda que en la hora actual las obligaciones insolutas son exigibles.

² CSJ STC3298-2019, reiterada en STC290-2021.

Otro tanto sucede con la de compensación, puesto que a través de ese medio exceptivo se trajo a colación una circunstancia descaminada, relativa a la falta de integración del contradictorio, “ya que se debió demandar también al conductor del vehículo” involucrado en el accidente de tránsito, así como a “Liberty Seguros S.A. con la cual se había adquirido [la] póliza n.º 10478 contra todo riesgo”.

Y aunque en su apelación la demandada arguyó que “se omitió el hecho que el vehículo” con el que se causó el accidente de tránsito “contaba con pólizas de todo riesgo y Soat, las cuales responden económicamente hasta el monto de sus amparos, y cuyas sumas de dinero que le fueren canceladas a los demandantes por la Compañía de Seguros, deberán compensarse con los valores objeto de sentencia”, lo cierto es que, de un lado, como lo manifestó el juez *a quo*, no se acreditaron los presupuestos propios de la “compensación” a que aluden los artículos 1714 y 1715 del Código Civil y que la doctrina ha condensado en la “reciprocidad de las obligaciones, la fungibilidad del objeto, la exigibilidad y liquidez de las prestaciones, y la disponibilidad actual de estas”³, tanto más cuando no se probó que los aquí concernidos fueren deudores recíprocos; tampoco, que fueren deudores de la “Compañía de Seguros” a que alude la demandante; menos aún que dicha aseguradora hubiere “cancelado a los demandantes” “sumas de dinero”.

Para terminar, en lo que concierne a que, al limitar el estudio de sus excepciones, el juez *a quo* quebrantó su derecho a un debido proceso y desconoció el contenido de la sentencia de 12 de agosto de 2015 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (STC10699-2015), debe decirse, en primer lugar, que no erró dicho fallador al estudiar las defensas de “pago” y “compensación” y excluir las demás, pues así lo establece el numeral 2º del artículo 442 del CGP.

En segundo término, -sin desconocer los efectos *inter partes* de las sentencias de tutela (artículo 36, Decreto 2591/91 y artículo 48, numeral 2º, Ley 270⁴)- la recurrente efectúa una interpretación a dicho fallo (STC10699-2015) que el mismo no prohíba, pues contrario a lo que sostiene la ejecutada, para quien el fallador está obligado a estudiar cualquier excepción en este tipo de ejecuciones, el verdadero alcance de esa sentencia consistió en permitirle al demandado, en el marco de un proceso ejecutivo de alimentos, proponer, amén de la excepción de pago a que hace referencia el artículo 152 del Decreto 2737 de 1989, los demás medios exceptivos previstos en el canon 509 del Código de Procedimiento Civil, hoy 442 del Código General del Proceso, y no más que ellos, por manera que anduvo afortunado el fallador de primer nivel al excluir de

³ HINESTROSA, Fernando. Tratado de las Obligaciones Concepto, Estructura, Vicisitudes. Universidad Externado de Colombia, 1ª ed., 2002, pág. 802.

⁴ Según el cual “las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”

estudio las defensas tituladas “*llamamiento en garantía o de oficio*” y “*temeridad y mala fe*”.

Pero si en simple gracia de discusión se le diera la razón a la recurrente y se entrara a estudiar tales defensas, se encontraría el Tribunal con que, al igual que las de “pago” y “compensación”, no refrendan hechos posteriores a la providencia proferida en el marco del juicio declarativo que precede esta ejecución, si se considera que a través de ellas se arguye que “*debió ser citada la compañía de seguros Liberty Seguros S.A..., tal como lo disponen los artículos 64 y 72 del Código General del Proceso*”, y que no se tuvo en cuenta que el Juzgado 27 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá declaró la preclusión de la investigación penal adelantada contra el conductor del rodante involucrado en el accidente de tránsito, lo que hacía inviable la imposición de la codena al pago de perjuicios.

Como puede verse, se trata de hechos que bien pudieron alegarse en desarrollo del juicio declarativo de responsabilidad civil extracontractual, en tanto con ellos se pretende encarar las pretensiones de los actores.

Más aún, en cuanto al llamamiento en garantía ambicionado, que igualmente pudo efectuarse en el marco del proceso verbal, su formulación a estas alturas resulta improcedente; en verdad, la jurisprudencia en un asunto de análogo tenor, con miramiento en el artículo 509 del CPC, que en lo medular reprodujo el 442 del CGP, precisó:

(...) de conformidad con el artículo 509 del CPC, la defensa de los ejecutados se circunscribe a la proposición de excepciones, lo que, de contera, descarta que ellos tengan facultad para vincular a un tercero en la condición de llamado en garantía.

Ciertamente, el citado postulado precisa que “[d]entro de los diez (10) días siguientes a la notificación del mandamiento ejecutivo, el demandado podrá proponer excepciones de mérito, expresando los hechos en que se funden (...) los hechos que configuren excepciones previas deberán alegarse mediante reposición contra el mandamiento de pago”.

En ese orden, no había lugar a acoger la solicitud que en ese sentido elevó Pablo Iragorri Jaramillo dentro del juicio ejecutivo hipotecario que se le adelanta, pues tal figura jurídica es, según se colige de la norma transcrita, palmariamente improcedente en asuntos de esa naturaleza.

Corroborar lo anterior, el mandato del inciso final del precepto 56 *ibidem*, aplicable al llamamiento en garantía, por la expresa remisión que hace el canon 57 *ib.*, que dispone: ‘en la sentencia se resolverá, cuando fuere pertinente, sobre

la relación sustancial que existe entre denunciante y denunciado’.

Ahora, tratándose de un proceso de ejecución es indiscutible que el juez encargado del mismo no puede en la sentencia resolver sobre el nexo sustancial entre el llamante y el llamado en garantía, toda vez que el fallo que la ley le faculta proferir está, indefectiblemente, regulado en los artículos 507 y 510 de la obra procedimental en cita, según la posición asumida por el demandado, es decir, si ha propuesto o no excepciones, preceptos que limitan tal pronunciamiento en líneas generales, a resolver esos medios de defensa ordenando o no seguir adelante con la ejecución, no habiendo lugar, por ende, a desatar ninguna otra controversia” (CSJ. 2 sep 2013, rad. 76001220300020130026001).

Esa la razón por la que el juez *a quo*, mediante proveído de 1º de abril de 2019, dispuso “rechazar de plano el llamamiento en garantía que formula la parte ejecutada, toda vez que no se cumplen las condiciones de que trata el artículo 64 del CGP, pues no se elevó ni en la demanda ni en la contestación; se trata actualmente de un proceso de ejecución a continuación de la sentencia, lo cual hace improcedente el pedimento, además porque el momento procesal para haber decidido sobre la supuesta responsabilidad de la aseguradora era en la sentencia, la cual no solo está en firme sino que actualmente se está ejecutando”.

4. En conclusión, como ninguno de los motivos de inconformidad se encuentra llamado a prosperar, se confirmará la sentencia apelada. Asimismo, se condenará en costas de esta instancia a la sociedad apelante ante las resultas de su alzada (artículo 365, *ídem*).

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

RESUELVE

Primero. Confirmar la sentencia de 13 de mayo de 2021 proferida por el Juzgado 10º Civil del Circuito de Bogotá.

Segundo. Costas de esta instancia a cargo de la ejecutada y en favor de los demandantes (artículo 365 del CGP). Líquidense por el *a quo* conforme al artículo 366, *ídem*. El Magistrado sustanciador fija como agencias en derecho la suma de **\$2’000.000.00**.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los magistrados,

Firmado Por:

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

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

Jesus Emilio Munera Villegas
Magistrado
Sala Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación:
d233ac21102d085059611fc020d93e40622a41f7d411fa3eab6dbe2379570c39
Documento generado en 21/09/2021 08:42:13 AM

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

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

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación 14 2015 00647 01

En atención a que la impugnación en el asunto de la referencia se formuló en vigencia del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, de conformidad con el artículo 14 de la normativa, una vez ejecutoriado el auto que admite la alzada, **SE ORDENA:**

Correr traslado al apelante por el término de cinco (5) días para sustentar el recurso, so pena de declararlo desierto.

Vencido dicho lapso, si se satisface la carga procesal, se otorgará el mismo plazo a la parte contraria, para que se pronuncie al respecto.

Infórmese a los señores abogados que los memoriales deben dirigirse al correo institucional del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co -artículo 109 del Código General del Proceso-; remitiendo un ejemplar a los demás intervinientes en el juicio, según los lineamientos del artículo 78 numeral 14 *idem*, en concordancia con el artículo 3 del Decreto 806 de 2020.

NOTIFÍQUESE,



CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 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:

8a7bfec5bba969df9d445beaf1f415862cec854e866384dd59703ff4
a1be4462

Documento generado en 21/09/2021 04:41:30 PM

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

Verbal
Demandante: Fidelfina Rodríguez Rodríguez
Demandados: Sonia Yaneth Melo Parra
Exp. 014-2018-00398-01

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá D.C., veintiuno de septiembre de dos mil veintiuno

Se admite el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia de primera instancia, en el efecto devolutivo.

En cumplimiento de lo reglado en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020, se concede al recurrente el término de 5 días para que sustente su impugnación. Vencido este período, comienza a correr el plazo de 5 días para que se pronuncie la contraparte.

Notifíquese,



LUIS ROBERTO SUÁREZ GONZÁLEZ

Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso N.º 110013103018201900630 01
Clase: VERBAL –REIVINDICATORIO
Demandante: JOSÉ ARTURO VELASCO
Demandado: LUIS ALFREDO SANTANA CASTRO

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2º y 3º del numeral tercero), 323 (numeral segundo) y 327 (último inciso) del Código General del Proceso, se ADMITE, en el efecto devolutivo, el recurso de apelación que el demandado interpuso¹ contra la sentencia que el 2 de septiembre de 2021 profirió el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual, entre otras, declaró frustráneas las excepciones de mérito y próspera la acción de dominio.

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

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de la alzada admitida versará, únicamente, sobre los reparos concretos presentados contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP. Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

¹ Ver audiencia de 2 de septiembre de 2021, minuto 2:02:28 en adelante. Es bueno aclarar que si bien el apoderado judicial del demandado presentó un escrito el 7 de ese mismo mes y año, con el que pretendió complementar sus reparos concretos, el mismo no será tenido en cuenta, toda vez que se allegó a las 6:33 p.m., vale decir, tras el cierre del despacho, por lo que dicha documental se entiende presentada el 8 de septiembre del año en curso, esto es, en forma extemporánea, según lo prevé el inciso final del artículo 109 del CGP, en concordancia con el inciso 2º del numeral 3º del artículo 322 del CGP.

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:

f1e6a2229960f903c4c71da3d6e3abfb267622753f2a41d4cda1f91d4ff01165

Documento generado en 21/09/2021 04:22:55 p. m.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Radicado 11001 3103 021 2019 00351 01
Proceso: Verbal
Recurso: Apelación sentencia
Demandante: Tecnotrans S.A.S.
Demandado: Bancolombia S.A.

Magistrada Sustanciadora: **ADRIANA AYALA PULGARÍN**

[Discutido y aprobado en Sala Civil de Decisión de 8 de septiembre de 2021 según acta de la misma fecha]

La Sala Segunda Civil de Decisión del Tribunal Superior de este Distrito Judicial resuelve el recurso de apelación que interpuso el demandante contra la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1. La sociedad Tecnotrans S.A.S. promovió demanda contra Bancolombia S.A. para que se le declare responsable de realizar de forma irregular el pago de diecinueve (19) cheques, sin verificar la firma estampada en la tarjeta de visación y, en consecuencia, que se le condene a pagarle las siguientes sumas de dinero: \$49'140.000,00 valor al que asciende el monto de los mencionados títulos valores; \$30'000.000,00 por concepto de los intereses que asumió la demandante, derivados los préstamos que se vio obligada a solicitar para “*cubrir los dineros hurtados*” y \$60'000.000,00 correspondientes a los perjuicios irrogados¹.

¹ Cfr. Folios 172 y ss; 185 y ss del cuaderno 1

2. La situación fáctica se resume en que en el mes de noviembre de 2011 el representante legal de la compañía demandante solicitó la apertura de una cuenta corriente en la oficina Ricaurte de Bancolombia, diligenciando y suscribiendo la respectiva tarjeta de visación de firmas; normalmente el gerente entregaba los cheques cruzados para el pago de proveedores y excepcionalmente giraba máximo cinco (5) de tales títulos valores al mes para cobrar por ventanilla; el 30 de septiembre de 2015 el Banco demandado *“realizó el pago de manera irregular”* de diecinueve (19) cheques, entre las 5 y las 7 p.m.; al día siguiente, el representante legal ingresó a la página *web* de Bancolombia para consultar los saldos y las consignaciones, advirtiéndole que la cuenta corriente estaba en cero pesos y sobregirada, por lo que le pidió a la entidad una explicación acerca del pago de los formularios de la chequera robada, recibiendo como respuesta que los títulos valores se giraron en formularios auténticos, sin adulteraciones, cuyas rúbricas guardan similitud con la firma de giro registrada en la cuenta corriente; la defraudación lo llevó a incumplir sus obligaciones contractuales, tributarias y personales; el establecimiento bancario es responsable porque no adoptó ninguna acción preventiva cuando se presentaron los cheques para su cobro, soslayando *“por completo el perfil del cliente y el nivel transaccional que este tenía para con la entidad demandada”*.

3. Bancolombia S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones mediante la formulación de las excepciones de mérito que denominó: *“Inexistencia de responsabilidad de la entidad financiera demandada por incumplimiento de las obligaciones contractuales del demandante”*, *“Causa extraña que rompe el nexo de causalidad – culpa exclusiva de la víctima y/o hecho de un tercero”*, *“Inexistencia de perjuicios ocasionados al demandante con ocasión del pago de los cheques objeto de controversia”*, *“Nadie puede alegar en su favor su propia culpa (Nemo auditor propriam turpitudinem allegans)”*, *“Inexistencia de los perjuicios materiales alegados por la parte demandante”* y *“Genérica”*.²

4. Adelantadas cada una de las etapas procesales, se dictó sentencia el 18 de febrero del año en curso.

II. LA SENTENCIA APELADA³

La Jueza de primer grado comenzó por hacer referencia a la función social que prestan los establecimientos bancarios; seguidamente, definió el cheque como un

² Cfr. Folios 247 y ss del cuaderno 1.

³ Cfr. Expediente digital, cuaderno principal, audiencia artículo 373, 18 de febrero de 2021 [1:03:17 en adelante de la grabación].

instrumento de pago y aludió a la responsabilidad civil de los establecimientos bancarios en los eventos en los que proceden a efectuar el pago de cheques falsos, adulterados o irregulares.

Citó jurisprudencia relacionada con la culpa del cuentahabiente, al que se le exige máxima prudencia en el desarrollo del contrato de cuenta corriente, teniendo en cuenta que al recibir la chequera adquiere la obligación de custodiarla, dado que la función principal del cheque radica en servir como un documento de pago y, por ello, cada formulario equivale a dinero en efectivo. En criterio de la funcionaria judicial, la parte actora no obró con diligencia porque no adoptó las medidas necesarias para la custodia y guarda de la chequera, toda vez que la mantenía en un lugar de fácil acceso.

Expresó que el dictamen pericial aportado con la demanda determinó que la firma del girador de los cheques es apócrifa, empero, esta conclusión no puede hacerse extensiva a suponer que la falsificación es notoria, tanto así que para poder establecer a ciencia cierta que la rúbrica es espuria, el perito debió acudir a instrumentos, equipos y personas versadas en esa ciencia. De ahí, que a simple vista un individuo común no podría advertirla.

Con fundamento en tales motivaciones declaró probadas las excepciones denominadas “*Inexistencia de responsabilidad de la entidad financiera demandada por incumplimiento de las obligaciones contractuales del demandante*” y “*Causa extraña que rompe el nexo de causalidad – culpa exclusiva de la víctima y/o hecho de un tercero*”, negó las pretensiones, declaró la terminación del proceso y condenó en costas a la parte actora.

III. EL RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la sociedad demandante alega que el fallo se basó de modo exclusivo en el artículo 733 del Código de Comercio, en punto de la culpa leve del cuentahabiente, sin considerar las pruebas aportadas ni la postura que asumió la entidad demandada al no observar el proceso de visado de los cheques, pese a que sus cajeros están capacitados para revisar todo el procedimiento; que la *a quo* no se apoyó en el dictamen pericial para establecer la notoriedad de la falsedad; que en la información suministrada por el representante legal se indicó que los cheques se cobraron entre las 5 y las 7 p.m., situación que le comunicó al Banco a las 9 a.m. del día siguiente; que los delincuentes actúan de diferentes maneras, y que este caso se infiltró una persona a la

compañía, trabajó 15 días y efectuó el robo; que no se consideró el perfil del cliente, esto es, de la sociedad demandante, que no giraba más de cinco cheques al mes, a pesar de lo cual el Banco pagó 19 de títulos valores en un solo día y, finalmente, que la funcionaria judicial dejó de lado las consecuencias derivadas de la renuencia de la entidad demandada en aportar los títulos valores en mención.⁴

En la sustentación que presentó en esta instancia desarrolló tales argumentos.

IV. CONSIDERACIONES

1. Se encuentran reunidos a cabalidad los presupuestos procesales, y no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado.

2. La sociedad demandante instauró la presente acción de carácter indemnizatorio, apoyada en que Bancolombia S.A. es responsable de los perjuicios que le irrogó al pagar 19 cheques falsos, provenientes de la chequera que fue objeto de hurto en las instalaciones de la compañía.

3. El Código de Comercio regula, en el título atinente a los contratos bancarios, la responsabilidad de los Bancos por el pago de cheques falsos o adulterados, reglando en el artículo 1391 que:

“Todo banco es responsable con el cuentacorrentista por el pago que haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya alterado, salvo que el cuentacorrentista haya dado lugar a ello, por su culpa o la de sus dependientes, factores o representantes.

La responsabilidad del banco cesará si el cuentacorrentista no le hubiere notificado sobre la falsedad o adulteración del cheque, dentro de los seis meses siguientes a la fecha en que se le envió la información sobre tal pago”.

Ese precepto armoniza con las disposiciones contenidas en el capítulo de títulos valores, concretamente en el artículo 732 de esa codificación, que prevé:

“Todo banco será responsable a un depositante por el pago que aquel haga de un cheque falso o cuya cantidad se haya aumentado, salvo que dicho depositante no notifique al banco, dentro de los tres meses después de que se le devuelve el cheque, que el título era falso o que la cantidad de él se había aumentado.

Si la falsedad o alteración se debiere a culpa del librador, el banco quedará exonerado de responsabilidad”.

⁴ [Audiencia de fallo, 1:40:20 en adelante]

En sentencia SC18614-2016 de 19 de diciembre de 2016, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció en relación con tales disposiciones, aclarando que:

“Aunque a simple vista las dos normas mencionadas parecen entrar en contradicción, porque consagran lapsos diferentes para que el cuentacorrentista informe al Banco sobre la falsificación o adulteración del cheque, tal como lo ha precisado la jurisprudencia, esa dificultad se supera acudiendo al artículo 5° de la Ley 57 de 1887, el cual llevará a concluir que en cuanto a dicho término, el precepto aplicable es el 1391 ‘por ser norma posterior al artículo 732 ib. y hacer parte de la normatividad que regula el contrato de cuenta corriente’ (CSJ SC, 9 Sep. 1999, Rad. 5005)”.

A su turno, el artículo 733 del mismo estatuto consagra lo relacionado con la pérdida de formularios de cheques, indicando que:

“El dueño de una chequera que hubiere perdido uno o más formularios y no hubiere dado aviso oportunamente al banco sólo podrá objetar el pago si la alteración o la falsificación fueren notorias”.

En la sentencia citada anteriormente, la Corte precisó lo siguiente:

“cuando el pago del instrumento adulterado o falseado no se deba a la pérdida por parte del propietario de la chequera sino que este se produce dentro del riesgo propio de su circulación, el asunto se rige por la regla de responsabilidad contenida en el artículo 1391 del estatuto mercantil, acorde con la cual a la entidad financiera le corresponde demostrar la culpa del cuentacorrentista o de sus dependientes en virtud de la aplicación de la teoría del riesgo profesional por la ‘responsabilidad de la empresa’.

En cambio, si el pago del título apócrifo fue precedido de su extravío por el cuentahabiente, la controversia es gobernada exclusivamente por la previsión contenida en el artículo 733 de la codificación comercial, el cual carga a éste con las consecuencias de la facultad de cuidado en la custodia de los formatos, de ahí que el hecho de su pérdida le es atribuible, y en esa medida le corresponde asumir los efectos del pago que haga el Banco, sin importar cuál haya sido su conducta en el cuidado del talonario, salvo que oportunamente le hubiere avisado a la entidad sobre tal circunstancia o que la falsedad o adulteración fuera evidente o notoria.

Luego, al cliente le incumbe demostrar la notoriedad de la falsificación o alteración, o que en caso de que la falsedad no sea evidente, le avisó a la entidad tal hecho antes de que procediera al pago, en ejercicio de su facultad de objetarlo conforme a lo estatuido por el artículo 724 ejusdem; por su parte, al Banco no le es exigible la carga de demostrar la culpa del titular de la cuenta en la pérdida” (sublínea y negrilla fuera del texto original).

Del anterior lineamiento jurisprudencial se colige que en el caso *sub examine* la controversia ha de resolverse teniendo en consideración lo dispuesto por el legislador en el artículo 733 del Código de Comercio, como quiera que el pago de los diecinueve (19) cheques falsificados no se produjo con ocasión de su circulación (evento en el que

tendría aplicación el artículo 1391 *ibidem*), sino que dicho pago fue precedido de la pérdida (por hurto, según se expresó en la demanda) del talonario.

3.1. Ahora bien, a la parte actora le incumbía demostrar que la falsedad de tales títulos valores es notoria, toda vez que no le informó al Banco de la pérdida de la chequera antes de que realizara el pago, tal y como lo reconoció de modo expreso en el hecho décimo segundo del libelo. A la verificación de esa carga demostrativa se concreta el análisis del caso, con total prescindencia del estudio de la culpa del titular de la chequera, de su perfil como cliente del banco, o de cualquier otra circunstancia como las que menciona el apelante en la sustentación del recurso.

3.2. Sobre la notoriedad de vieja data la jurisprudencia ha precisado que “... *ella supone un resalto a la simple vista de lo que se considera notorio, sin que para detectarlo se requiera de un análisis minucioso, una comparación de detalles minúsculos que solo logran advertirse con ayudas técnicas o conocimientos. De allí que cuando lo que ha de calificarse como notorio, requiere para establecerlo de tales procedimientos, deja de serlo*”⁵.

3.3. En el caso de marras, para acreditar la notoriedad de la falsedad allegó junto con la demanda un dictamen pericial elaborado por un experto en grafología,⁶ en el que se concluyó que no existe uniprocedencia caligráfica entre la firma del girador de los diecinueve (19) cheques y la del representante legal de la sociedad demandante; que la modalidad utilizada fue la imitación, y que los mencionados títulos valores no evidencian manipulaciones, ni alteraciones en su materialidad.

En la audiencia celebrada el 25 de enero de 2021, la directora del proceso y los apoderados de ambas partes interrogaron al perito⁷. En el desarrollo de la diligencia el experto explicó que para arribar a la primera conclusión de su trabajo simuló el proceso normal de visación que realiza un funcionario bancario para pagar un cheque por ventanilla, y “*encuentr[a] a primera vista que hay un parentesco formal de las firmas que están como giradoras en los cheques frente a la que está registrada en la tarjeta*” [25:07 de la grabación].

⁵ C.S.J. sentencia de 31 de julio de 2001, exp. 5831

⁶ Cfr. Folios 19 y siguientes del cuaderno principal

⁷ [10:00 en adelante de la grabación]

Advirtió que el visador debe analizar tres aspectos, de conformidad con el Acuerdo Bancario instituido desde 1995, esto es, la forma, la estructura y el contenido de la firma, aspectos que se han de verificar visualmente; que al efectuar ese ejercicio observó que en la forma las firmas tienen un aparente parecido, pero en la estructura y en el contenido, a simple vista se evidencia que existen diferencias.

El perito manifestó que revisó los diecinueve cheques originales, los cuales se encontraban en cadena de custodia en la Fiscalía; explicó en detalle el procedimiento de visación y destacó que el funcionario bancario debe desplegar un pantallazo en el sistema para verificar las firmas y los sellos registrados, comprobando que exista concordancia entre los tres elementos, esto es, entre la forma, la estructura y el contenido; de ser así, hará la validación, de lo contrario informará la causal de devolución *“firma no concordante con la registrada”*.

La *a quo* le preguntó al experto cuál podría ser la razón para explicar por qué en las diversas oficinas en las que se cobraron los cheque ningún cajero advirtió las diferencias en la estructura y en el contenido de las firmas⁸, a lo que respondió que deduce que hubo fallas en los funcionarios, *“o no sé, es una apreciación personal: existen entidades en las que para efectos de control interno a partir de determinadas cuantías llaman al girador para validar sus cheques pero hoy por hoy, dado el flujo de cheques que se pagan por ventanilla, hay instituciones que hacen una validación aleatoria”*.

El apoderado judicial de Bancolombia S.A. le preguntó por qué se basó para el cotejo en una tarjeta de firmas de enero de 2017, siendo que los cheques se cobraron en el año 2015⁹, y el perito respondió que ese fue el material del que dispuso, conforme a lo que el Banco le entregó al representante legal de la sociedad demandante; y al contestar la pregunta del abogado si la firma plasmada en esa tarjeta es idéntica, igual o parecida a la que registró el pantallazo de visación en el año 2015, dijo que es parecida, teniendo en cuenta que el gesto gráfico es dinámico, y esa es la razón por la que una persona nunca hace dos firmas iguales.

⁸ [51:08 de la grabación]

⁹ [1:03:33 de la grabación]

El experto señaló, además, que las instituciones bancarias capacitan constantemente a sus funcionarios para el proceso de visación; explicó, igualmente, la gráfica que aparece en la página 35 del dictamen, en cuanto a las diferencias en los trazos y rasgos que halló en el cotejo de las firmas.

No obstante las detalladas explicaciones que brindó el perito para sustentar el dictamen, el cual contiene fundamentos claros, sólidos y precisos, no menos cierto es que el tener que acudir a conocimientos técnicos especializados de plano desvirtúa la notoriedad alegada, como quiera que no existe discusión en cuanto a que la firma del girador que se plasmó en los referidos títulos valores no corresponde a la del representante legal de la sociedad demandante, lo cierto es que no es posible afirmar de modo fehaciente que la diferencias entre esas rubricas era evidente a simple vista.

Y es que el Tribunal no puede dejar de lado que para llegar a esa conclusión el experto hizo uso del conocimiento acumulado durante más de treinta años, según lo manifestó en la audiencia y, dispuso de diverso instrumental, especificado en el dictamen (instrumentos ópticos de diferentes aumentos: lupas -5x, 10x, 20x-, luz incidente -directa-, luz rasante, luz transmitida -tras luz-, luz ultravioleta -cámara oscura de onda corta y onda larga-, equipo de fotografía digital, episcopio, escáner digital y estación de cómputo), elementos éstos con lo que no cuentan los cajeros, aunado a que su utilización impide calificar la falsedad de notoria.

No admite discusión que los funcionarios del Banco están capacitados para realizar sus labores de pago de cheques por ventanilla, pero en ocasiones como la del presente caso, la imitación de la firma no resulta evidente, tanto es así, que ninguno de los diez cajeros que pagaron los diecinueve cheques en las distintas oficinas de Bancolombia en Bogotá (Salitre, Galerías, Centro Mayor, entre otras)¹⁰ se percató de dicha circunstancia.

4. En al anterior orden de ideas fuerza concluir que el demandante no cumplió la carga probatoria que el legislador prevé en el artículo 733 del Código de Comercio, en cuanto no acreditó de modo indubitable la notoriedad de la falsificación y, por ende, debe asumir las consecuencias derivadas de la pérdida de la chequera, por no configurarse la

¹⁰ Cfr. Folio 240 del cuaderno principal

responsabilidad del Banco demandado, lo que conlleva a que deba confirmarse el fallo censurado, con la consecuente condena en costas.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021 por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante. La Magistrada Sustanciadora fija como agencia en derecho la suma de \$1'000.000,00.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,

Adriana Ayala Pulgarín
ADRIANA AYALA PULGARÍN

Magistrada

Maria Patricia Cruz Miranda
MARIA PATRICIA CRUZ MIRANDA
Magistrada

Jorge Eduardo Ferreira Vargas
JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

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

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Radicación 27 2018 00129 01

La sustentación del recurso de apelación allegada por la parte demandante, obre en autos para los fines pertinentes.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se ordena por secretaría correr traslado a la contraparte, para que se pronuncie al respecto.

NOTIFÍQUESE,


CLARA INES MARQUEZ BULLA
Magistrada

Firmado Por:

**Clara Ines Marquez Bulla
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 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:

**e020b8092b65aab684a7d63eb65380802d2edfec9f1e3cdc08ec8a
de3c1df5c**

Documento generado en 21/09/2021 04:41:20 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:

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

República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público



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

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

1. IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO

Magistrada Ponente: **CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA**
Radicación: 110013103029 2019 00607 01
Procedencia: Juzgado Veintinueve Civil del Circuito
de Bogotá
Demandante: María Dominga Gómez de Martínez y
otros
Demandado: Soledad Cobos Laurens e
indeterminados.
Proceso: Verbal
Asunto: Apelación de auto

2. OBJETO DE LA DECISIÓN

Se dirime el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 28 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso **VERBAL** promovido por **MARÍA DOMINGA GÓMEZ DE MARTÍNEZ, MARÍA RUBIELA MONCADA GONZÁLEZ, CLELILA MUÑOZ BERMÚDEZ, MARÍA BERENICE NÚÑEZ BENAVIDEZ, LUZ MARINA ROMERO PANTEVIS, MARTÍN LEGUIZAMÓN PIRALIGUA, EULALIA ROMERO VERGARA, ORFELIA CAICEDO CARDONA, LUIS AUGUSTO MOTTA PRADA, MARTHA RUBY GUTIERREZ ROJAS, RIGOBERTO TACUMA**

PAYANENE, MARÍA DOLLI MOLINA TORRES Y LUSAIRA CHILITO BENAVIDEZ contra **SOLEDAD COBOS LAURENS** y demás personas indeterminadas.

3. ANTECEDENTES

3.1. Mediante el pronunciamiento materia de censura, la Juez de primer grado declaró terminado el proceso por desistimiento tácito, al considerar que están dados los supuestos establecidos en el artículo 317 del Código General del Proceso.

3.2. Inconforme con esta determinación, el apoderado de la actora formuló recurso de apelación, que se concedió el 9 de agosto de 2021¹.

4. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

Como sustento de su solicitud revocatoria, adujo el mandatario que el auto adiado 7 de febrero de 2021 mediante el cual se requirió la actuación que motivó el decreto del desistimiento es ostensiblemente anterior a la fecha en la cual se pusieron efectivamente a disposición los oficios para la concreción de las medidas cautelares ordenadas en el auto admisorio, por lo tanto, en atención al ordinal 1 del artículo 317 del Código General del Proceso, es palmario que la Juzgadora no debía decidir como lo hizo.

En ese orden, como quiera que las misivas fueron retiradas en la fecha autorizada, el término se interrumpió y el expediente debió ingresar al despacho para proveer sobre las solicitudes que no fueron resueltas oportunamente, entre las cuales, se hallaba aquella que petitionó la aplicación del Decreto 806 de 2020 en cuanto al emplazamiento ordenado en la providencia de admisión, lo cual, trasladaba, entonces, la carga del extremo demandante al Juzgado

¹ Archivo 11 "AutoConcedeApelaciónEfectoDevolutivo20210809".

cognoscente.

5. CONSIDERACIONES

5.1. En ejercicio de los poderes de que está investido como director del proceso, el Juez requerirá a las partes o intervinientes para que cumplan las cargas procesales o ejecuten el acto pertinente a efectos de proseguir el trámite de la demanda, la denuncia del pleito, llamamiento en garantía, incidente, o cualquier otra actuación que estas hubieren promovido, a lo cual deberán proceder dentro de los treinta días siguientes, so pena que quede sin efecto la demanda o solicitud, y se declare la terminación del proceso.

Sin duda, el desistimiento tácito consagrado en el artículo 317 del Código General del Proceso, se erige en un instrumento eficaz en orden a prevenir la paralización de los litigios civiles y su injustificada permanencia en el tiempo. Se trata pues de verificar si el litigante que ha sido requerido para que cumpla la carga procesal o ejecute el acto señalado lo ha hecho dentro del término establecido, para, de no ser así, proceder a finiquitar la causa con sus consecuentes efectos.

5.2. En el *sub-judice*, mediante auto calendado 7 de febrero de 2020², –notificado por estado del día siguiente–, el *a-quo*, exhortó a la parte actora para que en el término de treinta días ejecutara “...*todos y cada uno de los trámites a su cargo y necesarios para continuar con el discurrir procesal, tal cual se ordenó en el auto admisorio de la demanda...*”.

En dicha providencia ³ no solo se dispuso emplazar a la convocada Soledad Cobos Laurens, sino que, además, se decretó la medida cautelar de inscripción de la demanda en los predios identificados con folios de matrícula 50S-40368755, 50S-40369109, 50S-40369301,

² Folio 489 archivo 01 cuaderno principal.

³ Folios 479 a 481 *ibidem*.

50S-40368833, 50S-40372319, 50S-40372349, 50S-40372628, 50S-40368844, 50S-40368965, 50S-40368882, 50S-40372386.

5.3. La actuación da cuenta que el motivo del decreto de terminación se cimentó en la falta de enteramiento de la demandada⁴, emplazamiento que, en efecto, no acaeció; igualmente, se observa que fue solo hasta el 4 de agosto de 2020⁵ que se pusieron a disposición de los promotores los oficios para consolidar las cautelares ordenadas, que fueron, finalmente, confirmadas por el Registrador de Instrumentos Públicos-zona sur, el 15 de diciembre posterior⁶, advirtiéndose, entonces, que el proveído que requirió a los demandantes es anterior a la anotada calenda.

Bajo esa óptica, no era procedente adoptar la determinación *sub-examine*, cuando era el Estrado quien no había entregado las misivas, para poder dar curso al siguiente estadio procesal.

Aunado, por expresa prohibición del numeral 1 del artículo en cita está vedado al Juez emitir el requerimiento “... *cuando estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir las medidas cautelares previas...*”, como aquí acontecía.

5.4. En ese orden de ideas, se revocará la providencia materia del recurso. La Corporación se abstendrá de condenar en costas por cuanto no se encuentra trabada la *litis*.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, en **SALA DE DECISIÓN CIVIL**,

RESUELVE:

⁴ Archivo 9 “AutoTerminaDesistimientoTácito20210712”.

⁵ Archivo 10 “RecursoApelación20210716”.

⁶ Archivo 04 “Rep.InscripciónORIP20210113”.

6.1. REVOCAR la providencia del 28 de junio de 2021, proferido por el Juzgado Veintinueve Civil del Circuito de Bogotá.

6.2. ABSTENERSE de condenar en costas por cuanto no se encuentra trabada la *litis*.

6.3. DEVOLVER el expediente a su despacho judicial de origen, previas las constancias del caso. Ofíciase.

NOTIFÍQUESE,

CLARA INÉS MÁRQUEZ BULLA

Magistrada

Firmado Por:

Clara Ines Marquez Bulla

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 003 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:

**cc163bfee436e13e178c3860b89dd0622e8617656a653a7e8860792
2d92ab7cb**

Documento generado en 21/09/2021 04:41:42 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., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso N.º 110013103031201700647 01
Clase: VERBAL – PERTENENCIA
Demandante: JAIME IVÁN QUIÑÓNEZ TRIANA
Demandados: COOPERATIVA ESPECIALIZADA EN
SALUD LORENZO ALCANTUZ y
PERSONAS INDETERMINADAS

Con fundamento en los artículos 322 (incisos 2º y 3º del numeral tercero), 323 (numeral primero) y 327 (último inciso) del Código General del Proceso, se ADMITE, en el efecto suspensivo, el recurso de apelación que el demandante interpuso contra la sentencia anticipada de 19 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró probada la falta de legitimación en la causa del actor y, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda.

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

So pena de los efectos procesales correspondientes, la **sustentación** de la alzada admitida versará, únicamente, sobre los reparos concretos presentados contra el fallo de primer grado, conforme lo regula el inciso final del artículo 327 del CGP y la jurisprudencia (CSJ. SC3148-2021). Las partes harán llegar sus respectivos escritos al correo electrónico de la secretaría: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE

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:

8a2a6b43bae1e11dcef551b68d699ed563e67529495d9f32c91d93396f105b8e

Documento generado en 21/09/2021 04:22:58 p. m.

**Valide este 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

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 110013103032-2018-00353-02
Demandante: Ana Lucía Zuluaga Palacio y otros
Demandado: Frontera Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia
Proceso: Acción de grupo
Trámite: Apelación sentencia
Discutido en Sala de 26 de agosto de 2021

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Decídese el recurso de apelación formulado por la parte actora contra la sentencia anticipada de 4 de diciembre de 2020, proferida por el Juzgado 32 Civil del Circuito, en esta acción de grupo de Ana Lucía Zuluaga Palacio y los demás miembros reconocidos que conforman el grupo demandante contra Frontera Energy Corp. Sucursal Colombia.

Los otros iniciales demandantes son: Carlos Eduardo Calvache Giraldo, Carolina Arango Zuluaga, Cristina Arango Zuluaga, Edgar Giraldo Navarro, Erwin Ibán Mejía López, Felipe Arango Zuluaga, Germán Darío Araque Segura, Gilberto Araque Pinzón, Javier Arango Restrepo, José Joaquín Rincón Méndez, Juan Manuel Pachón Vargas, Juan Guillermo Zuluaga Palacio, Julián David Betancourt Ospina, Julio César Estupiñán Quintero, Luz Nelly Segura Cruz, Luis Felipe Rivas Patiño, María Teresa Zuluaga Palacio, Mario Suárez Melo, Martín Hernando Escorcía Contreras, Thomas León Ramírez Rojas, Thomas León Ramírez Granada, Yohana Fernanda Murcia, Construcciones Parque 80 Ltda., Electroventas S.A.S., Inversiones Cajuán S.A.S., Raudal Alto



S.A.S., Suárez Parra y Cía. S. en C., Transportes Terrestres de Carga Ltda. y Tramontana S.A.S.

ANTECEDENTES

1. Pidió la parte actora, según la reforma de la demanda¹, declarar civilmente responsable a “*Frontera Energy Corp. (antes Pacific Rubiales)*, a través de su sucursal en Colombia *Frontera Energy Colombia Corp., sucursal Colombia*, por incumplir el deber de revelación de información al mercado de valores en Colombia y, en especial, a sus accionistas minoritarios”, y en consecuencia, se condene a la demandada a pagar \$21.499.596.205,02, a título de pérdida de oportunidad.

Subsidiariamente solicitó que se declare “*responsable a Frontera Energy Colombia Corp., Sucursal Colombia*, por los daños causados a los miembros del grupo accionante a título de pérdida de oportunidad, por haber desarrollado actos que por acción y omisión, indujeron a estos a error sobre la situación de la empresa y su proceso de reestructuración”, y afectó su posibilidad de enajenar sus acciones; y en consecuencia, se condena a esa demandada al pago de la suma arriba anotada descrita, como perjuicios a los miembros del grupo.

2. Según la demanda reformada, el sustento fáctico se resume en que *Pacific Rubiales Energy Corporation* es una compañía canadiense dedicada a la exploración y producción de petróleo y gas natural en Colombia y Perú. El 14 de agosto de 2015 cambió ese nombre a *Pacific Exploration & Production Corporation* y el 12 de junio de 2017 a *Frontera Energy Corporation*.

¹ Folios 36 a 136, pdf: 05CuadernoCITomov.



Esa empresa controla el 100% de acciones de la sociedad extranjera *Frontera Energy Colombia AG Colombia* (antes denominada *Meta Petroleum Corp.*), quien a su vez tiene a *Frontera Energy Colombia Corp., sucursal Colombia*, con domicilio en Bogotá (aquí demandada), así es evidente que entre ellas hay situación de control conforme a los artículos 260 y 261 del Código de Comercio.

Las acciones de *Pacific Exploration & Production Corporation* (hoy *Frontera Energy Corporation*) estaban inscritas y se negociaban en la Bolsa de Valores de Toronto (*Toronto Stock Exchange*), el 18 de diciembre de 2009 también se inscribieron en el Registro Nacional de Valores y Emisiones de Colombia (RNVE) y comenzaron a cotizarse en la Bolsa de Valores de este país. El grupo demandante adquirió varias de esas acciones que conservaron, pues desde el 6 de enero de 2015 recibieron mensajes de optimismo pese a los datos desalentadores por la caída del precio del petróleo y la decisión junto con Ecopetrol de no extender los contratos de participación de *Riesgo Rubiales y Asociación Pirirí*, pues tanto Ronald Pantin (director ejecutivo) como José Francisco Arata (presidente de la compañía), salían a la opinión pública con datos que bridaban confianza, por tratarse de un negocio a largo plazo, con diversificación de la producción y cifras satisfactorias.

El 10 de julio de 2015, la Bolsa de Valores de Colombia suspendió indefinidamente las operaciones repo de las acciones *Pacific*, pues el precio cayó por debajo del 40%, con castigo adicional de 20% de recargo hasta el vencimiento de las que se encontraran en trámite, porque la alta fluctuación del precio no permitía garantizarlas.

La compañía publicó posteriormente informes satisfactorios por los descubrimientos en el piedemonte colombiano, además explicó sus estrategias para mitigar riesgos de iliquidez. Ante noticias negativas de cancelación de contratos y el comportamiento de las acciones en bolsa,



respondió que todo obedecía al precio internacional del petróleo y a las condiciones generales del mercado.

Frontera Energy Colombia Corp. sucursal Colombia (demandada), titular de los activos y contratos de exploración de crudo en Colombia, jamás desmintió la información reportada por *Pacific*, por el contrario, la ratificó por medio de sus representantes legales y administradores, lo cual daba apariencia de legitimidad de esos datos, pues actuó en trámites judiciales y administrativos al conformar el *Grupo Pacific*.

Pacific y la referida sucursal compartían los miembros de juntas directivas y administradores en varios periodos (Ronald Pantin, José Francisco Arata, Peter Volk, Iván Darío Arévalo Vergara y Renata Campagnaro), por ende, las decisiones del órgano director de una y otra siempre estuvieron coordinadas.

La situación real de la compañía era de rentabilidad reducida y poca capacidad de pagar deudas. Durante el 2015 y a espaldas del mercado, iniciaron procesos de reestructuración y reorganización por iliquidez, además negociaron términos de recapitalización con el fondo de inversión privado *Catalyst Capital Group* (patrocinador del plan de reestructuración).

El 19 de abril de 2016 la Bolsa de Colombia suspendió la negociación de acciones *Pacific* desde el inicio de la jornada, no permitió el ingreso de órdenes ni realizar operaciones de contado, repos, ni transferencia temporal de valores. El 26 de mayo de ese año la Superintendencia Financiera dijo que mantendría la inscripción en el RNVE, para que el mercado conociera de la reestructuración de la compañía, pero en resolución 1359 de 1º de noviembre, canceló esa inscripción porque la empresa no tenía valores inscritos en Bolsa internacional reconocida, por esta razón el grupo demandante no pudo vender ni comprar las acciones de la compañía ya reestructurada, a esto se agregó que *Pacific*



no solicitaría nuevamente la inscripción de acciones en el país según informó el 2 de noviembre de 2016.

El referido trámite de restructuración se gestionó y fue aprobado en la Corte Superior de Justicia de Ontario, proceso que fue reconocido por la Superintendencia de Sociedades.

El 2 de noviembre de 2016 Pacific publicó los efectos de esa restructuración para los inversionistas en Colombia, que consistió en que por cada 100.000 acciones solo se consolidaba una acción, las sobrantes serían descartadas, por ende, el accionista con menos de 100.000 acciones perdieron toda su inversión.

En ese trámite se presentaron muchas irregularidades que enriquecieron a unos y empobrecieron a otros, por el mal uso de información privilegiada por parte de los administradores sobre la recapitalización con el fondo Catalyst, operación no ofrecida a los accionistas colombianos.

Mediante resolución 1260 de 2016, la Superfinanciera sancionó a Peter Volk por incumplir el deber de revelar información de suspensión de la negociación de acciones de *Pacific* en el mercado bursátil canadiense, y por haber negado tener conocimiento de negociaciones con potencial impacto sobre el valor de la acción, decisión confirmada en resolución 1025 de 2017.

3. La demandada se opuso a las pretensiones², aceptó unos hechos, negó otros y formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; prescripción (caducidad) de las pretensiones principales y subsidiarias; causa extraña (hecho de un tercero); improcedencia del levantamiento del velo corporativo; no se incumplió

² Folios 355 a 426, pdf: 05CuadernoC1Tomov.



el deber de información; los demandantes asumieron el riesgo de insolvencia de *Pacific* Canadá y de la pérdida de su inversión; el competente para declarar que *Pacific* Canadá incumplió su obligación de revelar información relevante al mercado de valores, es la Superfinanciera; *Pacific* Canadá fue objeto de un proceso de reorganización judicial; los demandantes debieron reclamar ante la Corte Superior de Justicia de Ontario; el acuerdo de reorganización aprobado, prohíbe a los demandantes promover acciones en su contra; el acuerdo de restructuración configura cosa juzgada; ausencia de requisitos de la responsabilidad civil extracontractual; improcedencia de la indemnización de perjuicios por pérdida de oportunidad; cualquier otra excepción que se encuentre probada.

4. El juzgado declaró la “*inexistencia de legitimación en causa en cuanto a la demandada*”, denegó las pretensiones, ordenó el levantamiento de la medida cautelar, condenó en costas a los demandantes que comparecieron oportunamente al proceso y dispuso enviar copia de la sentencia a la Defensoría del Pueblo.

Para esa decisión consideró, en resumen, que el daño reclamado por los demandantes se sustenta en que la demandada incumplió el deber de revelación de información al mercado de valores en Colombia y en especial a sus accionistas minoritarios.

Anotó que en los hechos de la demanda se especificaron actos de *Pacific Exploration and Production Corporation*, quien emitió acciones en el mercado de valores, por tanto, esa sociedad es la legitimada para enfrentar la pretensión indemnizatoria.

Las pruebas demuestran que Frontera Energy Colombia Corp. sucursal Colombia, es filial de la sociedad suiza Frontera Energy Colombia AG (antes Meta Petroleum Ltd.), sin que haya tenido la condición de sucursal en Colombia de *Pacific Exploration & Production Corp.* (antes



Pacific Rubiales Energy Corp.), quien fue la que emitió las acciones adquiridas por los demandantes.

Según el certificado de existencia y representación de la demandada, en noviembre de 2017 se protocolizó la escritura pública de integración patrimonial de la sucursal Petrominerales Colombia Corp. sucursal Colombia, en virtud de la fusión de las sociedades extranjeras Meta Petroleum Corp. y Petrominerales Colombia Corp.

En diciembre de 2017 se protocolizó la integración patrimonial de la sucursal Grupo C&C Energía Corp. sucursal Colombia, por la fusión de las sociedades extranjeras Meta Petroleum Corp. y Grupo C&C Energía Corp. sucursal Colombia.

En el mismo mes y año se protocolizó la integración patrimonial de la sucursal Pacific Stratus Energy Colombia Corp o Pacific Stratus Energy Colombia Corp., Sucursal Colombia, por la fusión de las extranjeras Meta Petroleum Corp y Pacific Stratus Energy Colombia Corp.

Se acreditó que la demandada, hace parte del grupo empresarial Pacific Group, junto con las demás empresas antes mencionadas.

De acuerdo con el artículo 28 de la ley 222 de 1995, que introdujo el concepto de grupo empresarial, surge el deber de su conformación y registro, cuando además del vínculo de subordinación a que se refieren los arts. 260 y 261 del C. Co., hay un objetivo fijado por la matriz dada la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo de cada sociedad controlada, que conservan su individualidad jurídica.

La norma permite que en casos de insolvencia de una sociedad filial subordinada o controlada, la matriz también sea responsable, tema tratado en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC2738 de 2018, sin que se considere la posibilidad de que una



sociedad subordinada o controlada deba asumir responsabilidades por actos de la matriz o controlante.

Por eso la demandada no tiene que responder por incumplimientos endilgados a *Pacific Exploration & Production Corp.* (antes *Pacific Rubiales Energy Corp.*), por omitir revelar información al mercado de valores en Colombia y a sus accionistas minoritarios, puesto que se carece de supuesto legal o contractual en el que la sociedad subordinada sea responsable de los actos de la sociedad matriz.

EL RECURSO DE APELACIÓN

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

El juez omitió resolver las pretensiones subsidiarias formuladas en la reforma de la demanda, fundadas en la responsabilidad solidaria en la comisión de los hechos dañinos contra los demandantes, conforme al art. 2344 del C.C., no en la subordinación entre *Pacific Rubiales* y la demandada. El perjuicio para el caso es la pérdida de oportunidad.

La conducta reprochada a la demandada consistió en inducir a los demandantes a error sobre la situación de la empresa y el proceso de reestructuración, para impedir la enajenación de acciones, circunstancia que permitió, facilitó y colaboró en fraude a los inversionistas.

El juez no expuso ningún argumento alusivo a que la demandada no haya participado en la generación del daño, ni por qué no estaría llamada a responder por sus propios actos, además, un pronunciamiento sobre el particular requiere la práctica de las pruebas.



En los procesos adelantados ante la Supersociedades, la demandada actuó de manera conjunta con la empresa emisora de las acciones, en donde ratificó información falsa, imprecisa e inoportuna. Así mismo obraron ante el mercado de valores colombiano, pues compartían los mismos miembros de sus juntas directivas y administradores, en varios periodos de tiempo, por esa razón sus decisiones estaban coordinadas. Esa unidad de empresa también conlleva a que se aplique el artículo 10 del decreto 1053 de 1953.

La demandada fue creada por Pacific para cumplir la obligación prevista en la norma citada, con el fin de celebrar negocios jurídicos relacionados con la exploración, explotación y comercialización de petróleo en el territorio nacional. Pacific actúa en Colombia por medio de la demandada, en cumplimiento de la norma citada, vínculo que determina una relación de responsabilidad entre la sociedad extranjera y la colombiana, en cuanto al cumplimiento de obligaciones legales.

El juez denegó la medida cautelar decretada en segunda instancia por el Tribunal, no practicó pruebas decretadas, determinantes para ver la participación de la demandada en los hechos de la demanda y su calidad de coautora del daño.

La omisión de la práctica de pruebas tuvo sustento en las restricciones de la emergencia sanitaria, pero esa circunstancia no puede ser obstáculo para efectuar el recaudo probatorio que acreditarían la legitimación en la causa por pasiva.

El artículo 38 de la ley 472 de 1998, norma especial para el trámite de acciones de grupo y populares, establece que la parte demandante solo puede ser condenada en costas cuando la acción sea temeraria o de mala fe, supuesto este último no aplicable al caso concreto.



Además, la tasación de costas se alejó de la jurisprudencia, es obstáculo de acceso a la justicia, y es posible que el juez se abstenga de esa condena, cuando la parte vencida muestra un ejercicio mesurado y acorde a derecho. Es una millonaria condena a favor de quienes defraudaron a los demandantes, a la par de que estos últimos se ven agraviados en mayor medida luego de perder su inversión. También se sentaría un grave precedente para los colombianos que apuestan a las vías institucionales y a la justicia para hacer efectivos sus derechos.

La demandada descorrió oportunamente el traslado de la sustentación de la apelación, en el sentido de que las pretensiones subsidiarias agregadas con la reforma a la demanda tampoco tienen mérito para prosperar ante la debilidad fáctica en la que se sustentan (pdf 20)³.

CONSIDERACIONES

1. Vista la ausencia de objeción en torno a los presupuestos procesales o vicio que impida decidir la apelación, limitada la competencia del Tribunal a los puntos objeto de recurso vertical, el debate se centra en dilucidar si fue acertada la sentencia anticipada de primera instancia, que denegó las pretensiones de la demanda por falta de legitimación en la causa de la demandada, pero sólo en relación con las pretensiones subsidiarias, que son el único motivo de reproche de la parte apelante, por cierto de manera insistente y sostenida.

Y la respuesta a ese interrogante conlleva a que se modifique el fallo de primer grado, en tanto que la decisión del juez en términos reales decidió únicamente sobre las pretensiones principales de la demanda, que no sobre el *petitum* subsidiario, el cual se basa en una acción legal algo diferente a las primeras, cuyo análisis debe abordarse desde un

³ 20AnexoCorreoDescorreApelación20210727.



punto de vista legal diferente al que planteó el *a quo*, en el cual la excepción de falta de legitimación en la causa de la demandada no tiene asidero.

2. Es pertinente recordar que las pretensiones principales de la demanda se dirigieron a que se declare la responsabilidad de “*Frontera Energy Corp. (antes Pacific Rubiales), a través de su sucursal en Colombia Frontera Energy Colombia Corp., sucursal Colombia, por incumplir el deber de revelación de información al mercado de valores en Colombia*”, según la ley.

Conforme a ese derrotero, el juez *a quo* declaró probada la falta de legitimación en la causa de la demandada, en la medida en que la sociedad extranjera que emitió acciones en el mercado de valores de Colombia, fue *Pacific Rubiales Energy Corporation* (hoy *Frontera Energy Corp.*), quien sería la llamada a responder por el incumplimiento de ese deber legal, sin que la aquí demandada, quien es una sucursal de aquella compañía extranjera vinculada en su grupo empresarial, tenga que responder por actos u omisiones de la sociedad matriz, en tanto que no hay disposición legal que permita extender la responsabilidad en esa dirección.

3. Y ningún reparo de la parte apelante ataca o contradice el argumento anterior, puesto que el recurso de apelación se enfocó principalmente en la omisión de la sentencia sobre las pretensiones subsidiarias de la demanda reformada, cual ya se adelantó.

En efecto, el *petitum* subsidiario se basó en el artículo 2341 del Código Civil, alusivo a la responsabilidad autónoma de la compañía colombiana demandada, pues los demandantes le reprocharon en concreto actos y omisiones, que cohonestaron o ayudaron a la producción del daño que reclaman, de allí que sea factible demandar directamente a Frontera



Energy Colombia Corp. Sucursal Colombia, para que responda por sus propios actos.

Las conductas dañosas que se le endilgan en el fundamento de las pretensiones subsidiarias, en apretada síntesis, consisten en que la demandada actuó ante las autoridades colombianas, medios de comunicación y demás interesados en Colombia, respecto de la situación financiera de la firma matriz *Pacific Rubiales Energy Corporation*, brindando información errónea o incompleta sobre la estabilidad y confianza que podían brindar las respectivas acciones, para lo cual mencionó circunstancias relacionadas con manifestaciones a la opinión pública, identidad de directivos y administradores, actuaciones como grupo empresarial, entre otros. Es decir, que participó directamente en la producción del daño a los accionistas minoritarios de la sociedad extranjera, que conforman el grupo demandante, porque ayudó a ocultar la información relevante sobre el mal estado financiero de la última.

Y sobre ese particular asiste razón al grupo actor, visto que el *a quo* dejó sin resolver esas peticiones secundarias, sin que la excepción de falta de legitimación en la causa se hubiese referido al análisis de las conductas dañosas que la actora pretende endilgar directamente a la demandada. Tópico este que en todo caso tampoco podría dirimirse en segunda instancia en el sentido de abordar el estudio de las demás excepciones formuladas por la demanda, conforme al artículo 282, inciso 3°, del CGP, toda vez que para decidir el tema relativo a las pretensiones subsidiarias, con todos sus pormenores, se requiere que se agote el recaudo probatorio invocado para esos hechos alegados en la demanda, en particular, su reforma.

4. Al tamiz de lo expuesto, y conforme al artículo 278 del CGP, el fallo de primera instancia debe considerarse como una sentencia anticipada parcial, en cuanto se limitó a resolver en forma adversa las



pretensiones principales por encontrar acreditada *ab initio* la excepción de falta de legitimación en la causa de la demandada (inciso 2, numeral 3°, del CGP), ámbito decisorio que, por demás, no es materia de censura en el recurso vertical.

Por lo cual hace bien considerar que en relación con las pretensiones subsidiarias de la demanda, la sentencia anticipada debe ser revocada por prematura, con el fin de que se continúe el proceso para dirimir en fallo de fondo esas otras reclamaciones, luego de las pruebas con sujeción a la normatividad pertinente.

Si bien la parte demandada, en escrito por el cual recorrió el traslado de la apelación, presentó argumentos tendientes a desestimar toda la demanda, iría en contra del debido proceso resolver de mérito la integridad del litigio en segunda instancia, examinado que deben cumplirse los trámites pertinentes para sustanciar y decidir en debida forma el *petitum* subsidiario, cual viene de anotarse, y no se evidencia ningún otro supuesto que permita sentencia anticipada al respecto.

5. Alrededor del reproche por la condena en costas de primera instancia, es inviable aplicar el artículo 38 de la ley 472 de 1998, toda vez que esa disposición está prevista solo para las acciones populares al ubicarse en el título II de esa normatividad, mientras que para las sentencias concernientes a las acciones de grupo están las disposiciones de los artículos 64 y siguientes de esa ley, ubicados en el título III denominado *del proceso en las acciones de grupo*.

Y como no hay una regulación especial de las costas, pues apenas se hizo una mención general en el precepto 65-5, es pertinente aplicar las normas del Código General del Proceso (arts. 365 y 366), de atender que los artículos 65 y 68 remiten al procedimiento civil, para lo no regulado allí expresamente.



Sentado lo anterior, la condena en costas ha de revocarse por falta de concurrencia del supuesto general previsto en el numeral 1° del artículo 365 del estatuto procesal, que ordena perentoriamente esa secuela económica para “*la parte vencida en el proceso*”, situación que aquí no ha ocurrido en esta etapa procesal, por cuanto viene de verse, falta por estudiar en debida forma las pretensiones subsidiarias. Tampoco procede la condena parcial, porque hipótesis tal es para cuando prospera “*parcialmente la demanda*” (numeral 5° ib.).

Ya en lo que atañe con el valor de las agencias en derecho, que la parte demandante consideró exagerado, es improcedente su análisis, no sólo por la revocatoria de la condena en costas, también porque la oportunidad procesal para dirimir ese componente tiene un trámite especial y concentrado, al tenor del artículo 366 ibidem.

6. En resumen, se modificará el fallo de primera instancia, con el fin de revocar la sentencia anticipada en cuanto a las pretensiones subsidiarias de la demanda, por prematura y para que se sigan los trámites tendientes a su decisión en debida forma, pero se confirmará la sentencia anticipada parcial respecto de las pretensiones principales.

No habrá condena en costas de segunda instancia, por la prosperidad del recurso, que conlleva a una modificación de la sentencia apelada.

DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Civil Cuarta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **modifica** la sentencia de fecha y procedencia anotadas, en lo siguiente:



1. Revocar lo decidido en dicha sentencia anticipada, numerales 1º, 2º, 3º, 5º y 6º en cuanto a las pretensiones subsidiarias de la demanda, por prematura, y en su lugar, se ordena que se continúen los trámites procesales pertinentes, tendientes a que se dicte sentencia en debida forma en torno a dichas peticiones.

2. Confirmar lo decidido en la citada providencia, pero únicamente en el entendido que la falta de legitimación en la causa por pasiva es frente a las pretensiones principales de la demanda y, por consiguiente, que la decisión es una **sentencia anticipada parcial**.

Esto a excepción del numeral 4º, de condena en costas, que se revoca totalmente.

3. Se dispone que las medidas cautelares conserve vigencia en cuanto a las pretensiones subsidiarias.

Devuélvase las diligencias al juzgado de origen, para que continúe con el trámite respectivo, con el fin de dirimir las pretensiones subsidiarias de la demanda.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

(CON EXCUSA)

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.,**

**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:

**399F9277A5F009D06DB43931329FC9318FDAFC848BFFC805E70E8D92CB46
3ED7**

DOCUMENTO GENERADO EN 21/09/2021 02:55:16 P. M.

**VALIDE ESTE DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA SIGUIENTE URL:
[HTTPS://PROCESOJUDICIAL.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/FIRMAELECTRONICA](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/firmaelectronica)**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



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

MAGISTRADO PONENTE: JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil
veintiuno

RAD. 110013103 034 2010 00496 03

ASUNTO A TRATAR

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Martha Isabel García de Suárez contra el auto de 13 de noviembre de 2020, proferido por el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá a través del cual rechazó la oposición a la entrega ordenada en el proceso ejecutivo adelantado por Fabio Chavarro Sánchez contra Álvaro Suárez Mendoza.

ANTECEDENTES

1. El 28 de agosto de 2018¹, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá ordenó la entrega de la cuota parte que le corresponde al ejecutado sobre

¹ Folio 11 archivo pdf 01despacho comisorio

el bien raíz identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 50N-776787, al nuevo secuestre NTJ Admjudiciales S.A.S., toda vez que el auxiliar anteriormente designado fue relevado y no ha cumplido con la entrega del bien. Para ejecutar esa diligencia se comisionó, con amplias facultades, al Juzgado Cuarenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá.

2. El 22 de octubre de 2018², el comisionado fijó el 19 de febrero de 2019 para la entrega; pero en esa fecha no se surtió la labor encomendada por inasistencia del extremo interesado; así que se reprogramó para el 6 de septiembre de 2019, data en la que tampoco se realizó la diligencia por ausencia del secuestre.

3. El 11 de diciembre de 2019³, se programó nuevamente la referida diligencia para el 7 de febrero de 2020 y se designó a Tecniaceros Ltda., como secuestre. De nuevo fue reprogramada mediante auto de 6 de febrero de 2020⁴, para el 20 de marzo de 2020. Y en esta última data tampoco fue posible su evacuación, debido a la suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura. De nuevo, el 19 de agosto de 2020⁵ se fijó el 13 de noviembre siguiente para realizar la comentada entrega.

4. El 13 de noviembre de 2020, una vez identificadas las partes e intervinientes en la diligencia de entrega, la señora Martha Isabel García de Suárez, por intermedio de apoderado,

² Folio 15

³ Folios 37 y 38

⁴ Folio 43

⁵ Archivo pdf 02autoreprogramadiligencia

presentó oposición, invocando la calidad de poseedora del predio materia de debate. Alegó que es propietaria del inmueble y tiene la posesión material del mismo desde cuando lo compró en el año de 1983; que desde tal época paga impuestos, servicios públicos, usufructúa el bien dando en arrendamiento varias habitaciones, y ejerce labores de modistería. En apoyo de su planteamiento, solicitó recibir los testimonios de Socorro Poblador Bolívar y John Edward Pardo Rojas y aportó pruebas documentales.

5. El juez comisionado, según el acta de la diligencia, decretó la práctica de interrogatorio a la opositora y al ejecutado, así como la recepción de los dos testimonios que solicitó aquella. Enseguida se pronunció resolviendo rechazar la oposición formulada. Los fundamentos de la decisión fueron:

(i) Que a la opositora no le asiste el *animus domini* porque el 21 de mayo de 2014 tuvo lugar en el mismo predio una diligencia de secuestro sobre el derecho de cuota de propiedad del demandado respecto al mismo bien; que, en esa oportunidad, se rechazó la oposición allí formulada por el ejecutado, diligencia en la que se materializó la entrega al secuestro y en la que el auxiliar de la justicia entregó el bien a Martha Isabel García de Suárez a título de depósito judicial y gratuito, actuación con la que reconoció ser tenencia del bien. Agregó que la opositora, debió plantear su oposición en la diligencia de secuestro anterior «*y bajo ninguna circunstancia aceptar que lo que dice ser suyo, del derecho de cuota del demandado se le dejara en un título que transmite la tenencia porque con ello estaba reconociendo dominio ajeno*».

(ii) Que, de conformidad con el certificado de tradición y libertad del fundo se encuentra que en la anotación N° 2 de 20 de febrero de 1984 aparece que el inmueble fue adquirido por Martha Isabel García de Suárez y Álvaro Suárez Mendoza; luego, a partir de tal fecha, se constituyó una «comunidad». Explicó que un comunero, como la opositora, puede adquirir *«para sí el inmueble que constituye, en este caso, la comunidad, pero para hacerlo debe hacerlo con exclusión de los demás comuneros y debe presentarse un fenómeno que se llama interversión del título que es el acto mediante el cual se exterioriza a los demás copropietarios, en este caso a don Álvaro, que ha dejado de ejercer la posesión legal para la comunidad que conforma, que se quita esa camisa que es la de poseedor legal para la comunidad y se vuelve poseedor común o material con exclusión de los demás copropietarios, en este caso, con exclusión del señor Álvaro Suárez Mendoza, cosa que aquí no está demostrada»*, ya que la opositora aseveró en su interrogatorio de parte que el bien fue construido con la participación de ella y su esposo, quien contribuyó en alguna proporción con la edificación de la casa.

(iii) Precisó que la testigo Socorro Poblador Bolívar sostuvo en su declaración que el bien es de propiedad de la pareja, reconociendo que Álvaro Suárez Mendoza también es propietario; y que los dos han intervenido en los arreglos que se han hecho en la propiedad. Además, el testigo John Edward Pardo Rojas señaló diáfanoamente que los dueños de la casa son la pareja Suárez García.

(iv) Insistió en que *«en realidad son dos los propietarios del inmueble y que no ha existido una interversión del título por parte de doña Martha para dejar de poseer para la comunidad que ella y don Álvaro integran y volverse una poseedora material con exclusión del otro copropietario, esto es don Álvaro, quien dicho sea de paso vive aquí, porque así nos lo hizo saber doña Socorro, “el vive aquí y cuando no está aquí es porque está en la finca que los dos tienen” doña Martha y don Álvaro en Gámbita Santander»*.

(v) Concluyó que también debe darse aplicación a lo previsto en el numeral 4 del artículo 308 del Código General del Proceso, *«bien porque se considere que es de aplicación directa o por la vía del artículo 12 del cuerpo normativo ya mencionado en la medida en que ahí se prevé que cuando un bien está secuestrado, como lo es el derecho de cuota que le corresponde al señor Álvaro Suárez Mendoza, situación en la que se encuentra desde el 21 de mayo de 2014 y el secuestre designado no lo entrega, entonces que pasa, “a petición del interesado se ordenará la diligencia de entrega, en la que no se admitirá ninguna oposición” de suerte que si este inmueble, el derecho de cuota de propiedad del demandado Álvaro Suárez Mendoza, estaba secuestrado, mejor, está secuestrado desde el 21 de mayo de 2014, pues no es posible admitir a trámite otra oposición porque la oportunidad para oponerse lo fue en el momento en que se llevó a cabo la diligencia de secuestro que se consumó; tan es así que se le entregó a un secuestre»⁶*.

⁶ Video MAH01405 Minuto 00:00:13-00:19:49

6. Contra esa decisión, el apoderado de la opositora presentó recurso de reposición y, en subsidio, apelación. Como soporte de la inconformidad aseveró que, de conformidad con el numeral 7 del artículo 309 del Código General del Proceso, el comisionado no era competente para resolver lo relativo a la oposición; que lo procedente era, una vez recaudadas las pruebas, remitir las diligencias al juez de conocimiento; de modo que se incurrió en causal de nulidad por falta de competencia.

7. El juez comisionado, al desatar el medio de impugnación horizontal, mantuvo en firme su decisión y concedió la alzada.

8. La apelante oportunamente sustentó el recurso por escrito, insistiendo en la pregonada la falta de competencia del comisionado para rechazar la oposición⁷.

CONSIDERACIONES

1. El problema jurídico a resolver. Le corresponde a esta Corporación determinar si el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá tenía o no competencia para rechazar la oposición a la diligencia de entrega formulada el 13 de noviembre de 2020 por Martha Isabel García de Suárez.

⁷ Folios 80-82 archivo pdf 06pagoarancelampliaciónreparos

2. La competencia del comisionado. Para determinarla es necesario tener presente que su actividad tiene regulación en una norma genérica y en otras específicas. La primera es el canon 40 del C. G. P., en cuyo inciso primero se dispone que *"[e]l comisionado tendrá las mismas facultades del comitente en relación con la diligencia que se le delegue, inclusive las de resolver reposiciones y conceder apelaciones contras las providencias que dicte, susceptibles de esos recursos. Sobre la concesión de las apelaciones que se interpongan se resolverá al final de la diligencia."* Este precepto se aplica para todos los casos en que no exista norma especial que disponga cómo proceder cuando se atacan decisiones del juez comisionado; por ejemplo, contra el auto que niega el decreto, la práctica o la obtención de alguna probanza, o decide sobre una nulidad.

Por otro lado, cuando se trata de una oposición a la entrega de un bien, es imperativo atender a lo dispuesto en los cánones 308 y 309 del C. G. P. que regulan de modo preciso y específico la forma de proceder en ese tipo de actuación: el de la entrega de bienes y a la oposición que sea formulada en esas diligencias. De manera que a las decisiones y actos diferentes a la entrega y la formulación de la oposición, se les aplica lo dispuesto en el artículo 40 citado; pero, aquellas han de sujetarse cabalmente a lo mandado en los aludidos preceptos 308 y 309.

Ahora, por expreso mandato consagrado en el numeral 7 del artículo 309 *ejusdem*, *«[s]i la diligencia se practicó por comisionado y la oposición se refiere a todos los bienes objeto de ella, se remitirá inmediatamente el despacho al comitente, y el*

término previsto en el numeral anterior se contará a partir de la notificación del auto que ordena agregar al expediente el despacho comisorio. Si la oposición fuere parcial la remisión del despacho se hará cuando termine la diligencia».

Con respecto a esta última preceptiva, La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de tutela, sostuvo:

«Emerge de lo antedicho, que sólo el juez cognoscente del decurso en el cual se ordenó la práctica de la “entrega” está habilitado para desatar la “oposición” durante ese trámite, por ende, al comisionado le esta prohibida cualquier decisión en torno a tal manifestación.

En consecuencia, anunciada oportunamente como lo fue la “oposición” de los hermanos Rebolledo Olarte, la representante de la Alcaldía Local Norte de Barranquilla, debió enviar el dossier criticado al fallador de primera instancia, para que éste determinara si había lugar o no a viabilizar dicha “oposición”, y no abrogarse para sí la suerte de tal manifestación (...)» (CSJ STC9230-2019 Jul. 15 de 2019, rad. 2018-00480-01).

Por otro lado, en el numeral 4 del canon 308 *ejusdem* se consagra una hipótesis especial; es cuando se le ha ordenado al secuestre que haga entrega del bien. Literalmente ordena esa regla legal: *“Si vencido el término señalado en la providencia*

respectiva el secuestre no ha entregado el bien, a petición del interesado se ordenará la diligencia de entrega, en la que no se admitirá ninguna oposición (...)” (Subrayas a propósito). Es preciso advertir que la norma se refiere a la entrega que debe hacer el secuestre a la parte interesada; pero, por supuesto, así ha de ser también si es a quien lo reemplaza en el cargo.

Es preciso resaltar que una cosa es la procedencia de la oposición, y otra bien distinta la forma y el competente para resolver sobre si es admisible o si debe rechazarla. Esos dos artículos (308 y 309 del C. G. P.) deben ser armonizados. En el primero se regula la entrega de los bienes, y en el segundo la forma de hacer oposición en esa diligencia. De modo que lo relativo a la oposición que consagra el 308 (en especial el numeral 4) debe ser decidido en la forma prevista en el 309, y de manera especial en el numeral 7, si la diligencia la realiza un comisionado.

3. El caso *sub iudice*. El 13 de noviembre de 2020, el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá, en virtud de la comisión conferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá, procedió a realizar la diligencia de entrega de la cuota parte que le corresponde al ejecutado Álvaro Suárez Mendoza, sobre el predio identificado con folio de matrícula inmobiliaria N° 50N-776787, al secuestre designado en reemplazo del anterior auxiliar de la justicia que relevado del cargo, quien se había posesionado en la diligencia de secuestro realizada el 21 de mayo de 2014.

En esa oportunidad, la señora Martha Isabel García de Suárez manifestó su oposición a la entrega, para lo cual invocó la calidad de poseedora, con respaldo en prueba documental y otra testimonial que solicitó recibir. Como quedó reseñado, el comisionado agotó la etapa probatoria y rechazó la oposición, pronunciamiento que fue recurrido en reposición y, en subsidio, en apelación por la opositora.

Atendiendo a lo expuesto con amplitud en el ítem anterior, en este caso resulta patente que los argumentos de la impugnante tienen vocación de prosperidad; pues, el juez comisionado, sí cometió un yerro en su forma de actuar, con lo cual pretermitió íntegramente la instancia en ese trámite.

En efecto, el dislate del señor juez comisionado consistió en darle trámite a la oposición propuesta por la señora García de Suárez; pues, como se ha dejado visto, aunque la norma 308, numeral 4, del C. G. P. consagra la inadmisión de cualquier oposición, el competente para resolver la que fue presentada era sólo el juez comitente porque así está expresamente ordenado en el artículo 309-7 *ibidem*. Debe insistirse, que sea improcedente, no traslada la competencia del juez de conocimiento al comisionado para resolverla. De manera que no podía el comisionado proceder a desarrollar la actividad probatoria y darle trámite a esa oposición, como lo hizo; ni podía emitir directamente la decisión de rechazo.

4. Conclusión. En este caso sí se incurrió en el vicio de nulidad que alegó la impugnante; luego, resulta procedente declarar la nulidad de lo actuado por el despacho comisario, a

partir de la decisión apelada y, en su lugar, ordenar al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá que resuelva lo atinente a la admisión o no de la oposición a la entrega del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria número 50N-776787, y tomar las decisiones que correspondan en derecho.

LA DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: Se declara la nulidad de lo actuado a partir de la decisión del 13 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado Cuarenta y Cinco Civil Municipal de Bogotá rechazó la oposición formulada por Martha Isabel García de Suárez en la entrega ordenada en el proceso ejecutivo adelantado por Fabio Chavarro Sánchez frente a Álvaro Suárez Mendoza. En su lugar, se ordena al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá que resuelva lo concerniente con la admisión o no de la referida oposición.

SEGUNDO: Sin condena en costas por no aparecer causadas.

TERCERO: En la oportunidad correspondiente, devuélvanse las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE

JESÚS EMILIO MÚNERA VILLEGAS

Magistrado

Firmado Por:

Jesus Emilio Munera Villegas

Magistrado

Sala Civil

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

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

Código de verificación:

**34f0fcad136fd1d765395fed21b133b001bcf5e6dd497cf197
5b643e5bc561e5**

Documento generado en 21/09/2021 04:27:21 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Ejecutivo
DEMANDANTE : Julio Emiro Jaramillo Zayas
DEMANDADO : Luis Eduardo Neira Ramírez
RECURSO : Queja

ASUNTO

Resuelve el Tribunal el recurso de queja interpuesto, en subsidio de la reposición que formuló Efraín Vaca Ruíz en contra de la providencia emitida el 2 de marzo de 2021, por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad, en la que negó el recurso de apelación frente al auto de 8 de febrero de 2021, que negó el trámite a la petición del quejoso al no ser “parte, ora apoderado, ni tercero reconocido dentro del presente asunto” y advirtió que el proceso se encuentra terminado por desistimiento tácito.

ANTECEDENTES

El 12 de febrero de 2018, el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de Bogotá terminó, por desistimiento tácito (lit. b) art. 317 C.G.P.), el proceso ejecutivo singular que inició Julio Emiro Jaramillo Zayas en contra de Luis Eduardo Neira Ramírez. El 19 de noviembre de 2019, el señor Efraín Vaca Ruíz allegó escrito en su condición de “adquirente de los derechos de herencia del causante y demandado Luis Eduardo Neira Ramírez” y peticionó: (i) que se le reconociera como sucesor procesal de conformidad con el art. 68 del C.G.P., (ii) se requiera al secuestre para que

haga entrega real y material del inmueble que se dejó bajo su administración y custodia, rinda cuentas del contrato de arriendo que se comprometió a celebrar, y (iii) en caso de no cumplir lo anterior releve al secuestre o disponga todo lo necesario para que la entrega se concrete. El 23 de enero de 2020, abogado Santander Guerrero Cantero allegó poder otorgado por el señor Vaca Ruíz y solicitó que se diera trámite a la petición que este último había presentado.

Con auto de 4 de febrero de 2020, el juzgado le ordenó “estarse a lo resuelto en auto de 12 de febrero de 2018, mediante el cual, se terminó el proceso por desistimiento tácito”. El señor Vaca Ruíz por intermedio de su apoderado el 22 de enero de 2021, pidió ser reconocido como “cesionario legítimo de los derechos de herencia de las herederas del demandado Luis Eduardo Neira Ramírez (q.e.p.d.) como consta en escritura pública 627 de febrero de 2018, otorgada ante la Notaría 7ª del Círculo de Bogotá.

El 8 de febrero de 2021, el juzgado señaló que: “Revisado el plenario se evidencia que el memorialista no es parte, ora apoderado, ni tercero reconocido dentro del presente asunto, razón por la cual no es dable abrir paso al pedimento que precede. No obstante, adviértase que, el proceso del epígrafe se encuentra terminado por desistimiento tácito...”.

El quejoso interpuso recurso de apelación contra la anterior decisión, cuya concesión se denegó en proveído de 2 de marzo de 2021, por considerar que: “el auto de fecha 8 de febrero de 2021, no es susceptible de alzada; por otro lado, porque el memorialista no es parte en el asunto de marras, “razón por la cual no se encuentra legitimado para interponer la réplica”.

El interesado solicitó la reposición y subsidio acudir en queja.

LOS RECURSOS

El quejoso tan solo se limitó a señalar que: “de conformidad (con) lo dispuesto en el C.G.P., acudo a su despacho para presentarse en tiempo recurso de reposición y en subsidio el recurso de queja en contra del auto que niega el recurso de apelación del asunto de la referencia”.

Las partes guardaron silencio durante el término de traslado.

El *a quo* confirmó la decisión comoquiera que “el censor no expresó argumento alguno que sustente los recursos impetrados y en esa dirección se torna innecesario la realización de un pronunciamiento adicional sobre los mismos” y concedió el de queja (min. 4:22 – 6:08).

El expediente fue radicado en el Tribunal el 27 de julio de 2021.

CONSIDERACIONES

El recurso de queja tiene por objeto que el superior, a instancia de parte legítima, conceda el recurso de apelación o el de casación que hubiese denegado el juez de primera instancia o el Tribunal, según el caso, si fuere procedente (art. 352 del C.G.P.).

Ahora bien, el art. 353 *ibidem* establece que la forma como debe interponerse debe hacerse en subsidio del recurso de reposición contra el auto que denegó la apelación. A su vez el recurso de reposición según las previsiones del art. 318 *ibidem* “deberá interponerse con la expresión de las razones que lo sustenten”.

Así las cosas, se advierte que el quejoso incumplió con la carga de sustentar su recurso de reposición el cual da fundamento al recurso de queja, por lo que no se realizar pronunciamiento en tal sentido ante la falta de sustentación. De igual manera considera el despacho que no había lugar a “resolver” y conceder el recurso de queja por parte del juez de primera

instancia, sino proceder a su rechazo de plano ante el incumplimiento de lo señalado en el art. 318 ya citado.

No obstante, es completamente evidente que el proceso terminado no puede reabrirse por cuenta de las peticiones de un tercero que no alcanzó a ser reconocido en el juicio. Solo llama la atención del Tribunal la mención que el señor Vaca hace sobre el comportamiento de un secuestro, la entrega real y material del inmueble que se quedó bajo su administración de su deber de rendir cuentas, pues si el proceso ha fenecido, estas son cuestiones que debe solucionar, aún de oficio, el juez de la causa (arts. 50, 51, 308 num. 4 y 597 del C.G.P.)

DECISIÓN

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá;

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INADMISIBLE el recurso de queja interpuesto por Efraín Vaca Ruíz en contra de la providencia emitida el 2 de marzo de 2021, por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

SEGUNDO: Devuélvanse las presentes diligencias al juzgado de origen.

NOTIFIQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

**Proceso verbal instaurado por Arieh Guberek Grimberg
contra Santiago Arias Naranjo. Expediente No. 11001-31-03-
041-2019-00011-03.**

Bogotá D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno
(2021).

Proyecto discutido y aprobado según acta de fecha veintisiete
(27) de julio de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto
por la parte demandante contra la sentencia calendada el 29 de abril
de 2021 que profirió el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito
de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones demanda principal:

- Declarar que el 20 de mayo de 2011 los señores Arieh
Guberek Grimberg y Santiago Arias Naranjo (jugador profesional)
suscribieron un contrato cuyo objeto consistió en la cesión del 50%
de los derechos deportivos, económicos y de inscripción del
deportista [o cualquiera que fuese su denominación] a favor de
aquél.

- Declarar que el demandado no ha satisfecho las obligaciones adquiridas de conformidad con lo plasmado en las cláusulas primera y segunda del mencionado contrato y, en consecuencia, se le condene a pagar a favor del señor Guberek Grimberg las siguientes sumas de dinero:

VALOR	CONCEPTO	PERÍODO (año-temporada)	PAGADOR
€ 130.560	50% pago anual	2011-2012	Club Sporting SAD de Portugal
€ 159.000	50% pago anual	2012-2013	Club Sporting SAD de Portugal
€ 50.000	50% signing bonus		Club PSV Eindhoven de Holanda
€ 217.500	50% pago anual	2013-2014	Club PSV Eindhoven de Holanda
€ 217.500	50% pago anual	2014-2015	Club PSV Eindhoven de Holanda
€ 217.500	50% pago anual	2015-2016	Club PSV Eindhoven de Holanda
€ 217.500	50% pago anual	2016-2017	Club PSV Eindhoven de Holanda
€ 217.500	50% pago anual	2017-2018	Club PSV Eindhoven de Holanda
50% de las sumas percibidas por el jugador	50% de lo percibido por el jugador como resultado de la transferencia realizada por el Atlético de Madrid	31 de julio de 2018	Atlético de Madrid
€ 412.500	3.75% por la transferencia al Atlético de Madrid	31 de julio de 2018	Atlético de Madrid
50% de las sumas percibidas por el jugador	50% de las sumas percibidas por el jugador en ejecución	A partir del agosto de 2018	Atlético de Madrid

jugador en ejecución del contrato con el Atlético de Madrid	del contrato con el Atlético de Madrid		
50% de las sumas recibidas por los partidos disputados en las eliminatorias y el mundial de Brasil 2014	50% de las sumas que la Federación Colombiana de Fútbol le haya pagado al jugador con ocasión de los partidos disputados por eliminatorias y el mundial de Brasil	2014	Federación Colombiana de Fútbol
50% de las sumas recibidas por los partidos disputados en las eliminatorias y el mundial de Rusia 2018	50% de las sumas que la Federación Colombiana de Fútbol le haya pagado al jugador con ocasión de los partidos disputados por eliminatorias y el mundial de Rusia	2018	Federación Colombiana de Fútbol
50% de las sumas recibidas por los partidos disputados en la Copa América 2015, Copa América Centenario y Copa América 2019	50% de las sumas que la Federación Colombiana de Fútbol le haya pagado al jugador con ocasión de los partidos disputados por la Copa América 2015, Copa América Centenario y Copa América 2019	2015 y 2019	Federación Colombiana de Fútbol
50% percibido por el jugador por sus derechos de imagen	50% percibido por el jugador por sus derechos de imagen	2014-2019	

- Ordenar al demandado a pagar intereses de mora sobre los montos precedentes, liquidados a la tasa máxima legal, desde la

fecha de presentación de la demanda y hasta cuando se haga efectivo el pago.

2. Fundamentos fácticos demanda principal:

El 20 de mayo de 2011 las partes celebraron un contrato en virtud del cual el señor Arias Naranjo le cedió de forma gratuita el 50% de sus “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*” al señor Arie Guberek Grimberg, obligándose a “*entregar el cincuenta por ciento (50%) de las sumas de dinero recibidas como fruto de una transferencia nacional o internacional de que sea objeto, sin importar la denominación de que ésta se haga (derechos deportivos, derechos económicos, derechos de inscripción, bono pro firma o signing bonus o cualquiera otra denominación)*”; así mismo, el deportista se comprometió a informar al señor Guberek Grimberg cualquier propuesta de contrato de trabajo que implicara su transferencia a un club colombiano o extranjero y, además, las ofertas que recibiera para firmar contratos de intermediación con agentes de jugadores licenciados por la Federación Colombiana de Fútbol u otra asociación.

Al momento de suscribir el contrato de cesión de derechos, el señor Arias Naranjo no contaba con ningún apoyo, ni se encontraba vinculado con agentes o clubes.

Y aunque el señor Guberek Grimberg no ejercía ninguna influencia en las decisiones del deportista a la hora de elegir alguna propuesta de trabajo o contrato de intermediación, este último sí quedó obligado a mantenerlo informado y, por contera, de cancelarle la cuota-parte correspondiente cada que vez que recibiera algún emolumento por su labor como futbolista.

El 23 de mayo de 2011 el demandado autorizó al actor para negociar las condiciones de un contrato de trabajo con el Club Sporting Sad de Portugal y, como resultado de la gestión, el 21 de junio siguiente se firmó un contrato con el referido club, motivo por el cual, honrando su pacto, aquél le pagó la suma de €250.000, pero omitió cancelarle el equivalente al 50% del dinero recibido como pago anual durante los periodos 2011-2012 y 2012-2013.

El 13 de julio de 2013, por la gestión del señor Guberek, se firmó otro contrato con el Club PSV Eindhoven de Holanda, por el que recibió de manos del futbolista la suma de €100.000.

En lo sucesivo, el señor Arias Naranjo no informó los pormenores de lo percibido por concepto de derechos de imagen, ni por signing bonus, así como tampoco canceló valor alguno por los conceptos establecidos en el contrato de cesión de derechos que pagaron los diferentes clubes ni por la Federación Colombiana de Fútbol.

Si bien no se estipuló expresamente fecha de vigencia del contrato, se entiende que no ha expirado hasta este momento, por cuanto *“su vigencia se relaciona con el cumplimiento de las obligaciones allí adquiridas”*.

3. Pretensiones de la demanda de reconvención:

Con ocasión a dicho libelo, se pidió:

- Declarar la nulidad de la obligación del señor Arias Naranjo de cancelar y/o pagar en favor del señor Guberek Grimberg

el equivalente al 50% de sus “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*” por la transferencia señalada en el contrato suscrito el 20 de mayo de 2011 y, en consecuencia, se condene a aquél a restituirle dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, la suma de €250.000 o su equivalente en moneda nacional.

En subsidio, solicitó declarar la nulidad relativa en lo que exceda de 50 s.m.l.m.v. de sus “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*”, con ocasión de la transferencia internacional al Sporting Club de Portugal y, por tal motivo, se condene al demandado en reconvención a restituirle la suma de \$614´470.000.00 como excedente de lo recibido por parte del señor Arias Naranjo.

A su vez, declarar que se extinguió o terminó el contrato de cesión de derechos a título gratuito y, por contera, el señor Guberek Grimberg no tiene derecho a obtener el pago de suma alguna diferente a la recibida por la transferencia al Sporting Club de Portugal.

4. Fundamentos fácticos de la demanda de reconvención:

Se soportó en que el 20 de mayo de 2011 se celebró el mentado contrato de cesión, a título gratuito, de los “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*” de Santiago Arias Naranjo que implicaran una transferencia nacional o internacional; por lo tanto, como la obligación de pago estaba sujeta a la condición positiva de la materialización de la transferencia y el deportista tenía la libertad para suscribir el respectivo contrato a voluntad, al ser una condición meramente potestativa resultaba inválida.

Teniendo en cuenta que el contrato fue a título gratuito, se hacía presumir la donación y requería de la insinuación en lo que excediera de 50 s.m.l.m.v., los cuales para el año 2011, según el salario mínimo mensual de la época (\$535.000.00) equivalía a \$26´780.000.00

Entonces, como el monto de la transferencia al primer club ascendió a \$641´250.000, superó ostensiblemente el límite fijado; por lo tanto, debió obtenerse una autorización previa [judicial o notarial] por la donación correspondiente.

De otro lado, según el contenido literal del contrato, con una transferencia se entendía satisfecho su objeto, lo cual tuvo lugar con el pase al club portugués.

Finalmente, el demandante en reconvención esgrimió que ante la Federación Colombiana de Fútbol se allegó un contrato espurio de representación que supuestamente habían firmado Santiago Arias Naranjo y ArieH Guberek Grimberg para una vigencia de dos (2) años; sin embargo, debido a su falsedad se interpuso la respectiva denuncia.

5. Actuación procesal:

5.1. Notificado el demandado principal del auto admisorio, a través de apoderado se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de fondo denominadas: “*nulidad del contrato en cuanto al objeto*”, “*nulidad de la obligación por ser la condición puramente potestativa de la persona que se obliga*”, “*inexistencia de obligación de cancelar suma alguna por las transferencias realizadas a los*

clubes PSV Eindhoven de Holanda y Atlético de Madrid de España y los pagos efectuados por la Federación Colombiana de Fútbol y los derechos de imagen del futbolista Santiago Arias Naranjo, “enriquecimiento sin causa”, “extinción y/o terminación del contrato”, “improcedencia de la acción. Prescripción” y “excepción genérica”.

5.2. Por su parte, el demandado en reconvención también formuló las enervantes de mérito tituladas: “*cumplimiento de todos los requisitos de existencia y validez del contrato de cesión de derechos del 20 de mayo de 2011*”, “*inaplicabilidad de requisitos de insinuación notarial a la obligación de pago por €250.000*”, “*prescripción para solicitar la nulidad relativa*”, “*condición potestativa y no meramente potestativa*”, “*el contrato es de ejecución sucesiva*”, “*nulidad en los contratos de tracto sucesivo*” y “*genérica, innominada o ecuménica*”.

6. El fallo apelado:

La funcionaria de primer grado negó las pretensiones de la demanda principal, declaró la nulidad absoluta del contrato de cesión de derechos celebrado el 20 de mayo de 2011 y, ordenó al señor Arie Guberek Grimberg restituirle a Santiago Arias Naranjo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la providencia, la suma de €250.000 o su equivalente en pesos al momento del pago.

Para arribar a tales conclusiones, de manera preliminar estudió la acción invocada y señaló como marco normativo de la misma los artículos 1602, 1603 y 1546 del Código Civil, este último atinente a la condición resolutoria tácita de los contratos, con la advertencia que en torno a los de tracto sucesivo no opera la

resolución sino su terminación; luego prosiguió con la cita del artículo 1610 del mismo compendio.

Frente al caso concreto, memoró que el señor Guberek Grimberg pretendió que el señor Santiago Arias Naranjo diera cumplimiento al contrato a través del cual le cedió de manera gratuita el 50% de sus “*derechos deportivos, económicos, y de inscripción*”; de allí que se tratara de una acción de responsabilidad civil contractual.

Seguidamente, enunció los tres requisitos que jurisprudencialmente se han fijado para el éxito de este tipo de acciones, a saber: *i)* que se trate de un contrato legalmente celebrado capaz de generar obligaciones, *ii)* el incumplimiento total o parcial del demandado y, *iii)* que el demandante haya cumplido o se haya allanado a cumplir. Acto seguido, aludió a las exigencias establecidas en el artículo 1502 del Código Civil para que una persona se obligue con otra, punto en el que destacó el numeral 3°, atinente a “*que recaiga sobre un objeto lícito*”, para después manifestar que los artículos 1519 y siguientes de la obra en mención establecen algunos objetos no susceptibles de estar en el comercio y enlistó algunos ejemplos; a modo de conclusión sobre el punto, indicó que hay objeto ilícito cuando el contenido contraría los intereses públicos, haciéndolo ineficaz y carente de fuerza vinculante.

Expuso, además, que la Ley 181 de 1995 regula los derechos deportivos de los deportistas profesionales en el país y que, en particular, el artículo 32 establece que solamente los clubes con deportistas profesionales o aficionados pueden poseer sus derechos, a la vez que prohíbe que los valores que se reciban por tales

derechos pertenezcan o se entreguen a una persona natural o jurídica distinta del mismo club, tal como lo incluso se precisó en la sentencia C-320 de 1997, máxime cuando la transferencia de los derechos deportivos solo puede realizarse entre clubes o por el propio jugador [cuando tenga la titularidad de sus derechos], con la satisfacción de los requisitos legales.

De tal prohibición surge entonces que, el negocio jurídico celebrado entre las partes en el que se pretendió enajenar a favor de un particular [Arieh Guberek Grimberg] el 50% de los derechos deportivos del jugador, estaba prohibido por expreso mandato de la ley y, consecuentemente, devino en ineficaz.

A su vez, explicó que el hecho de que se dijera que la cesión fue a título gratuito, no alteró en nada la situación presentada, pues la consecuencia derivó directamente de la intención de enajenar los derechos deportivos, evento que también irradió a los recursos económicos o frutos obtenidos tras la suscripción del convenio.

Acorde con dicho análisis, ante la existencia de un contrato viciado de nulidad absoluta, al disponer acerca de las restituciones mutuas, ordenó al señor Guberek Grimberg que le devolviera a Santiago Arias la suma de €250.000 que confesó haber recibido con ocasión de la transferencia del deportista a un club en Portugal.

Finalmente, se abstuvo de estudiar las excepciones invocadas frente a las pretensiones ante el fracaso proveniente de la nulidad; así mismo, se sustrajo de examinar la demanda de reconvención y las defensas que allí se propusieron.

7. Recurso de apelación:

El apoderado de la parte demandante en oportunidad sustentó el recurso de apelación en los siguientes términos:

Tras referirse a los antecedentes de la celebración del contrato, la diferencia entre “*derecho deportivo*” y “*derecho del deporte*” en Colombia, manifestó que el artículo 32 de la Ley 181 de 1995 pertenece solo al ámbito del derecho deportivo, afirmación que respaldó al describir el mecanismo de vinculación y transferencia de los jugadores profesionales de fútbol; siendo así, enfatizó en que si un deportista no tiene contrato de trabajo con algún club, es considerado agente libre, estatus que se reputaba del señor Arias Naranjo cuando firmó el contrato de cesión de derechos, pues “*era titular de sus derechos deportivos (...) Por lo tanto, frente al derecho vigente, podía libremente disponer de ellos*”.

Explicó que el contrato de cesión de derechos pertenece a la esfera del “*derecho del deporte*” porque el señor Guberek Grimberg no actuó como agente sino como empresario y, por ello, invirtió para que el jugador sobresaliera en su carrera.

En ese orden de ideas, la jurisdicción competente para resolver la controversia planteada es la ordinaria, puesto que el señor Guberek no era quien practicaba el deporte, sino que ejercía un rol distinto, patrocinar al jugador y contactarlo con los agentes encargados para lograr su transferencia entre clubes; por lo tanto, debe analizarse el asunto desde la óptica de la cesión de los “*derechos económicos*”, la cual corresponde al campo privado al ser diferente de la transferencia de los derechos federativos que se da entre los clubes.

Destacó que el contrato *sub examine* es plenamente válido, pues se celebró entre personas capaces y el señor Arias Naranjo cedió el 50% de sus “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*”, los cuales son una conjunción. A su vez, el contrato observó las formalidades que exigen los artículos 1959 y 1961 del Código Civil y, es por esto, que pese a desarrollarse en relación cuasi directa con la actividad deportiva, no es un contrato propio del derecho deportivo, sino es de naturaleza civil y comercial.

En lo tocante a la valoración probatoria, el recurrente la encontró errada, en primer lugar, frente al contrato de cesión de derechos, puesto que disiente de lo mencionado por la juez en torno a que las partes quisieron transferir derechos deportivos del jugador, aclarando que la voluntad de las partes no fue transferir ese tipo de derechos de jugador. Igualmente, consideró equivocada la aseveración planteada en la sentencia, respecto a que el demandado principal no recibió contraprestación alguna de manos del demandante porque, a su juicio, con los testimonios de Javier Abad López, Jherson Córdoba y Luis Eduardo Núñez se demostró que hubo gestiones realizadas por el señor Guberek.

Sostuvo que en el fallo atacado se declaró la nulidad absoluta con base la existencia de un supuesto objeto ilícito “*sin tener en cuenta dentro de la fundamentación jurídica, fundamentalmente en la medida en que el mismo obedece a una cesión de derechos entre particulares y que no se encuentra ni se encontraba proscrita por la legislación colombiana para ese entonces; y es sobre este punto en el cual se equivoca el camino el a quo en la medida de interpretar lo pactado en el contrato en un solo sentido, recostando absolutamente su decisión en el ámbito del derecho deportivo, en una norma que no es del todo clara y en solamente una sentencia proferida por la Corte*

Constitucional que no da cuenta alguna de la realidad jurídica aplicable al caso concreto". Agregó que el contrato no contrarió el orden público, en la medida en que "*dentro del mismo contrato fueron cedidos válidamente otros derechos, incluidos los económicos*".

Señaló que la intención de las partes fue darle forma a una sociedad de trabajo a través del contrato suscrito, en la que cada uno realizaba aportes en beneficio del conjunto, por lo que debió aplicarse lo establecido por el artículo 1618 del Código Civil, más cuando se ejecutó parcialmente, hasta cuando el demandado se sustrajo de continuar acatando sus deberes.

Estimó que la juez de primer grado no realizó razonamiento ni valoración frente a los derechos económicos objeto del contrato y que fueron el pilar de las pretensiones de su demanda, debido a que en la industria del fútbol profesional los jugadores suscriben contratos con ciertas particularidades; sin embargo, este es un contrato mercantil de cesión parcial de las sumas de dinero percibidas o que llegare a percibir el jugador a lo largo de su carrera como futbolista, desde el 20 de mayo de 2011.

En acápite que tituló conversión de los actos nulos, refirió que un contrato declarado nulo puede adquirir una conversión de acuerdo con la intención de las partes, tal como lo sentó la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Se pronunció en torno a la cesión de derechos – créditos, el contrato de participación y el *joint venture*, para exponer que no le era dable a la juez desconocer la voluntad de las partes y la ejecución de una relación contractual libre de vicios.

Adujo que es contrario a la realidad el sustento contenido en la sentencia de primera instancia fundado en lo indicado en la sentencia C-320 de 1997, toda vez que con esta se declaró exequible únicamente el inciso primero del artículo 32 de la ley 181 de 1995.

II. CONSIDERACIONES

1. Dentro de los límites del artículo 328 del CGP se resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante el que se circunscribe a establecer si es o no válido el “*contrato de cesión de derechos*” suscrito entre los señores Santiago Arias Naranjo y Arieh Guberek Grimberg, el 20 de mayo de 2011.

2. Para el recurrente la respuesta es afirmativa, por lo siguiente: **i)** no solo se trató de la enajenación de los derechos deportivos de aquél, sino también de los “*económicos*”, lo que permite encuadrar el acto jurídico en una relación de índole civil y comercial que resulta ajena a las disposiciones normativas contenidas en la Ley 181 de 1995; **ii)** el señor Santiago Arias Naranjo tenía plena disposición de sus derechos al no estar vinculado a ninguna institución deportiva; **iii)** las obligaciones del señor Guberek Grimberg estaban plenamente claras entre los contrayentes, así como los beneficios que recibiría; de suerte que acreditó con el acopio probatorio que realizó múltiples labores para posicionar al deportista en el ámbito internacional y conseguir su vinculación en diferentes e importantes clubes de Europa; **iv)** las partes concertaron una sociedad en la que obtendrían beneficios recíprocos; **v)** quedó plenamente demostrado las múltiples actuaciones que ejecutó el señor Arieh Guberek Grimberg en favor del jugador. No obstante lo anterior, advirtió la necesidad de tener

en cuenta la conversión de los actos nulos para plegarse a la verdadera voluntad de las partes.

3. Teniendo en cuenta que el documento toral sobre el que gravitaron las pretensiones tanto de la demanda principal como la de reconvención, se cimentó en el “*contrato de cesión de derechos*”, de manera preliminar, resulta imperioso analizar su contenido.

- Como suscriptores actuaron, de un lado, Santiago Arias Naranjo quien se identificó como jugador profesional de fútbol, y del otro, Arieh Guberek Grimberg.

- En el acápite de consideraciones se especificó que luego de que el señor Arias Naranjo terminara el contrato de trabajo con el Club Deportivo La Equidad Seguros, era el titular de sus derechos deportivos y, por ende, podía contratar libremente con cualquier equipo de fútbol en virtud de lo previsto en el “*Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la Fifa*” expedido el 7 de junio de 2010.

- El clausulado se compuso de dos ítems, en el primero, se determinó que el objeto del convenio consistía en la cesión, a título gratuito, de los “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*” del jugador, y en el segundo, se estipularon las obligaciones del deportista, entre las que se incluyeron: **i)** el compromiso de entregar a Arieh Guberek Grimberg el 50% de las sumas recibidas como fruto de una transferencia nacional o internacional, **ii)** informarle acerca de cualquier propuesta que recibiera por parte de algún club nacional o extranjero y, **iii)** manifestar por escrito las ofertas de intermediación que recibiera de un agente licenciado por la Federación Colombiana de Fútbol o por

otra asociación nacional.

- El contrato se firmó el 20 de mayo de 2011.

4. Con ese panorama, examinada la literalidad del contrato, de sus múltiples elementos lo primero que debe advertirse es que el señor Santiago Arias Naranjo se anunció *ab initio* como un jugador de fútbol profesional, lo que sin duda limitó el campo de acción de los derechos que pretendió ceder, pues se contrajeron a los derivados de su carrera deportiva, más no a cualquier otro tipo de transacción de naturaleza civil o comercial que llevara a cabo en su vida personal.

Siendo así, contrario al argumento planteado por la parte actora, a pesar de que el mentado contrato se aludió a la cesión de los “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*”, al abordar íntegramente el análisis del acuerdo de voluntades, resulta evidente que, *stricto sensu*, se refirió a aquellos emolumentos que el señor Arias Naranjo percibiera como jugador profesional de fútbol; de suerte que, de haber resultado viable el contrato, el señor Arieh Guberek Grimberg sería el titular del 50% de los dineros que recibiera el deportista durante su carrera, independientemente de la denominación que se les diera con posterioridad.

Esta distinción es de vital importancia, toda vez que en el escrito impugnatorio el recurrente pretendió desligar la naturaleza de los derechos deportivos de los económicos, con la siguiente premisa: “(...) *es absolutamente necesario partir de la base de la validez del CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS, fundamentalmente en la medida en que se trata de un contrato de naturaleza civil y comercial; que, si bien se desarrolla en relación con*

el ámbito deportivo y la actividad deportiva, el contrato per se no es propio del derecho deportivo"; inferencia según la cual, al margen de la negociación sobre los derechos deportivos, las estipulaciones contractuales irradiaron a la esfera del campo civil y comercial, por lo que no debían ceñirse irrestrictamente a la normatividad especial en materia deportiva.

Dicha intelección señalada por el extremo demandante difiere de la lectura del contrato, en el que se observa que la intención de los suscriptores nunca fue la de extender sus efectos más allá del campo deportivo, sino limitarse a este, al punto que, incluso, en el numeral segundo del acápite denominado "*Consideraciones*" se hizo referencia expresa a las sentencias C-320 de 1997 y T-740 de 2010 alusivas a la titularidad de los derechos deportivos de los jugadores; amén de que la cesión allí plasmada se dio bajo el entendido de que el señor Santiago Arias podía disponer a su arbitrio de sus derechos deportivos al no estar vinculado a ningún club de fútbol.

Por lo tanto, al margen de lo señalado por el apelante, los "*derechos deportivos, económicos y de inscripción*" comprenden una sola unidad en sus efectos jurídicos y teleológicos; por ende, no corresponden a conceptos disímiles o no relacionados entre sí, pues de acoger esta última tesis se estaría aceptando que la cesión no gravitó únicamente frente a los emolumentos derivados de la carrera del jugador, sino de todos aquellos actos en los que participara en su vida comercial, lo que no guardaría consonancia con lo plasmado en el documento ni en las declaraciones rendidas por ambos extremos procesales durante los interrogatorios que absolvieron.

Y es que existe tal correlación entre los términos "*derechos deportivos*" y "*derechos económicos*" que, según Pablo C. Barbieri

en su obra Fútbol y Derecho¹, cuando se habla en el escenario deportivo de los segundos estos responden unívocamente al “*valor pecuniario de la transferencia o compra del jugador de fútbol de un club a otro, o la adquisición de forma directa con el jugador. **En términos prácticos, los derechos económicos son el contenido patrimonial de los derechos deportivos**”² (resaltado intencional), por lo que aquellos se encuentran subsumidos dentro de los últimos.*

Bajo ese cariz, la distinción que hace el apoderado de la parte actora entre “*derecho deportivo*” y “*del deporte*” para pretender separar al primero del término “*económico*”, claramente corresponde a clasificaciones doctrinales que, por más de que se intenten encuadrar como instituciones diferentes, para el objeto del contrato analizado resultan ser equidistantes, al referirse unívocamente a la trayectoria deportiva de Santiago Arias Naranjo y a los réditos que surgieran de esta a nivel profesional.

5. Siguiendo la revisión del contrato, tampoco escapa a la atención de la Sala el hecho de que allí se plasmaron únicamente las obligaciones que debía cumplir el señor Arias Naranjo, más nada se dijo acerca de las que debía asumir Arieih Guberek Grimberg quien, así como se planteó, recibiría el 50% de las sumas generadas por aquél sin necesidad de ejecutar ningún acto a favor del jugador, ya que en ningún momento se anunció qué labores realizaría o, si actuaría en su nombre como agente, representante, intermediario o delegado ante los clubes de fútbol o la FIFA.

¹ Fútbol y Derecho , Barbieri Pablo C., Editorial Universidad, 2005.

² CARDONA ARANDA, Daniel Felipe. Fondos de inversión y contratos de cesión de derechos económicos: El caso de los derechos deportivos en Colombia. Enero – Junio de 2014. ISSN 1909-7794. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado No. 51. [WEB](#). Página 7. Se hizo referencia a: “BABIERI, Pablo C. Fútbol y Derecho. 2 ed. Buenos Aires. Editorial Universidad, 2005, p. 119”.

Precisamente, esa omisión contractual generó una gran discrepancia entre los litigantes acerca del rol que desempeñaría el señor Guberek Grimberg después de suscribir el contrato, pues la finalidad de la mencionada “cesión” tuvo una interpretación muy distinta para cada uno de ellos.

De un lado, Santiago Arias Naranjo aseguró en el interrogatorio que la transferencia a la que se aludió en el documento hacía referencia solo a la que se llevaría a cabo ante el Sporting Club de Portugal, más no a todas las que se realizaran a futuro, toda vez que, en sus palabras, la carrera de un jugador es incierta pues su permanencia en una determinada institución se encuentra sujeta a múltiples variables.

Es más, como el señor Guberek Grimberg no tenía la condición de agente FIFA, su trabajo primigenio se centró en contactarlo con una persona que sí la tenía para concretar su transferencia al citado club, como en efecto se hizo, lo que motivó a que se le pagara la suma de €250.000.

De otro lado, una posición muy diferente es la que tiene el señor Arie Guberek, quien aseveró que su rol para la promoción de Santiago Arias en diversos clubes requirió de un trabajo ingente que inició con la salida del jugador del Club Deportivo La Equidad Seguros, seguido de la conexión con varios representantes y directivos tanto de Suramérica como de Europa para lograr un pacto con el Sporting Club de Lisboa y luego con el PSV Eindhoven de Holanda.

Bajo esa óptica, en su sentir, era claro para ambas partes que

con el contrato se estaba pactando una sociedad por el resto de la vida del jugador, pues así lo manifestó al decir: *“nunca en la vida nosotros hablamos de un contrato por una transacción, ni nada, nosotros hablamos de una cesión, que era un contrato que nos iba acompañar para toda la vida (...) en ninguna parte del contrato está estipulado que ese contrato es una transferencia, es que usted lo quiera a hacer ver como transferencia, pero yo le digo, el contrato que nosotros hicimos para toda la vida”*.

Siendo así, existe una clara disonancia entre lo relatado por ambos interrogados, especialmente en los efectos ulteriores del contrato y su extensión en la carrera profesional del deportista.

Para abordar este aspecto, resulta imperioso memorar que al tenor de lo previsto en el artículo 1495 del Código Civil, un contrato *“es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa”*; en este caso, al tratarse de un vínculo que surgió entre Arie Guberek Grimberg y Santiago Arias Naranjo, de sus declaraciones y de lo escrito en el documento angular se concluye que las estipulaciones contractuales quedaron previamente definidas para este último pero no para aquél, en primer lugar, por la ausencia de sus compromisos en el legajo firmado y, en segundo, por la disparidad de criterios acerca de las labores que desempeñaría y hasta donde se extenderían sus efectos.

En ese orden de ideas, dada la ausencia de claridad frente a las obligaciones adquiridas por el señor Arie Guberek Grimberg en el contrato escrito, la labor del operador jurídico se contrae a interpretarlo bajo los apremios de los artículos 1618 y 1622 *Ibidem*, con el fin de adecuarlo y comprenderlo a la luz de las intenciones de los contratantes.

Al revisar el acápite de consideraciones del contrato, se colige que después de que el jugador terminó su vínculo laboral con el Club Deportivo La Equidad Seguros, creyó estar en plena libertad para disponer de sus derechos deportivos, máxime cuando tampoco sostenía ninguna relación con algún agente o asociación nacional.

Por esa razón, como en la cláusula primera se comprometió a ceder el 50% de sus derechos a Arie Guberek Grimberg sobre las “*sumas recibidas como fruto de una transferencia nacional o internacional de que sea objeto*”, el punto de inflexión entre ambas partes fue determinar si esa transferencia sería por una sola vez o de manera continua durante toda la carrera del jugador.

Pues bien, allí se habló de “*una transferencia*” como incluso lo entendió Santiago Arias Naranjo, por lo que al hacer una extracción literal de lo allí plasmado no existe ningún motivo concreto para colegir que, después de que se materializara la primera, las que se celebraran en el futuro también se cobijarían con el beneficio del 50% a favor del señor Guberek.

Es más, tampoco se entendería la razón por la cual el jugador se comprometería a entregarle el 50% de los emolumentos recibidos durante su carrera futbolística a una persona que, en principio, ni siquiera necesitaría intervenir en las eventuales negociaciones ante los clubes, ya que la forma en que el señor Arie Guberek Grimberg concibió el contrato primigenio [tal como lo explicó en el interrogatorio] fue que “*de por vida*” el deportista le pagaría las sumas derivadas de las transferencias, sin importar si él realizaba alguna gestión o no para obtenerlos, ya que ese presunto vínculo surgido entre las partes no quedó supeditado a la intervención

directa o indirecta del señor Guberek; dicho en otros términos, el lazo que supuestamente ataba al jugador con el demandante imponía el pago a este último de múltiples retribuciones económicas, indistintamente de lo que se hiciera a favor del deportista.

Esa intelección que le dio el señor Guberek al contrato tampoco se compadece con el hecho de que para la fecha en que se suscribió no tenía la calidad de agente autorizado por la FIFA ni era propietario de algún club deportivo, por lo que es evidente que estaba limitado su campo de acción, como él mismo lo dejó entrever al manifestar en el interrogatorio que, por ejemplo, para las negociaciones ante el Sporting Club de Lisboa, le solicitó a Marcelo Ferreira que firmara como agente, y ante el PSV Eindhoven a Javier Abad; este último lo ratificó al rendir testimonio e indicar que para lograr ese cometido se desplazó hasta Holanda para firmar como agente, ya que el club no negocia con personas que no ostenten esa calidad.

Así las cosas, al interpretar el contrato y su alcance, no existen razones suficientes para comprobar que la intención de las partes era generar un vínculo que perdurara en el tiempo; menos aún cuando las obligaciones del jugador sí estuvieron plenamente definidas pero lo mismo no se predica de las del señor Arieh Guberek.

Y aunque no se desconoce que el demandante principal realizó varias gestiones para ayudar al jugador a salir del Club Deportivo La Equidad Seguros, patrocinar algunos viajes al exterior, hospedarlo y servir de intermediario en la negociación con algunos agentes delegados, pues de ello dan fe tanto las declaraciones de las

partes como los testimonios rendidos en el interior del juicio, esas actividades son las que el señor Guberek consideró que hacían parte de sus obligaciones en su íntima convicción, pero no lo fue así respecto de Santiago Arias, quien tenía una visión muy distinta de las ayudas brindadas. No obstante, al margen de lo anotado, en la lógica empleada por el señor Guberek, así no hubiera desplegado ninguna de esas acciones, también sería merecedor de recibir cualquier emolumento que generara la carrera futbolística del señor Arias Naranjo, tal como se desprende de los pedimentos relacionados con su transferencia al Club Atlético de Madrid o a las participaciones las eliminatorias o la Copa América.

Es decir, según lo planteado por Arie Guberek, después de que se firmó el contrato recibiría un beneficio vitalicio [haciendo referencia a la carrera deportiva] por su simple calidad de cesionario, sin que fuera relevante para su merecimiento si ejecutaba alguna tarea que favoreciera al jugador o no.

6. En esa misma línea de pensamiento, tampoco podría aceptarse que entre los señores Arie Guberek Grimberg y Santiago Arias Naranjo se celebró un convenio de características similares a las de un *joint venture (aventura común)* que corresponde a una “*institución propia del derecho anglosajón, la cual se puede concebir como una asociación de dos o más personas para realizar una empresa que implica un determinado riesgo (venture), en la cual combinan esfuerzos para perseguir un beneficio común, sin crear una sociedad*”³, primero, por la sencilla razón de que en todo acuerdo deben establecerse previamente las obligaciones que asumirán los intervinientes, dejando claridad de las tareas que tendrían que

³ Corte Constitucional. Sentencia C-997 de 2001. M.P. Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente D-3452.

cumplir individualmente y, como ya se vio, en el *sub lite* se presentó una franca indeterminación de los compromisos a cargo del señor Guberek Grimberg quien, de hacer o no hacer, igualmente sería el beneficiario de todo lo que produjera el jugador, y en segundo, porque el *joint venture* exige un riesgo compartido para así mismo dividir proporcionalmente las ganancias; en este caso, nada está más alejado de la realidad, en la medida en que el lucro que esperaba percibir el señor Guberek quedó incluso por fuera de que participara o no de las transferencias del deportista, pues su simple calidad de “*cesionario*” ya le permitía apropiarse de los rubros futuros del señor Arias en su vida deportiva, los cuales planeaba continuar detentando mientras este ejerciera su actividad futbolística.

Por otra parte, sin entrar en amplios ambages sobre el particular, aunque en el escrito de impugnación se hizo alusión al “*contrato de cuentas de participación*”, resulta evidente que ni por asomo se encuadra dentro del caso planteado, dado que al tenor de lo previsto en el artículo 507 del Decreto 410 de 1971, su naturaleza obedece a un vínculo “*entre comerciantes*”, calidad que no se reputa del señor Santiago Arias Naranjo, al no encontrarse dentro de ninguna de las definiciones contempladas en los artículos 10 y 13 *ejusdem*.

7. Decantado lo anterior, es preciso destacar que el contrato *sub examine* se firmó el 20 de mayo de 2011, data para la cual se encontraba vigente la Ley 181 del 18 de enero de 1995 “*por [la] cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la Educación Física y se crea el Sistema Nacional del Deporte*”, canon regente para todas las actividades en materia deportiva de esa época, desde la

simplemente formativa hasta la profesional, siendo esta última en la que se encuadró al señor Arias Naranjo, al ser un punto pacífico que para la fecha antes mencionada se desempeñaba como futbolista profesional, ya que manifestó que, con antelación, se encontraba vinculado al Club Deportivo La Equidad Seguros.

8. Antes de cotejar el contrato auscultado con la Ley 181 de 1995, se verificarán los antecedentes de la regulación en materia deportiva en el ordenamiento nacional.

8.1. Aunque el país empezó a implementar políticas para el fomento del deporte y del desarrollo de la educación física después de la primera mitad del siglo XX, en particular con la expedición del Decreto No. 2743 de 1968 por *“el cual se crean el Consejo Nacional y el Instituto Colombiano de la Juventud y el Deporte”*, con el advenimiento de la Carta Magna de 1991 se reconoció el derecho con el que cuentan todas las personas para la recreación, la práctica del deporte y el aprovechamiento del tiempo libre, dando prelación a cualquier tipo de manifestación deportiva de carácter competitivo o autóctono.

Bajo ese panorama, como tal disposición angular se dirigió *in genere* a todos los deportes practicados en el país, al ser necesario un desarrollo más detallado, se expidió la Ley 181 del 18 de enero de 1995, a través de la cual, entre otras cosas, se hizo distinción de las diversas modalidades del deporte, así: *“Deporte competitivo. Es el conjunto de certámenes, eventos y torneos, cuyo objetivo primordial es lograr un nivel técnico calificado. Su manejo corresponde a los organismos que conforman la estructura del deporte asociado (...) Deporte profesional. Es el que admite como competidores a personas naturales bajo remuneración, de conformidad con las normas de la*

respectiva federación internacional”, lo que lleva a concluir que reglamentó también los eventos en que tuvieran lugar competencias nacionales e internaciones de jugadores dedicados al deporte como profesión.

8.2. Como el análisis bajo estudio se contrae al fútbol, sabido es que su historia [en la forma en que la conocemos actualmente] se remonta al siglo XIX y se empezó a practicar en nuestro país a inicios del XX, comenzando a gestar una amplia popularidad con la fundación de la División Mayor del Fútbol Colombiano el 26 de junio de 1948 y la celebración del primer campeonato nacional en esa misma anualidad, momento desde el cual se categorizaron algunos jugadores no solo para participar en las competiciones locales sino también en el panorama extranjero, lo que llevó a diversificar las relaciones jurídicas que tenían con sus respectivos clubes para el préstamo, cesión y transferencia de los deportistas.

No obstante, a pesar de la creciente popularidad del fútbol, solo con ocasión del Decreto 1387 de 1970 se concibió una reglamentación específica para la transferencia de jugadores, al consagrar en el artículo 122 *ejusdem* que “*para cambiar de Club el deportista requiere la autorización del Club de origen*”, lo que hacía inescindible el vínculo entre deportista y club, a tal grado que el artículo precedente [121] contemplaba que “*para tener derecho a participar en campeonatos oficiales, todo deportista deberá estar registrado oficialmente en un Club el cual deberá inscribirlo en la Liga o Federación según el caso*”.

8.3. Ahora bien, con la promulgación de la Ley 181 de 1995 se fijaron unos derroteros muy similares en materia de

transferencias, al indicar en su artículo 32 que **“[ú]nicamente⁴ los clubes con deportistas profesionales o aficionados, podrán ser poseedores de los derechos deportivos de los jugadores o deportistas. En consecuencia, queda prohibido a aquéllos disponer por decisión de sus autoridades que el valor que reciban por tales derechos pertenezca o sea entregado a persona natural o jurídica distinta del mismo club poseedor”** (resaltado intencional), haciendo más visible la necesidad de que, en principio, los clubes mantengan la titularidad de los derechos deportivos.

Tales derechos que, a propósito, constituyen el sustrato de la cesión, se encuentran definidos en el artículo 34 *Ibidem* como **“la facultad [exclusiva]⁵ que tienen los Clubes Deportivos de registrar, inscribir o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva”** (resaltado ajeno al texto), lo que implica de suyo que a los clubes les compete la facultad de transferir jugadores y, más importante aún, de disponer de los derechos deportivos.

No obstante lo anterior, el artículo 35 *ejusdem* hizo una salvedad en los eventos en que a los jugadores, por alguna razón, el club titular de sus derechos deportivos no les ofreciera ningún contrato laboral o transferencia temporal, caso en el cual quedarían en libertad de negociar **con otros clubes, de acuerdo con los reglamentos internacionales.**

⁴ Aparte entre comillas fue declarado exequible en el numeral 1º de la sentencia C-320 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, “en el entendido de que ese mandato no se aplica a los propios jugadores, quienes pueden ser entonces titulares de sus derechos deportivos, en los términos de esta sentencia”.

⁵ Aparte entre comillas fue declarado inexecutable por el numeral 2º de la sentencia C-320 de 1997 proferida por la Corte Constitucional.

Bajo un racionamiento similar, la Corte Constitucional en la sentencia C-320 de 1997 explicó que los jugadores sí pueden ser titulares de sus propios derechos deportivos cuando no tienen vínculo laboral con ningún club bajo esta premisa: “(...) **la prohibición de que los jugadores puedan ser titulares de sus propios derechos deportivos no sirve ningún propósito constitucionalmente relevante**, pues en nada afecta la transparencia de las transacciones en el ámbito deportivo que un deportista adquiera su carta de transferencia, y sea entonces él mismo el administrador de su carrera profesional. **La medida no es entonces útil a los propósitos de la ley. Además, ella vulnera la protección de la dignidad, la autonomía y la libertad de los jugadores, ya que impide, sin ninguna razón aparente, que un deportista, al adquirir su "pase", pueda entonces orientar en forma libre y autónoma su futuro profesional**, por lo cual se trata de una restricción que tiende a cosificar al jugador al convertirlo en un simple activo empresarial. **Los propios jugadores pueden ser titulares de sus derechos deportivos. Tanto la regulación legal de los derechos deportivos como su ejercicio concreto por los clubes deben ser compatibles con la protección a la libertad de trabajo de los jugadores profesionales establecida por la Constitución**”⁶ (resaltado ajeno).

Por ende, dicha Corporación efectuó un análisis más allá del simple ámbito futbolístico para analizar la titularidad de los derechos deportivos desde la perspectiva laboral, con el fin de evitar la “cosificación” o “instrumentalización” de los jugadores al servicio de una institución y así darles una dimensión más humana que, en determinados casos, les permita autodeterminarse

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-320 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-1516.

profesionalmente cuando no están adscritos a ningún club para que puedan disponer *in extenso* de sus derechos deportivos.

Empero, aunque esa libertad señalada por la Corte Constitucional le otorga plenas garantías al jugador titular de sus derechos deportivos, su inscripción ante cualquier Federación se encuentra supeditada a los requisitos especiales contemplados en los literales a), b) y c) del artículo 32 de la Ley 181 de 1995, los cuales indefectiblemente hacen necesario el registro de un contrato de trabajo *“ante la federación deportiva y el Instituto Colombiano del Deporte – Coldeportes, junto con el trámite de su “ficha deportiva”*.

Por tal razón, fuerza anotar en este punto que los *“derechos deportivos”* constituyen una universalidad en la que pueden encontrarse inmersos uno o varios contratos de trabajo suscritos por el jugador, los primeros son los que permanecen en el tiempo en cabeza del deportista o del club titular, quienes percibirán ganancias constantes, mientras que los segundos, son relaciones jurídicas temporales en virtud de las cuales un jugador se pone a disposición de un club para servirle profesionalmente; en pocas palabras, el derecho deportivo *“puede ser cedido, transferido o, mejor dicho, ser objeto de relaciones jurídicas y beneficios económicos para las partes intervinientes. En cambio, el contrato de trabajo es el medio por el cual se instrumenta la relación entre un club y un futbolista, por un lapso temporal determinado, estableciendo la retribución que percibirá el jugador por su desempeño laboral para la entidad”*⁷.

No sobra destacar que, si bien es cierto, el señor Guberek aseguró que para la fecha en que se firmó el contrato, Santiago Arias

⁷ BARBIERI, Pablo C. Fútbol y Derecho. editorial Universidad. Buenos Aires. 2005. pag 118.

Naranjo no tenía ningún vínculo con el Club Deportivo La Equidad Seguros, no lo es menos que él mismo manifestó en el interrogatorio que en ese momento el Club aún conservaba una cuota-parte de los derechos, por lo que, ante la relevancia que ello comporta, si el titular era la Equidad, solo esa entidad podía ceder los derechos deportivos del futbolista.

No obstante, si en gracia de discusión se aceptara que el señor Arias Naranjo era libre de disponer de tales derechos, como se explicará más adelante, la nulidad del contrato no se predicó de ese hecho, sino de la imposibilidad de enajenarlos a favor de un particular.

Siendo así, ante la claridad del artículo 32 de la Ley 181 de 1997 y de la sentencia C-320 de 1997 acerca de quién puede tener la titularidad de los derechos deportivos y, por contera, la facultad de cederlos, no existe duda de que su enajenación en principio solo puede hacerla el club y, excepcionalmente, el deportista; por lo tanto, lo que debe tenerse en cuenta para dilucidar este asunto es si el destinatario de los beneficios derivados de esos derechos puede ser una persona [natural o jurídica] diferente al club o al jugador, para lo cual basta con reproducir la parte final del primer inciso del artículo 32 *Ibidem* que reza: “(...) **queda prohibido a aquéllos disponer por decisión de sus autoridades que el valor que reciban por tales derechos pertenezca o sea entregado a persona natural o jurídica distinta del mismo club poseedor**” (resaltado intencional).

Precisamente, ese derrotero condicionaba la posibilidad de cederle al señor Guberek Grimberg los derechos del jugador, más aún dentro de un escenario como el que se planteó en el contrato

allegado con el libelo introductorio, en el que no se definió el rol que cumpliría ni cuáles serían sus obligaciones, amén de que también está plenamente acreditado que para la fecha de su suscripción ni siquiera tenía la condición de agente reconocido ante la FIFA, por lo que no podía realizar ningún trámite directo ante los clubes y, en consecuencia, tenía que recurrir a terceras personas que sí detentaran esa calidad, como sucedió por ejemplo en el contrato suscrito con el Sporting Club de Lisboa, donde se solicitó la intervención directa del agente Marcelo Ferreira, o con el PSV Eindhoven de Holanda en donde se requirió lo mismo de parte del señor Javier Abad.

9. Clarificado todo lo visto y ante la imposibilidad que tenía el señor Santiago Arias Naranjo de ceder sus derechos deportivos a un particular, por expresa disposición del artículo 32 de la Ley 181 de 1995, se entrará a analizar la declaratoria de nulidad absoluta que hizo la juez de primera instancia en el fallo cuestionado, sustentada en el artículo 1742 del Código Civil, ante la carencia del requisito de un “*objeto lícito*” en el documento firmado el 20 de mayo de 2011, en contravención al presupuesto normativo consagrado en el numeral 3° del artículo 1502 *ejusdem*.

Bajo esa perspectiva, como la nulidad se limitó a ese aspecto concreto y sobre el mismo se edificó la decisión de negar las pretensiones de la demanda inicial, la Sala se relevará de estudiar los demás presupuestos que impone el mentado artículo 1502, atinentes a la capacidad, el consentimiento libre de vicios y la causa lícita.

Pues bien, para el legislador la licitud del objeto es de marcada importancia, toda vez que se ocupó de asignarle un efecto a su

ausencia en los contratos, a tal punto que el artículo 1741 del Código Civil es claro al referir que “**la nulidad producida por un objeto** o causa **ilícita**, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerda, **son nulidades absolutas**” (énfasis agregado).

9.1. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

“2. En punto de tales inferencias resulta preciso anotar que el artículo 1519 del Código Civil establece que “hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación. Así, la promesa de someterse en la república a una jurisdicción no reconocida por las leyes de ella, es nula por el vicio del objeto”; y el artículo 1523 señala que también lo hay “en todo contrato prohibido por las leyes”.

A su vez, el artículo 1521 ibídem dispone que hay objeto ilícito en la enajenación (...) 1. De las cosas que no están en el comercio (...) 2. De los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona (...) 3. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez lo autorice o el acreedor consienta en ello”.

*Según los lineamientos seguidos por la doctrina y la jurisprudencia, **el objeto en los actos jurídicos, debe mirarse desde dos puntos de vista: el primero, en sentido genérico o abstracto como la voluntad, la intención o el querer que tienen las partes en su formación en virtud del principio de la autonomía de la voluntad que les asiste para regular determinadas relaciones jurídicas con incidencia en la esfera de su patrimonio; y el segundo, en sentido específico, que se refiere, ya tratándose de un contrato, a las prestaciones propias de las obligaciones derivadas del mismo que se traducen en un comportamiento del deudor consistente en dar, hacer o no hacer una cosa, y finalmente también en los hechos o cosas materialmente consideradas; todo según lo que expresen las partes en el correspondiente acto o contrato, o, ante su silencio, el legislador**⁸ (resaltado intencional).*

⁸ Sentencia S.C.C. C.S.J. 9 de diciembre de 2004. Exp. 2206-01.

9.2. Por su parte, la doctrina al referirse al objeto de los contratos ha estimado que:

*“Como lo afirma Lacruz Berdejo, citando además a George Ripert el contrato no tiene objeto, tiene efectos que consisten en la producción de obligaciones. **Las obligaciones son las que tienen un objeto que pueden consistir en la cosa sobre la cual se realiza la correspondiente prestación (obligaciones de dar o hacer) o bien la ausencia de comportamiento (obligaciones de no hacer).**”*

*En ese sentido, **el objeto del contrato son las obligaciones y prestaciones que surgen en virtud de la celebración del contrato.** El artículo 1517 del Código Civil establece que la prestación objeto del contrato pueden ser de dar, hacer o no hacer.*

Son requisitos del objeto:

*(...) c. **Licitud y no contrario a las buenas costumbres o al orden público.** En los términos del artículo 1518 del Código Civil si el objeto es una abstención o un comportamiento, es necesario que sea física y moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza y **moralmente imposible el prohibido por las leyes,** o contrario a las buenas costumbres o al orden público.*

*Igualmente el artículo 1519 del Código Civil establece que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público de la nación y **para el artículo 1523 hay asimismo objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes.***

El artículo 1521 del Código Civil establece que hay objeto ilícito en los contratos que implican enajenación de cosas de (sic) no están en el comercio, de privilegios que no pueden transferirse a otra persona y de cosas embargadas por decreto judicial a menos que el juez lo haya autorizado. En estos eventos, más que ilicitud, lo correcto sería afirmar que son supuestos de cosas no comerciales, por lo tanto no pueden ser objeto de un contrato.

(...) Finalmente, el artículo 1525 del Código Civil, establece que no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas. Constituye esta una sanción a aquellos particulares que han intervenido a sabiendas en un contrato que adolece de causa u objeto ilícito. Ninguna de ellas podrá solicitar la restitución de lo que se ha dado o pagado”⁹ (resaltado ajeno).

Con ese marco, se observa que la nulidad de oficio declarada

⁹ Jiménez Valderrama, Fernando, Teoría del contrato y del negocio jurídico. 1ª Edición 2015. Legis Editores S.A., págs. 46 a 48.

por la *a quo* tuvo como génesis la ausencia del requisito consagrado en el numeral 3° del artículo 1502 del Código Civil dentro del documento titulado “*contrato de cesión de derechos*”, al no contener un objeto lícito.

9.3. Con esas directrices, se torna imperioso recordar lo pactado en el contrato:

*“Primera.- **OBJETO: El jugador cede** en forma gratuita el CINCUENTA POR CIENTO (50%) de **sus derechos deportivos, económicos y de inscripción**, que le corresponden de acuerdo con las consideraciones anteriores, **al señor ARIEH GUBEREK GRIMBERG.**”*

Segunda.- OBLIGACIONES DEL JUGADOR:

Segunda.- OBLIGACIONES DEL JUGADOR.

EL JUGADOR se compromete a entregar el cincuenta por ciento (50%) de las sumas de dinero recibidas como fruto de una transferencia nacional o internacional de que sea objeto, sin importar la denominación que de esta se haga (derechos deportivos, derechos económicos, derechos de inscripción, bono pro firma o signing bonus o cualquiera otra denominación” (resaltado fuera de texto)

9.4. En síntesis, lo que manifestó ceder el señor Santiago Arias Naranjo fueron sus “*derechos deportivos, económicos y de inscripción*”, los cuales se definirán en breve, así:

- Derechos deportivos: El artículo 34 de la Ley 181 de 1995 los define como “*la facultad exclusiva que tienen los clubes deportivos de registrar, inscribir, o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva*”, canon frente al cual la Corte Constitucional precisó que “**son una consecuencia de la titularidad de una carta de transferencia de parte de un club**”

específico, quien es entonces el único competente para inscribir a un jugador y autorizar su participación en un torneo. En efecto, los propios deportistas no pueden ser poseedores de sus derechos deportivos puesto que, conforme al artículo 32, únicamente los clubes son titulares de tales derechos”¹⁰ (resaltado ajeno) y continuó diciendo, “los clubes que son titulares de la carta de un jugador pueden transferir al deportista a otro club, por un determinado precio, y conforme a las regulaciones de la federación respectiva, lo cual se conoce en el argot deportivo como su “venta” o “préstamo”. Debido a esta posibilidad, se considera que **los derechos deportivos constituyen un verdadero activo patrimonial del club**”¹¹ (resaltado intencional).

- Derechos económicos: Son el “valor pecuniario de la transferencia o compra del jugador de fútbol de un club a otro, o la adquisición de forma directa con el jugador. En términos prácticos, **los derechos económicos son el contenido patrimonial de los derechos deportivos**”¹².

- Derechos de inscripción: Según el artículo 5° de la Resolución No. 2798 del 28 de noviembre de 2011 de la Federación Colombiana de Fútbol, la inscripción es un acto por medio del cual un futbolista se vincula formalmente al fútbol profesional o aficionado y acepta tanto los reglamentos impuestos por la FIFA como por las correspondientes Federaciones.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-320 de 1997. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente D-1516.

¹¹ Ídem.

¹² CARDONA ARANDA, Daniel Felipe. Fondos de inversión y contratos de cesión de derechos económicos: El caso de los derechos deportivos en Colombia. Enero – Junio de 2014. ISSN 1909-7794. Universidad de los Andes. Facultad de Derecho. Revista de Derecho Privado No. 51. [WEB](#). Página 7. Se hizo referencia a: “BABIERI, Pablo C. Fútbol y Derecho. 2 ed. Buenos Aires. Editorial Universidad, 2005, p. 119”.

9.5. Como las denominaciones de los derechos deportivos, económicos y de inscripción, para efectos del contrato *sub examine* son conjuntivas y no disyuntivas, dada su relación sistemática con la carrera del deportista Santiago Arias Naranjo, su enajenación a cualquier título (cesión, venta, donación, etc), debía encuadrarse obligatoriamente dentro de las disposiciones normativas vigentes para la época de su suscripción [20 de mayo de 2011], lo que en efecto no sucedió.

Tal como se reseñó en precedencia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley 181 de 1995, “(...) **los clubes con deportistas profesionales o aficionados, podrán ser poseedores de los derechos deportivos de los jugadores o deportistas. En consecuencia, queda prohibido a aquéllos disponer por decisión de sus autoridades que el valor que reciban por tales derechos pertenezca o sea entregado a persona natural o jurídica distinta del mismo club poseedor**” (resaltado ajeno); ergo, la discusión aquí no se centró en determinar si el deportista Santiago Arias Naranjo tenía la facultad de suscribir el contrato de cesión o si debió hacerlo en su nombre algún club, sino el hecho de que Arieh Guberek Grimberg no podía ser el destinatario de tales derechos, con el objeto de beneficiarse de todas las transferencias y emolumentos derivados de la carrera futbolística del señor Arias Naranjo, pues la norma que regulaba la materia lo prohibía expresamente.

Siendo así, obsérvese que la citada norma y la sentencia C-320 de 1997 cualificaron a los sujetos que podían tener esos derechos deportivos, siendo ellos los jugadores o los clubes [dependiendo de la situación fáctica], excluyendo así a cualquier otra persona para ser su depositaria.

Incluso, ese aspecto fue ampliamente analizado por la Corte Constitucional en la sentencia precitada, al estudiar, entre otros aspectos, la prohibición aludida en el artículo 32 de la Ley 181 de 1995, aclarando que esta restricción “armoniza con **la naturaleza de los derechos deportivos, que son una compensación por pagos de formación y promoción, que busca equilibrar las competencias deportivas y estimular la búsqueda de nuevos talentos, por lo cual los clubes son los naturales beneficiarios de la figura.** Además, de esa manera la ley busca finalidades que son constitucionalmente admisibles, pues pretende evitar que se forme un mercado secundario de "pases", ya que éste restaría claridad a las transacciones entre los clubes y posibilitaría que ciertos intermediarios controlen con criterios puramente comerciales el destino profesional de un deportista. La limitación tiene entonces sustento constitucional, pues no sólo representa una intervención estatal, a fin de que la actividad económica se desarrolle dentro de los límites del bien común (CP arts 333 y 334) sino que, además, es una disposición legal que posibilita una mejor inspección estatal de la actividad deportiva (CP art. 52)” (resaltado internacional).

9.6. En ese orden de ideas, no se presta a confusión que el contrato *sub judice* adolece de un objeto ilícito como lo señala el artículo 1523 del Código Civil, por cuanto la cesión de los derechos deportivos a favor de un particular contrarió abiertamente la disposición taxativa del referido artículo 32 de la Ley 181 de 1995.

En esas condiciones, de acuerdo con el artículo 1741 del Código Civil se configuró su nulidad absoluta, debiendo ser declarada por el juez, aún de oficio.

Bajo esa arista, no es recibo el argumento de que debe darse una conversión de acto nulo para, en su lugar, dar primacía a la voluntad de las partes, pues ni siquiera el acuerdo expreso entre los contrayentes puede estar al margen de las disposiciones de orden público, ya que su trasgresión comporta una sanción que lo invalida, mucho menos cuando, de querer que se imponga la voluntad de las partes, inevitablemente se llegaría a la misma conclusión que dio origen a esta alzada, pues resulta evidente que en cualquier caso, como lo pretendido fue beneficiar a un particular de los derechos deportivos de un jugador, se estaría en presencia de la misma transgresión normativa, lo que hace incompatible su análisis desde una óptica diferente.

9.7. Ahora bien, como el sustrato de la alzada es inescindible del alcance de la nulidad absoluta prevista en el artículo 1525 del Código Civil, debe señalarse que ese artículo prevé expresamente que “*no podrá repetirse lo que se haya dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas*” y, en este caso, como se sabe, es el objeto ilícito el soporte de la nulidad declarada, por lo que se revocará la orden que al respecto impartió la juez *a quo*; es decir, que no se impondrá al demandante principal la obligación de restituir el valor recibido por cuenta del señor Arias Naranjo, tal como se dispuso en el numeral 3° del fallo cuestionado, mucho menos cuando, independientemente de si dicho pago se derivó del contrato de cesión o no, correspondió a un reconocimiento que el mismo señor Arias Naranjo aseguró que debía entregarse a Arieih Guberek Grimberg por su gestión para conseguir un representante legal ante la FIFA, en la consecución de una transferencia.

9.8. Tampoco puede aceptar la Sala que se presente el contrato de cesión de derechos deportivos bajo una denominación diferente, toda vez que la nulidad absoluta, como lo anotó la funcionaria de primera instancia, no proviene de la titulación del contrato, sino de su objeto ilícito; por tal motivo, indistintamente de que se tratara de una venta, una donación o una enajenación [gratuita u onerosa], lo que impedía la norma pluri-evocada era que su beneficio recayera en una persona ajena al club o al jugador, como en efecto aquí ocurrió al intentar depositarlos en un particular.

10. Con base en lo expuesto se revocará el numeral 3° de la sentencia, para en su lugar señalar que no hay lugar a ordenar restitución alguna a cargo de las partes. En lo demás se confirmará la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas al recurrente en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia proferida el 29 de abril de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno Civil del Circuito de Bogotá D.C. y, en su lugar, **DECLARAR** que no hay lugar a ordenar restitución alguna a cargo de las partes, conforme a las motivaciones de esta decisión.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: **CONDENAR** en costas al recurrente.

CUARTO: En oportunidad devuélvase el expediente al lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

Magistrada

JOSÉ ALFONSO ISAZA DÁVILA

Magistrado

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

Magistrada

Firmado Por:

Martha Patricia Guzman Alvarez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 012 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.,

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 008 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:
ed4e72af0ee4002ea4a2d5556b1c466578f472cc2d20058a33d4
2ae3e681b226

Documento generado en 21/09/2021 03:53:18 p. m.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Primera Civil de Decisión

**Magistrado Ponente:
Marco Antonio Álvarez Gómez**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Ref.: Proceso de expropiación de la Agencia Nacional de Infraestructura
contra Tito Roberto Aragón Mier¹.

En orden a resolver el recurso de apelación que el señor Gilberto Manuel Hernández Guillén interpuso contra el auto de 9 de julio de 2021, proferido por el Juzgado 42 Civil del Circuito de Bogotá dentro del proceso de la referencia, para declarar infundada la oposición que formuló en la diligencia de entrega anticipada del inmueble identificado con la matrícula No. 040-296247, basten las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Es asunto averiguado que para el buen suceso de la oposición planteada por un tercero a la diligencia de entrega del bien objeto de expropiación –y, a partir de ese presupuesto, reconocerle el derecho a una parte de la indemnización (CGP, art. 399, num. 11)-, es necesario que demuestre el ejercicio de una posesión material, motivo por el cual suya es la carga de probar los arquetípicos elementos constitutivos del hecho posesorio, esto es, el *corpus* y el *ánimus*, los cuales se prueban, para usar los términos de la ley, “por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción

¹ Discutido y aprobado en sesión de 6 de septiembre.



de edificios, la de cerramientos, las plantaciones o sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión" (C.C., art. 981).

Desde luego que se trata de una mera enunciación de actos que el juzgador debe acoplar a cada caso en particular, teniendo presente la naturaleza del bien sobre el cual se dice ejercer la posesión. Al fin y al cabo, lo importante es que ésta, "en cuanto situación de hecho que es, debe trascender a la vida social mediante '...una serie de actos de inconfundible carácter y naturaleza, que demuestren su realización y vínculo directo que ata a la cosa poseída con el sujeto poseedor. Tales actos deben guardar íntima relación con la naturaleza intrínseca y normal destinación de la cosa que se pretende poseer, y así vemos que el artículo 981 del Código Civil estatuye, por vía de ejemplo, que la posesión del suelo deberá probarse por hechos positivos de aquellos a que sólo da derecho el dominio" (G.J. XLVI, pág. 712)" (cas. civ. de abril 17 de 1998).

Luego, para probar la posesión material, la persona que la alega no puede limitarse a demostrar que detenta la cosa, sino que es necesario, además, que pruebe el ejercicio de actos de verdadero señorío, por supuesto públicos e incontestables, de tal naturaleza que, por su linaje, den lugar a presumir -como lo hace la ley (C.C, art. 762, inc. 2)-, que la persona que así se comporta es, por los hechos, la titular del dominio. No es suficiente, entonces, la evidencia de la mera relación de orden fáctico entre el bien y el sujeto, que apenas traduce el ejercicio de una mera tenencia; se requiere, además, de pruebas que den cuenta de un comportamiento excluyente del dominio ajeno y afirmativo de una privativa propiedad.



2. En el caso que ocupa la atención de la Sala, es claro que el señor Hernández no probó que tenía la posesión material del predio identificado con el folio de matrícula No. 040-296247, porque, de una parte, aunque afirmó – en sus escritos de oposición y sustentación del recurso de apelación - que había adquirido esa calidad por compra que hizo al señor Julio René García Mejía, mediante la escritura pública No. 4674 de 3 de septiembre de 2018, otorgada en la Notaría 3ª de Barranquilla, “quien era poseedor de buena fe por más de 20 años”², se abstuvo de aportar ese documento, siendo suya la carga de hacerlo, según lo previsto en los artículos 84, numeral 3, 78, numeral 10, y 167 del CGP, sin que se le pueda censurar a la jueza que no hubiere procurado su obtención, pues según el inciso 2º del artículo 173 de esa codificación, el funcionario “se abstendrá de ordenar la práctica de las pruebas que, directamente o por medio de derecho de petición, hubiere podido conseguir la parte que las solicite”.

Pero es que, además, ese documento, por sí solo, no probaría la posesión del vendedor ni la posesión del comprador, en la medida en que, como título, únicamente acredita el puente o vínculo que autorizaría la sumatoria de posesiones (C.C., art. 778 y 2521). Por eso no se decreta de oficio, dado que lo relevante en estos casos es demostrar el hecho posesorio del opositor y el de su antecesor, lo que tampoco fue probado.

En este punto se destaca que el único testimonio recaudado, del señor Robert Sanjuan Camacho, refiere que los supuestos actos de señorío

² 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 01 y 15.



que el opositor ejerció se materializaron sobre un predio de 2.000 metros cuadrados, lo que llama la atención porque el lote perseguido en expropiación sólo alcanza los 250 metros cuadrados, según el certificado de tradición³ y el avalúo aportado con la demanda⁴.

A ello se agrega que, según el testigo, conocía al señor Hernández desde “hace más de 25 años” porque “él era el médico familiar”⁵; que “le compró el predio al señor René García en el año 2018 más o menos”⁶, situación de la que dijo tener conocimiento “porque, siendo vecino del sector, y siendo amigo de las partes, ellos me dijeron a mí que estaban vendiendo el lote, yo se lo propuse al doctor Gilberto y él iba a construir una clínica ahí”⁷, tras lo cual añadió que ingresó varias veces al “lote de más o menos 2.000 metros cuadrados... que tiene una casa que él construyó (refiriéndose al opositor), que queda al lado izquierdo, apenas usted entra está al lado izquierdo la casa, ahí también tiene unas siembras de yuca, de maíz, y cosas”⁸, situación que impide establecer si el declarante se refería al bien objeto de este proceso o a otro ubicado en la misma vereda.

En general, más allá de la vecindad, el testigo no refirió las circunstancias de tiempo, modo y lugar (dato impreciso) en que el opositor habría construido la casa o efectuado las siembras, lo que, en últimas, implica que el declarante no dio cabal razón de la ciencia de su dicho, pues no fue exacto ni completo, más aún si se repara en que,

³ 01Cuaderno01Principal, doc. 01, p. 59.

⁴ 01 Cuaderno01Principal, doc. 01, p. 78 y ss.

⁵ 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 12, min: 14:00

⁶ 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 12, min: 15:26

⁷ 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 12, min: 15:38

⁸ 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 12, min: 16:47



según el avalúo aportado con la demanda, el predio objeto de este proceso “no presenta construcciones”⁹.

Pero aunque se aceptara, en gracia de la discusión, que el señor Camacho hacía mención al predio identificado con el folio de matrícula No. 040-296247, lo cierto es que su sola declaración, huérfana de otros medios probatorios que la soporten, resulta insuficiente para considerar probada la posesión del señor Hernández, sin que el auto de 27 de febrero de 2019¹⁰, proferido por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Barranquilla en el marco del proceso de pertenencia que promovió el opositor contra Tito Aragón Mier y otros subsane la falencia probatoria, dado que esa decisión únicamente demuestra que inició juicio con el propósito de ser declarado dueño, lo que no fija ni determina la calidad alegada, máxime si se considera que dicho proceso terminó por desistimiento tácito, como se corrobora con el auto de 28 de septiembre de 2020 proferido por el mencionado despacho judicial¹¹.

Y si a ello se agrega que en el certificado de tradición del predio disputado aparece registrada otra demanda de pertenencia, pero promovida por el señor Leonardo Martín Salcedo¹², quien, además, también compareció a la diligencia de 25 de julio de 2019¹³, esta situación pone en serias dudas la posesión alegada por el señor Gilberto Hernández.

⁹ 01 Cuaderno01Principal, doc. 01, p. 79.

¹⁰ 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 01, p. 8.

¹¹ 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 10.

¹² 01 Cuaderno01Principal, doc. 01, p. 60, anotación 4.

¹³ 02Cuaderno02IncidenteOposición, doc. 01, p. 6.



3. Por estas razones, se confirmará el auto apelado. No se impondrá condena en costas, por no aparecer causadas.

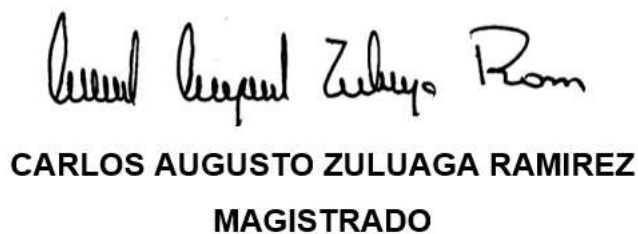
DECISIÓN

Por lo anterior, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Primera Civil de Decisión, **CONFIRMA** el auto de 9 de julio de 2021, proferido por el Juzgado 42 Civil del Circuito de la ciudad dentro del proceso de la referencia.

NOTIFÍQUESE



MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Magistrado



CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMIREZ
MAGISTRADO



RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Firmado Por:

Marco Antonio Alvarez Gomez
Magistrado

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá D.C.
Sala Civil*

**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:

5e4423bbc6b7a947303b54c63f0b39825942527533b0eb5c26ff88a195fd1a5b

Documento generado en 21/09/2021 09:26:29 a. m.

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



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

**ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada Sustanciadora**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Se decide, el recurso de apelación interpuesto por la parte solicitante contra el auto proferido por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil del Circuito de esta urbe, el 18 de febrero de 2020 que rechazó la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1.- Por intermedio de apoderado judicial, los señores Elizabeth Suárez Vargas y Carlos Mauricio Losada Losada, interpusieron demanda verbal en contra del Banco de Occidente S.A, la Fiduciaria Colpatria S.A, el Fideicomiso Proyecto Sant Oreste y la sociedad Aramse S.A.S, para que se realicen unas declaraciones frente al contrato de fiducia mercantil, el contrato de vinculación y la escritura pública a través de la cual constituyeron garantía real; suscritos por las partes para la adquisición de unas unidades inmobiliarias.

2.- Mediante auto adiado 3 de febrero de dos mil veinte (2020), el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil del Circuito de Bogotá, inadmitió la demanda requiriendo al extremo activo para que, dentro de los cinco días siguientes, acreditara el requisito de procedibilidad de conciliación, pues si bien solicitó medidas cautelares, resultan improcedentes; precisara la clase la acción que pretende adelantar, adecuara las peticiones a la naturaleza del proceso, reformulara los hechos de la demanda, aclarara porqué no acató la cláusula compromisoria indicada en el *otro-sí* y allegue certificado de existencia y representación legal de las partes, el documento de constitución de del Fideicomiso San Oreste y nuevo poder en el que se indique el tipo de acción a instaurar.

3.- Frente al proveído la parte convocante presentó, dentro del término de ejecutoria, solicitud de adición con el fin de que el *a-quo* señalara de manera expresa, y en auto aparte, por qué declaró improcedente la medida cautelar solicitada.

4.- Al resolver la solicitud de adición el Juez Cognoscente la negó y también dispuso el rechazo de la demanda, atendiendo a que dentro del plazo para subsanarla la parte demandante no corrigió las demás falencias endilgadas.

5.- Inconforme con la anterior determinación, los solicitantes interpusieron recurso de reposición y en subsidio apelación, exponiendo que la adición interrumpió el término legal para subsanar el libelo.

Adicionalmente, hizo referencia a lo contemplado en la norma acerca del deber de cumplir con el requisito de procedibilidad de conciliación cuando se solicitan medidas cautelares.

6.- El Juez de primera instancia mantuvo incólume la providencia atacada y concedió la alzada, la cual ahora es objeto de estudio.

II. CONSIDERACIONES

7.- Sea lo primero precisar, que esta instancia es competente para conocer del recurso de apelación incoado al tenor del inciso 4° del artículo 90 del C.G.P por tanto, resulta viable el estudio por la vía del recurso vertical; sin embargo, bien pronto anuncia que confirmará la providencia cuestionada.

8.- A su vez, el artículo en cita prevé que, si el demandante no subsana las falencias indicadas al inadmitirse el libelo, en el término previsto para ello, lo que procede es el rechazo de la demanda.

9.- En el caso *sub judice*, resulta pertinente señalar que el inconformismo de la parte recurrente radica en que al presentarse la solicitud de adición sobre el proveído que inadmitió la demanda, el término para sanear los yerros encontrados se interrumpió hasta tanto se decidiera acerca de su petición, por ello, no procedía su rechazo por falta de presentación del escrito subsanatorio.

Para el efecto, dicta la norma que el juez señalara los defectos de que adolezca la demanda para que el demandante los subsane en el término de cinco días. Dicho plazo se empieza a contar a partir del día siguiente de la notificación de la providencia que lo concedió, conforme al artículo 118 del C.G.P.

En ese sentido, no es menester que el pronunciamiento proferido se encuentre ejecutoriado para que inicie su computo, el cual solamente se

puede interrumpir si contra la decisión se interponen recursos, o, incluso, podría suspenderse cuando se presentan peticiones relacionadas con el término o que requieran trámite urgente, caso en el cual el expediente, previa concertación entre el secretario y el juez, ingresa al Despacho para que se decida.

Entonces, como viene de verse, la solicitud de adición no tiene la potestad de interrumpir o suspender dicho plazo, a menos que, se itera, el requerimiento deba resolverse de forma perentoria, lo que de contera supone que el proceso entre al Despacho y por ende se suspendan los términos toda vez que “(...) *mientras el expediente esté al despacho no correrán los términos*” (art. 118 *ibídem*).

10.- Descendiendo al caso en concreto, los convocantes solicitaron adición frente al numeral primero del proveído que inadmitió la demanda dentro del término de ejecutoria de la providencia. Sin embargo, el proceso permaneció en la secretaría hasta que transcurrió el lapso conferido para subsanar los yerros encontrados. Por lo que, los cinco días corrieron ininterrumpidamente.

Y es que, si la adición se presentó con el fin de complementar un punto específico de la providencia, nada impedía que el recurrente allegara el acta de conciliación o indicara las razones por las cuales, a su parecer, con la petición de las medidas cautelares es suficiente, ello junto con el saneamiento de las demás falencias, acatando así lo ordenado por el juez en la oportunidad concedida para ello.

Con todo, lo cierto es que el extremo activo dejó vencer el plazo sin atender los deberes que tenía como parte activa, verbigracia, de sanear los yerros encontrados por el juez en la demanda, lo que de contera implicó su rechazo a voces del artículo 90 de la codificación procesal.

11.- Corolario de lo anterior, la apelación planteada por el extremo demandado, carece de vocación de prosperidad, por tanto, el Tribunal confirmará el auto cuestionado.

III.- DECISIÓN

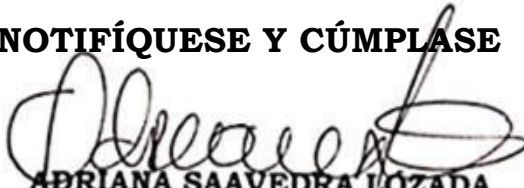
Por mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C. **RESUELVE:**

PRIMERO: CONFIRMAR el auto proferido por el Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Civil del Circuito de esta urbe, el 18 de febrero de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

TERCERO: Oportunamente devuélvase el proceso al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
MAGISTRADA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Se incorpora al expediente las pruebas solicitadas por la parte demandada y allegadas por el Juzgado 13 Civil del Circuito de Bogotá correspondientes a: (i) diligencia de secuestro de fecha de 10 de febrero del año 2000, que se realizó dentro del proceso ejecutivo hipotecario No. 1998-05849 de Fondo Nacional del Ahorro contra Aura María Espinosa de Vargas, (ii) diligencia inicial de entrega de fecha 25 de noviembre de 2015, que se realizó dentro de la actuación mencionada, y (iii) oficio No. 301 de 10 de septiembre de 2021, allegado por el juzgado señalado, y se corre traslado de las mismas por el término de tres (3) días para su contradicción.

Comoquiera que en el presente asunto tan solo se aportaron pruebas documentales, conforme lo permite el numeral 2 del artículo 278 del C.G.P., se advierte a las partes que, vencido el término otorgado, se procederá a emitir sentencia anticipada.

Por secretaría vuelvan oportunamente las diligencias al despacho.

Notifíquese,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

Rad: 5747

Código Único de Radicación: 11001-22-03-000-2021-00104-00

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Se aprueba la liquidación de costas elaborada por la secretaría de conformidad con el art. 366 del C.G.P.

Notifíquese y cúmplase


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. 000202101221 00

De conformidad con el artículo 358 del Código General del Proceso, se decretan los siguientes medios probatorios:

Documentos:

- a. Los allegados con la demanda de revisión.
- b. La actuación adelantada en el proceso No. 2016-480-00063, promovido por Inversiones Espidel & Cia. S. en C. contra el Departamento del Magdalena, en el que se dictó la sentencia objeto del recurso.

Ejecutoriado este auto, retorne el proceso al despacho para sentencia anticipada, según lo previsto en el numeral 2º del inciso 3º del artículo 278 del Código General del Proceso.

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:

8461f1ee9c89fb4d17cf849eefe1b716febbc38c93b8cc5af81831e03a6e1c71

Documento generado en 21/09/2021 12:38:44 PM

**Valide este 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., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. 000202101221 00

Téngase por notificado al Departamento del Magdalena y tómesese nota de su contestación a la demanda de revisión.

Se reconoce personería al abogado Humberto Bonilla Ballesteros como su apoderado judicial.

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:

768bc7cd9ee3ef6596f30a8de3308d57d1ab78c36ccfe2d27d5654126d2d8d21

Documento generado en 21/09/2021 12:38:42 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 DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Magistrado Ponente: **José Alfonso Isaza Dávila**

Radicación: 110013103001-2015-00054-01
Demandante: Amparo Estévez de Rodríguez
Demandado: Jaime Rodríguez Ramírez y otros
Proceso: Ordinario
Trámite: Apelación sentencia
Discutido en Sala de 26 de agosto de 2021

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Decídese el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia de 17 de noviembre de 2020, proferida por el Juzgado 51 Civil del Circuito, en el proceso verbal de Amparo Estévez de Rodríguez contra Jaime Rodríguez Ramírez e indeterminados.

ANTECEDENTES

1. Pidió la actora¹, declarar que adquirió por prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, el 50% del derecho de dominio que corresponde al demandado Jaime Rodríguez Ramírez, sobre la casa ubicada en la calle 66 A # 77 A – 26, con matrícula inmobiliaria 50C-395746, en consecuencia, ordenar la inscripción de la sentencia en dicho folio de matrícula.
2. El sustento fáctico de la demanda se resume en que las partes son propietarios del predio tema del litigio, en cuotas iguales. Sin embargo, la demandante comenzó a poseer el inmueble de manera quieta, pública, tranquila, pacífica y sin clandestinidad desde octubre de 1981, pues en

¹ Folios 51 a 56, 62 y 63 pdf: *01CuadernoDigitalizado*.



esta fecha el demandado abandonó a su familia, no volvió a colaborar para la manutención de los hijos ni para el pago de los gastos de la casa, en esas circunstancias ella ha realizado reparaciones locativas y mejoras, además de asumir el pago de servicios públicos e impuestos prediales.

3. El Juzgado 51 Civil del Circuito, en auto de 1° de marzo de 2017, tuvo en cuenta el registro de defunción del demandado quien falleció el 22 de noviembre de 2016, por lo cual reconoció como herederos procesales a Nichols Helena Espitia Rodríguez, Erick Alejandro Espitia Rodríguez, Juan Sebastián Espitia Rodríguez, María Fernanda Rosero Rodríguez y Juan Andrés Rodríguez Estévez².

Juan Sebastián Espitia Rodríguez, Alejandro Espitia Rodríguez y Nichols Halena Espitia Rodríguez se opusieron a las pretensiones, aceptaron unos hechos, negaron otros y formularon las excepciones que denominaron: *falta de los requisitos legales para alegar pertenencia y no ser la cuota parte del inmueble objeto de usucapión*³.

María Fernanda Rosero Rodríguez y Jaime Andrés Rodríguez Estévez se allanaron a la demanda⁴.

El curador *ad litem* de las personas indeterminadas contestó la demanda sin formular excepción en concreto⁵.

4. El juzgado declaró que la demandante adquirió, por prescripción extraordinaria, el 50% del inmueble ubicado en la calle 66 A # 77 A-26 de la ciudad de Bogotá; ordenó la inscripción de la sentencia folio de matrícula inmobiliaria respectiva, junto con la cancelación de la medida cautelar; declaró no probadas las excepciones de *falta de requisitos legales para alegar la pertenencia y no ser la cuota parte del inmueble objeto de usucapión*; se abstuvo de condenar en costas⁶.

² Folio 221 pdf: 01CuadernoDigitalizado. Los cuatro (4) primeros herederos, por ser nietos del demandado (hijos de Adriana Rodríguez Estévez), el último en su calidad de hijo del demandado.

³ Folios 192 a 199 pdf: 01CuadernoDigitalizado.

⁴ Folios 217 a 219 pdf: 01CuadernoDigitalizado.

⁵ Folios 128 a 130 pdf: 01CuadernoDigitalizado.

⁶ Pdf: 12AudienciaFallo.



Para esa decisión consideró, en resumen, que el inmueble objeto de controversia es prescriptible, según se corroboró en inspección judicial y el dictamen pericial, y la acción de pertenencia recae sobre la cuota parte del dominio cuya titularidad es del demandado, en tanto que la propiedad se encuentra en común y proindiviso entre las partes.

Expuso que los documentos, interrogatorios y testimonios demuestran el *animus* y el *corpus* de la demandante sobre el predio, ejercidos de manera exclusiva y excluyente por un tiempo superior al previsto en la ley, pues de esos elementos de juicio emana que nadie le ha disputado su derecho, y dos de los demandados la reconocen como propietaria.

Resaltó que, según la copia de la audiencia pública de separación de bienes entre la demandante y el demandado, ella habitaría en el predio que ahora es tema de este litigio, mientras que él se iría a Villeta Cundinamarca, con el acuerdo de que cada uno responde por su propia subsistencia, circunstancia corroborada por los declarantes.

Determinó la improsperidad de las excepciones formuladas por los hermanos Juan Sebastián, Alejandro y Nichols Halena Espitia Rodríguez, en la medida en que el reclamo de sus derechos como herederos de Adriana Rodríguez Estévez debe hacerse en el respectivo proceso de sucesión, aunado a que la última de los referidos afirmó, en su interrogatorio, que la casa no es de ella ni sus hermanos, sino de su abuela, quien se ha encargado de su explotación.

EL RECURSO DE APELACIÓN

En la sustentación de su recurso la parte expresó, en resumen, las siguientes críticas⁷:

El registro civil de matrimonio de la Notaría 5 de Bogotá prueba la sociedad conyugal entre las partes, la cual duró desde el 30 de enero de 1975 hasta el 22 de noviembre de 2016, cuando el demandado falleció,

⁷ Pdf: 04MemorialSustentación20210723.



situación que hace inviable que la demandante pueda adquirir por prescripción el inmueble tema del litigio.

La demandante reconoció dominio ajeno, pues aceptó que el demandado dejara viviendo en el predio a su hija Adriana Rodríguez Estévez y los tres hijos de esta última, circunstancia que varió tiempo después cuando falleció la señora Adriana, el 18 de noviembre de 2012, pues la demandante obligó violentamente a sus nietos a salir del inmueble, primero Juan Sebastián Espitia Rodríguez, 5 días después del deceso de su mamá, luego Nichols Halena Espitia Rodríguez en abril de 2015 y finalmente Alejandro Espitia Rodríguez el 26 de noviembre de 2016, hechos que descartan la posesión pacífica que alegó la actora.

CONSIDERACIONES

1. Reunidos los presupuestos procesales y demás requisitos de validez, cumple recordar que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como el “...modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”.

Y por lo que atañe con los requisitos para la procedencia de la pretensión de pertenencia, desde hace mucho tiempo se ha sostenido que son los siguientes: 1) cosa u objeto susceptible de adquirirse por prescripción; 2) posesión de la cosa por el término legal respectivo, que para prescripción extraordinaria es de diez (10) años; y 3) que la posesión no haya sido interrumpida.

2. Para este caso cumple anotar que la declaración de pertenencia carece de fundamento, motivo que lleva a la prosperidad del recurso de apelación, pues la prescripción adquisitiva entre cónyuges es improcedente, como más adelante se precisará, aunado a que la demandante no probó un hecho claro, concreto y directo, que haya ocurrido diez o más años antes de la presentación de la demanda, por el



cual desconociera abiertamente el derecho de propiedad de su excónyuge Jaime Rodríguez (q.e.p.d.), hoy de los herederos de éste último, es decir, que hubiese intervertido o mutado su título de tenencia a posesión, respecto del 50% que correspondía al causante.

3. Analizados los argumentos del apelante aflora el éxito de su recurso, pues según la ley aplicable para el tiempo de los hechos alegados, el artículo 2530 del Código Civil vigente hasta diciembre de 2002, año en que fue modificado por la ley 791, la prescripción se suspende entre cónyuges o compañeros permanentes. El inciso final del artículo citado establecía que “*la prescripción se suspende siempre entre cónyuges*”, precepto aplicable a este evento, ya que los actos posesorios en que pretende fundarse la demandante, los invoca desde el año 1981, antes de la nueva ley. Vale aclarar que la palabra “*cónyuges*” para efectos de dicha norma debe interpretarse de manera amplia, de forma tal que incluya, sin distinción, a las uniones maritales de hecho, así tengan o no sociedad patrimonial, por cuanto se trata de un lazo similar: la convivencia de pareja que hace vida marital común, al igual que con independencia del estado civil.

Ahora bien, la suspensión de la prescripción entre cónyuges o compañeros permanentes, según el antiguo artículo 2530 del Código Civil, era “*siempre*”, y este es un adverbio de tiempo, que de acuerdo con el diccionario de la Lengua Española, significa “*en todo o en cualquier tiempo*”, razón por la cual debe considerarse que su marco de aplicación era tanto para la prescripción ordinaria como para la extraordinaria, como explicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 6 de marzo de 1969 (G.J. CXXIX, pág. 85).

El aparte normativo según el cual “*la prescripción se suspende siempre entre cónyuges*”, tuvo una razón lógica basada en la comunidad matrimonial, a la que se asimila la unión marital de hecho, y por eso siempre debió entenderse en ese contexto propio de la pareja que comparte el destino común. Es más, aún hoy, a pesar de no estar consagrada normativamente la restricción puede entenderse como una hipótesis jurídica razonable que la prescripción quede suspendida entre



cónyuges o compañeros permanentes, porque no luce justo ni coherente con el orden jurídico que uno de los miembros de la pareja se aproveche de todas esas circunstancias de la vida en común para alegar una posesión excluyente frente al otro consorte respecto de los bienes que son de este último y que de alguna manera los ha puesto al servicio de la comunidad familiar; de tal manera que resulta justificado excluir un aprovechamiento de dichos bienes a título personal, haya o no sociedad conyugal o patrimonial entre ellos. En otros términos, mientras existan los lazos que hacen posible la confianza, el beneficio directo o indirecto del núcleo familiar, y uno de los cónyuges explote económicamente los bienes del otro, no puede haber usucapión porque se trata de actos permitidos por “*mera facultad*” y “*mera tolerancia*”, que no dan fundamento a prescripción alguna, según es preceptuado por el artículo 2520 del Código Civil.

Si se permitiera lo contrario, es decir, la prescripción entre cónyuges o compañeros permanentes en cualquier circunstancia, el sosiego conyugal sería casi imposible, pues se daría pábulo al reino de la desconfianza y del egoísmo patrimonial más crudo y dañino para la familia. De esa manera, a pesar de haber desaparecido el texto normativo expreso sobre el punto, hay que considerar como restringida la prescripción entre cónyuges o compañeros.

De ahí que la posesión entre miembros de una pareja deba considerarse ambigua, y la ambigüedad es un vicio de la posesión que, al decir de Planiol y Ripert, “*destruye su existencia, hace de la posesión jurídicamente estéril o inútil*”, que cita Milciades Cortés, quien además dice: “*Existe el vicio de ambigüedad o de posesión equívoca, cuando los actos con que se pretende acreditar la posesión no revelan esta de una manera irrefragable.*”

”*El vicio de la ambigüedad suele presentarse en el caso de la concubina, el heredero o el sirviente que alegue la posesión de objetos o valores de la persona con quien convive*”⁸.

⁸ La posesión, monografías jurídicas Bogotá, Temis, 1999, pág. 43.



4. Empero de lo dicho, es pertinente aclarar que el límite a la prescripción entre cónyuges o compañeros permanentes, antes o después de la ley 791 de 2002, tampoco puede considerarse con un alcance absoluto, porque pueden ocurrir casos de excepción en que luego de la ruptura de la comunidad marital, con o sin divorcio, pero en todo caso sin vida en común, uno de los consortes o compañeros mediante actos inequívocos, públicos, pacíficos e ininterrumpidos, con total independencia de su condición de cónyuge, compañero, o socio del haber social, inicie sobre un bien común o un bien del otro consorte, una posesión exclusiva que pueda dar lugar a una prescripción extraordinaria.

En otras palabras, puede haber la prescripción en esos casos, pero tiene que acreditarse una verdadera interversión del título, esto es, una nítida y contundente mutación del título de coposesión, tenencia u otro, hacía el título de posesión exclusiva, un claro alzamiento en rebeldía a partir del cual empiece a contarse el término de la prescripción extraordinaria, ya que como de manera diáfana manda el artículo 777 del Código Civil, *“el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión”*. Todo sin olvidar que la interversión del título, como ha dicho la Corte Suprema de Justicia, no puede darse sino desde cuando quien así procede lo hace de manera pública, abierta y franca para negar el derecho del que reconocía como dueño, además de que *“...acompaña con la justicia y la equidad exigir a quien alega haber intervertido su título que pruebe, plenamente, desde cuándo se produjo esta trascendente mutación y cuáles son los actos que afirman el señorío que ahora invoca”* (Cas. civil, sentencia 018 de 15 de septiembre de 1983).

5. En el caso de autos, la demandante dijo, en su interrogatorio de parte⁹, que hace unos 50 años, cuando nació su hijo menor, ella y su esposo compraron el predio, lo construyeron y se pasaron para habitarlo cuando estaba en obra negra, allí convivieron, incluso su señora madre vino desde Cali para ayudarles a cuidar a los hijos.

⁹ Pdf: 02EnlaceInspeccionJudicial. Diligencia de inspección judicial, link correspondiente a la “parte 5”.



Ese relato permite concluir que la adquisición del inmueble tuvo como propósito continuar con la vida marital y habitarlo en familia, situación que en alguna medida es corroborada por los testigos Ana Isabel Rodríguez de Fonseca, Carmen Julia González Sosa y Carlos Alberto González Sosa, quienes coinciden que en un comienzo el predio fue habitado por la pareja de esposos¹⁰.

Los demás testigos, Juan Manuel Espitia, Gonzalo Hernán López Pinto, Cristian Camilo Rodríguez Rodríguez y Miguel Alexander Rojas Silva, si bien no son tan detallados sobre ese hecho en concreto, coinciden en que la casa es de propiedad de los abuelos de los demandados (hermanos Espitia Rodríguez)¹¹.

La mayoría de los testigos no dieron mayores detalles sobre cómo fue el trato entre la demandante y su cónyuge Jaime Rodríguez, pues los primeros mencionaron solamente que este último se fue de la casa en 1980 ó 1981 aproximadamente, sin embargo, la declaración de Juan Manuel Espitia, quien fue compañero permanente de Adriana Rodríguez Estévez, brindó más detalles, concernientes a que el señor Jaime vivía en su finca, visitaba el predio esporádicamente y fue quien permitió que él (el testigo), Adriana y sus nietos (hijos de los dos últimos), pudieran habitar la casa. También precisó que entre Amparo Estévez y Jaime Rodríguez había discusiones sobre la propiedad del inmueble con el fin de repartírsela, pero no se concretó nada.

La anterior declaración es relevante, porque, contrario a lo afirmado por la demandante y la mayor parte de los testigos, hay otras pruebas que contradicen el hecho de que Jaime Rodríguez abandonó el inmueble para dejar en plena posesión a su cónyuge en el año 1981, sin que posteriormente realizara injerencia alguna.

Resáltase que fue aportada al proceso copia de la audiencia pública del proceso de separación entre Amparo Estévez de Rodríguez y Jaime Rodríguez, que cursó en el Juzgado 2º de Familia de Bogotá¹², de 7 de

¹⁰ Pdf: 02EnlaceInspeccionJudicial. Diligencia de inspección judicial, links: partes 9, 10 y 11.

¹¹ Pdf: 02EnlaceInspeccionJudicial. Diligencia de inspección judicial, links: partes 12, 13 y 14.

¹² Folios 212 a 214 pdf: 01CuadernoDigitalizado.



octubre de 2002, en la cual los allí contendientes acordaron el decreto por divorcio de la “*cesación de los efectos civiles del matrimonio católico*”, con la precisión de que la cónyuge residiría en la diagonal 66 A # 77 A – 30 (dirección antigua del mismo predio tema de este litigio), mientras que el cónyuge lo haría en Villeta (Cundinamarca), vereda Vegazal; también se acordó que cada uno respondería por su propia subsistencia y que se declaraba disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal.

En ese mismo documento se dejó constancia, por parte de la apoderada de Amparo Estévez, que “*el demandado proceda a respetar [a la] demandante y abstenerse de toda agresión como lo hizo inclusive hasta la semana pasada*”, mientras que el demandado dijo que “*me comprometo a dar cumplimiento y a comportarme en forma respetuosa, en cuanto a la integridad personal de los que habitan el inmueble de la sociedad conyugal*” (se resalta).

El referido juzgado decretó el divorcio en las condiciones establecidas, aprobó el acuerdo entre los cónyuges, ordenó inscribir la sentencia en los folios de registro civil de matrimonio y de nacimiento de ellos y declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal.

También se observa en la anotación 3 del certificado de tradición y libertad del predio¹³ (50C-395746), que entre los cónyuges se suscitó un proceso de separación de bienes con anterioridad, pues el Juzgado 24 Civil del Circuito, en oficio de 13 de marzo de 1985, ordenó el embargo del predio por ese concepto, sin constancia del levantamiento de esa medida cautelar con posterioridad.

Esas pruebas traídas a colación, permiten concluir que entre Amparo Estévez y Jaime Rodríguez hubo desavenencias o conflictos en su vida de pareja, los cuales no fueron explicados y mucho menos referenciados por la demandante, pues a lo sumo afirmó en su interrogatorio que su exesposo le dijo, en octubre de 1981, que “*ahí le dejaba la casa y mis hijos*”, pero no relató ningún hecho donde quedara claro entre ellos que

¹³ Folios 9-11, 71-74, pdf: 01CuadernoDigitalizado.



Jaime Rodríguez ya no se consideraba propietario del 50% de la casa ni que ella hubiese mutado la calidad de tenedora a poseedora, de la cuota parte que correspondía al citado.

6. La mayoría de las pruebas aluden actos o comportamientos de la demandante que pueden entenderse como característicos del señorío que se ejerce sobre un inmueble, según dilucidó el juez *a quo*, sin embargo, como el derecho de propiedad estaba repartido por partes iguales entre ella y su excónyuge Jaime Rodríguez, era necesario que también se acreditara un hecho claro y concreto por el cual desconoció el derecho de dominio de su consorte, para comenzar a poseer todo el predio de manera exclusiva y excluyente, cosa que no hizo.

Las circunstancias de que el predio esté embargado desde marzo de 1985 con ocasión de un proceso de separación de bienes entre las mismas partes, y que el Juzgado 2 de Familia de Bogotá haya dictado sentencia de cesación de los efectos del matrimonio católico, cuya sociedad conyugal se declaró disuelta y en estado de liquidación (providencia dictada el 7 de octubre de 2002), permiten concluir que previo a esta última fecha la demandante de ninguna manera puede considerarse poseedora de todo el inmueble de manera exclusiva y excluyente, pues como se precisó con la jurisprudencia citada, la prescripción adquisitiva entre los cónyuges es restringida.

Ahora bien, para aceptar la calidad de poseedora exclusiva de todo el inmueble, la actora tenía que demostrar la interversión de su título con hechos en que diera a conocer a su excónyuge que ella se consideraba como única propietaria y que le desconocía cualquier derecho que pudiera tener en virtud de figurar como dueño del 50%, situación que no se acreditó, pues ninguna prueba alude a hecho semejante.

Por otro lado, memórese que el demandado Jaime Rodríguez falleció el 22 de noviembre de 2016¹⁴, y que la demandante aceptó en su interrogatorio que desalojó del predio a sus nietos Juan Sebastián Espitia Rodríguez, Alejandro Espitia Rodríguez y Nichols Halena Espitia

¹⁴ Folio 207 pdf: 01CuadernoDigitalizado.



Rodríguez (aquí demandados), hechos ocurridos entre noviembre de 2012 y noviembre de 2016 (según la contestación de la demanda de estos últimos), conducta con la cual les desconoció cualquier derecho que pudieran tener sobre el inmueble, en su calidad de herederos de Jaime Rodríguez en representación de su señora madre Adriana Rodríguez Estévez, quien falleció el 13 de noviembre de 2012.

Esas circunstancias podrían considerarse como un acto público, concreto y directo por el cual la demandante desconoció derechos ajenos sobre el inmueble y dejó claro que se consideraba única dueña, sin embargo, aquellos hechos de ningún modo permiten la prosperidad de sus pretensiones, pues unos acaecieron pocos años antes a la presentación de la demanda (16 de enero de 2015) y otros con relativa posterioridad, aspecto que impide contabilizar siquiera 10 años de posesión excluyente previo a interponer el libelo promotor del litigio.

De otro lado, dado que la demanda no prospera por falta de requisitos sustanciales, es innecesario el estudio de las excepciones formuladas por la parte demandada, de recordar que como esos medios defensivos son nuevos hechos que se traen al debate para enervar las pretensiones, de tal manera que si estas no alcanzan a estructurarse, no resulta hacedero anteponerle aquellas, como reconoce la jurisprudencia.

7. En compendio, la demandante no cumple con los requisitos para adquirir el bien por prescripción extraordinaria, por ende, se revocará la sentencia impugnada. Con condena en costas de ambas instancias a cargo de la demandante, a favor de quienes de opusieron a las pretensiones de la demanda (artículo 365, numeral 4º, 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, **revoca** la sentencia de fecha y procedencia anotadas, y en su lugar **dispone**:



1. Denegar las pretensiones de la demanda, en este proceso de pertenencia de Amparo Estévez de Rodríguez contra Jaime Rodríguez Ramírez y otros.
2. Ordenar el levantamiento de la medida cautelar practicada en este proceso. Ofíciase.
3. Condenar en costas de ambas instancias a la demandante, a favor de los demandados Juan Sebastián Espitia Rodríguez, Alejandro Espitia Rodríguez y Nichols Halena Espitia Rodríguez, 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 \$1.700.000.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

(CON EXCUSA)

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.,

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

MAGISTRADO TRIBUNAL O CONSEJO SECCIONAL

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil*

**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:

**4F835EBF40A09D2EB6910CEBD6A7A5A17943A9D9C9DE047D1FFA2013945
09ABA**

DOCUMENTO GENERADO EN 21/09/2021 02:55:03 P. M.

**VALIDE ESTE DOCUMENTO ELECTRÓNICO EN LA SIGUIENTE URL:
[HTTPS://PROCESOJUDICIAL.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/FIRMAELECTRONICA](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/firmaelectronica)**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Verbal- Acción de Protección al Consumidor
DEMANDANTE : Samuel David Tcherassi Solano e Inversiones Janna Raad & Cia. S. en C.
DEMANDADO : Arrocería Sahagún S.A.S.
RECURSO : Apelación auto

ASUNTO.

Se decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la providencia de 24 de junio de 2021 proferida por la Superintendencia de Sociedades, mediante la cual declaró “probada la excepción previa de cláusula compromisoria” y dio por terminado el proceso.

ANTECEDENTES.

Samuel David Tcherassi Solano e Inversiones Janna Raad & Cia. S. en C., iniciaron demanda en contra de la Arrocería Sahagún S.A.S., para que se declare principalmente “los presupuestos de ineficacia de todas las decisiones adoptadas en la reunión extraordinaria de segunda convocatoria de la asamblea de accionistas de fecha 30 de noviembre de 2020”, entre otras¹.

Admitida el 19 de febrero de 2021, la demandada se notificó el 9 de abril

¹ Cfr. Archivo “2021-01-020849-000”

de 2021, quien propuso las excepciones previas que denominó: “Cláusula Compromisoria (numeral 2º artículo 100 del C.G.P.)” y “Falta de competencia (numeral 1º del artículo 100 del C.G.P.)”²

Los actores replicaron que: (i) la cláusula compromisoria es patológica por no ser clara y precisa respecto de los elementos esenciales de su aplicación, (ii) Samuel Tcherassi no es signatario del pacto arbitral y (iii) que lo alegado es la falta de legitimación en la causa y no la falta de competencia, pues el hecho que el señor Tcherassi no sea accionista directo de la sociedad no es óbice para que no conozca el trámite como lo manifiesta el demandado³.

El 24 de junio de 2021, se declaró probada la excepción de cláusula compromisoria y dio por terminado el proceso⁴. La parte demandante interpuso recurso de apelación contra la decisión.

LOS RECURSOS.

El abogado censor alego⁵ que: (i) la Superintendencia amplió la vinculatoriedad de un pacto arbitral a terceros no suscribientes, (ii) se obliga al señor Samuel Tcherassi a acudir a la justicia arbitral a pesar de no ser signatario de la cláusula contenida en los estatutos de la demanda, que solo vincula a la sociedad y a los accionistas pues, a criterio de la entidad, el hecho de que un asociado de un accionista tenga interés en la impugnación de una decisión, le obliga a sujetarse a ella, pese a que jamás la consintió, (iii) se deroga el principio constitucional de habilitación y “socava” la competencia de la justicia ordinaria para dirimir los conflictos de quienes no ha querido acudir al pacto, (iv) Inversiones Janna Raad & Cia. S. en C., es accionista de la sociedad demandada y el señor Tcherassi es asociado de la primera y su motivación es proteger los intereses que le asisten por esa condición, (v)

² Cfr. Archivo “2021-01-295441-000”

³ Cfr. Archivo “2021-01-320889-000”

⁴ Cfr. Archivo “2021-01-425512-000”

⁵ Cfr. Archivo “2021-01-432555-000”

en el art. 25 de los estatutos de la arrocera se incorporó un pacto arbitral que involucra a quienes intervienen en el contrato social, pero no a terceros, como el señor Tcherassi, (vi) la Superintendencia consideró que él debe “seguir la suerte” de Inversiones Janna Raad, (vii) según el art. 3º de la ley 1563 de 2012, el pacto arbitral es un negocio jurídico por virtud del cual las partes someten o se obligan a someter a arbitraje controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas, (viii) la jurisprudencia y el art. 110 del C. de Cio., establece que la inclusión de una cláusula arbitral tan solo vincula a quienes la suscribieron por voluntad libre y autónoma, no por imposición o mandato legal comoquiera que se trata de una renuncia al derecho de acceder a la justicia ordinaria, (ix) la Delegatura en pronunciamientos anteriores fue enfática en sostener que “ni siquiera es posible extender la cláusula compromisoria a los administradores sociales cuando estos no la han suscrito”, (x) la habilitación de los árbitros por parte de todos y cada uno de los contratantes es un “requisito constitucional imperativo” sin el cual no es procedente la justicia arbitral, (xi) ante la existencia de vacíos y contradicciones la cláusula no puede producir efectos pues “si bien en su primer inciso el pacto arbitral indica que las partes suscribientes someterán sus controversias a un trámite arbitral, el segundo inciso indica que pueden decidir no someter sus controversias a arbitraje para lo cual deberán acudir a la autoridad contemplada con el inciso final del artículo 40 de la ley 1258 de 2008”, pues no fue clara en indicar cuándo debía atenderse esa alternativa.

La parte demandada solicitó que se mantuviera la providencia fustigada.

El *a quo* el 9 de julio de 2021, concedió la alzada en efecto suspensivo.

El expediente se radicó en el Tribunal el 29 de julio de 2021.

CONSIDERACIONES

En relación con la apelación del auto que resuelve excepciones previas

ha considerado este despacho que de acuerdo con el art. 101 del C.G.P., no es procedente, pero como la providencia igualmente puso fin al proceso, puede darse trámite al recurso por estar prevista en ese evento la alzada, en el numeral 7 del art. 321 de este código.

El argumento del *a quo* para declarar probada la excepción de cláusula compromisoria y terminar la actuación dice: “La cláusula compromisoria adoptada en los estatutos de Arrocera Sahagún S.A.S., incorporó la voluntad de los socios de someter a la jurisdicción arbitral todas las controversias que pudieran surgir con ocasión del correspondiente contrato social, cuestión que por supuesto incluye lo relativo al reconocimiento de los presupuestos que dan origen a la sanción de ineficacia sobre decisiones sociales, así como su impugnación. Así las cosas, esta Superintendencia debe hacerse a un lado en el conocimiento de la disputa”. En cuanto, al demandante Samuel Tcherassi señaló que “[su] vinculación... no trata de un interés que le pueda ser reputado directamente respecto de las decisiones cuya invalidez se pretende”, comparece “debido al interés patrimonial que ostenta como socio de Inversiones Janna Raad & Cia S en C., quien, si detenta la calidad de accionista dentro de la sociedad demandada”; entonces, el interés “se encuentra radicado en la respectiva sociedad y no en sus accionistas, razón por la que, por lo pronto, y sin haber decidido de fondo sobre la legitimación en la causa del demandante en cuestión el señor Tcherassi Solano debe seguir la suerte de la sociedad directamente interesada en el conflicto” y que interpretar de otra forma “llevaría a desconocer la obligatoriedad de las cláusulas compromisorias pactadas entre los accionistas y las respectivas sociedades, pues bastaría con que al proceso compareciera en calidad de accionante, uno cualquiera de los socios de una persona jurídica suscribiente del pacto arbitral, para enervar [su] aplicación”. Además, indicó, frente a la patología que la disposición, que “no posee ninguna dificultad que impida su reconocimiento ante la autoridad judicial competente... pues la misma no dificulta su aplicación y, por el contrario, ofrece una alternativa al mecanismo de solución de diferencias inicialmente pactado”.

En análisis de caso inicia por el alcance de la cláusula compromisoria en virtud de la cual los contratantes, en uso de la libre autonomía de la voluntad, convienen en declinar la jurisdicción institucional del Estado para someter la decisión de un eventual conflicto al conocimiento de los árbitros, particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en los términos del art. 116 de la Constitución, no siendo procedente que la jurisdicción ordinaria dirima el litigio que tenga como fuente el contrato en el que se pactó aquella.

Aquí no se discute que los estatutos de la Arrocería Sahagún S.A.S., contienen una cláusula de esa naturaleza, sino su validez y el ámbito de aplicación, es decir, si irremediablemente impide o no, acudir a la justicia común y si puede extenderse a terceros no suscribientes del pacto.

En cuanto a su validez señala el recurrente que la cláusula comporta una patología porque no puede producir efectos ni ser impuesta a los contratantes bajo el entendido que existen contradicciones en su redacción pues en el primer inciso se indicó que “las partes suscribientes someterán sus controversias a un trámite arbitral”, y en el segundo se señaló que ellas “pueden decidir no someter sus controversias a arbitraje para lo cual deberán acudir a la autoridad contemplada con el inciso final del artículo 40 de la ley 1258 de 2008”. No obstante, en virtud del principio *Kompetenz – Kompetenz* los tribunales arbitrales pueden decidir acerca de su propia competencia, **incluso cuando las partes cuestionen la existencia, validez o el alcance del convenio arbitral**⁶, tal como lo dispone el art. 29 de la ley 1563 de 2012, pero “sin perjuicio de lo previsto en el recurso de anulación”, por lo que no es dable en esta

⁶ “La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que «de conformidad con el principio de *Kompetenz-kompetenz*, el tribunal arbitral es el único competente para establecer su competencia, excluyéndose cualquier injerencia judicial en la materia. De igual manera, se observa que la lista de excepciones de incompetencia de las que pueden conocer los árbitros no es taxativa, pues el texto normativo hace alusión, entre otras, a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del acuerdo de arbitraje. Asimismo, menciona las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir el trámite arbitral. Señala también que las excepciones de incompetencia se pueden resolver como cuestión previa o en el respectivo laudo, siendo facultativo de los árbitros”. Corte Constitucional Sentencia T-288 de 2013.

instancia realizar juicios de valor acerca de la presunta ambigüedad que le endilga el apelante.

Así mismo, se advierte que el imperio de la cláusula compromisoria, incluida en el art. 25 de los estatutos, pues sin discusión sobre su existencia queda probada según lo prevé el art. 3 de la ley 1563 de 2012, surge por haberse invocado, como ocurrió en este caso, la excepción previa para expresar que no es su deseo renunciarla (parágrafo del art. 21 *ibídem*), lo que desvirtúa su carácter facultativo, por lo cual no puede continuarse con el trámite.

En efecto, se encuentra acreditado que los socios de Arrocería Sahagún S.A.S., pactaron en sus estatutos sociales que “las discrepancias que ocurran entre los accionistas con la sociedad, entre los accionistas entre sí, por razón de su carácter de tales, durante el contrato social, al tiempo de la disolución, o en el período de la liquidación, serán sometidas a la decisión obligatoria del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Barranquilla”, por lo cual no cabe duda que la sociedad Inversiones Janna Raad & Cia. S. en C., en su calidad de accionista debe someterse a la disposición en mención y, por lo tanto, fue acertado terminar el proceso por ella iniciado.

Sin embargo, observa el despacho que no le asiste razón a la Delegatura frente a la decisión de someter al demandante Samuel David Tcherassi al pacto arbitral debido al interés patrimonial que dice ostentar como socio de Inversiones Janna Raad & Cia S en C., y por ello **no** “debe seguir la suerte de la sociedad directamente interesada en el conflicto que es de conocimiento del despacho”, pues los efectos de la disposición no le son aplicables bajo lo previsto en los artículos 36 y 37 del Estatuto de Arbitraje Nacional, pues pese a que es socio de Inversiones Janna esto no es suficiente para llevarlo a recibir el mismo tratamiento como si fuere socio de la Arrocería Sahagún, puesto que la sociedad una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados (art. 98 del C. de Cio.), sumado al hecho

que para unirse al pacto arbitral se requiere la manifestación expresa de la voluntad, ya que “el pacto arbitral no es un elemento accesorio al contrato social sino más bien un negocio jurídico autónomo”⁷, tal como lo prevé el art. 5 de la ley 1563 de 2012.

En ese sentido, en sentencia SC6315 de 2017, la Corte Suprema de Justicia afirmó que “son de dos clases los efectos que la cláusula compromisoria produce, unos de clara estirpe contractual y de carácter positivo en cuya virtud quedan obligadas las partes a estar y pasar por lo estipulado, habida cuenta que la situación así creada en ejercicio de la autonomía de la voluntad recibe el tratamiento normativo general que señalan los arts. 1602 y 1603 del C. Civil”. En esa misma oportunidad citó la sentencia CSJ SC, 1º jul. 2009, rad 2000-00310-01, en la que dijo “la disciplina normativa del negocio arbitral precisa la producción de sus efectos obligatorios entre las partes más no frente a terceros, extraños o ajenos al pacto”.

En realidad, la situación del señor Tcherassi Solano, quien se presentó al juicio alegando un interés personal y propio, debe analizarse por otro camino, pues frente a él no puede concluirse el proceso en virtud de la excepción previa de cláusula compromisoria.

Sean estos motivos más que suficientes para confirmar el proveído censurado en cuanto hace a la sociedad Inversiones Janna Raad & Cia. S. en C., que no puede saltarse el pacto arbitral, pero le corresponderá a la Delegatura estudiar las demás excepciones previas planteadas para decirlas como legalmente corresponda en lo que respecta al señor Samuel David Tcherassi Solano.

DECISIÓN

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

⁷ Corte Constitucional C-330 de 2012

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR PARCIALMENTE el auto de fecha 24 de junio de 2021 proferido por la Superintendencia de Sociedades, frente a Inversiones Janna Raad & Cia. S. en C. y continuarlo respecto del señor Samuel David Tcherassi Solano.

SEGUNDO: La Delegatura proceda al estudio de las demás excepciones previas planteadas.

TERCERO: Sin condena en costas ante la prosperidad parcial del recurso.

CUARTO: Oportunamente, devuélvanse las diligencias al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado



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

Ref. 25-2016-00726-02

Bogotá D.C., siete (7) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Revisado el legajo se avizora que, el 17 de agosto de hogaño, se recibió por reparto-auto interlocutorio por segunda vez-, dentro del expediente de la referencia, empero se advierte que se trata de la misma apelación 01, decidida el pasado día 30 del mismo mes y año, por tanto, se ORDENA que, por Secretaría, se anule la segunda entrada.

CÚMPLASE



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada