

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno
(2021).*

*REF: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR
de MARTHA PATRICIA QUINTERO GONZÁLEZ y OTROS contra
CONSTRUCCIONES INTELIGENTES EVA S.A.S. Exp. 2020-71058-01*

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

*1.- ADMITIR en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 13 de agosto del 2021 en la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el proceso de la referencia.*

*2.- Para efecto de dar la plena garantía del debido proceso y derecho de defensa a las partes, por Secretaría **comuníquese a los apoderados de los intervinientes** las determinaciones que se adopten en el marco de la norma reseñada vía correo electrónico¹, empero en caso de no llegar a obrar la misma en el expediente, pese a ser una obligación de los togados, remítanse las comunicaciones correspondientes a la dirección física que hayan informado en el expediente o en el Registro Nacional de Abogados.*

A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del Secretario Judicial de esta Corporación secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

3.- *Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.*

4.-*Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.*

NOTIFÍQUESE.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Expediente No. 007201900741 01

Se niega la solicitud de deserción presentada por la parte demandada. Téngase en cuenta que el recurso de apelación contra la sentencia fue sustentado dentro del plazo previsto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2002, en concordancia con el numeral 3º del artículo 322 del Código General del Proceso. Además, del escrito respectivo se desprenden el propósito de la impugnación (revocar la sentencia; p. 6) y las razones que, según la abogada, justificarían esa determinación, tanto de derecho sustancial como probatorio.

Ejecutoriado este auto, retorne el proceso al Despacho.

NOTIFÍQUESE

Firmado Por:

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

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

Código de verificación:

d2aa15a226b5ec9ad196724bee7d86e340874b76794ec86e4cf97d4c65cc5061

Documento generado en 05/10/2021 08:35:22 a. 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: 110013103011-2019-00189-01
Demandante: Dime Que Sí SAS
Demandado: Fresenius Medical Care Colombia S.A. y otro
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia
Discutido para aprobación en salas de 16 y 23 de septiembre de 2021

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

Decídese el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 20 de enero de 2021, proferida por el Juzgado 11 Civil del Circuito, en el proceso verbal de Dime Que Sí SAS - cesionaria de Catering Gourmet 100% SAS- contra Fresenius Medical Care Colombia S.A. y Fresenius Medical Care Andina SAS.

ANTECEDENTES

1. Pidió la parte actora¹, en síntesis, se declare que entre las partes se perfeccionó un contrato de suministro de alimentos, según los artículos 845 a 860 del C. de Co., por la aceptación de oferta mercantil derivada de la invitación a cotizar ES 17 001 09, el cual incumplieron las demandadas, porque no pagaron el precio total de los suministros ofrecidos y, en consecuencia, se condene a las demandadas a pagar a la demandante las sumas de \$17'562.250 y \$126'588.970, respectivamente, más el correspondiente IVA.

¹ Folios 237 a 260, pdf: 05CuadernoPrincipal.



2. El sustento fáctico de la demanda se resume en que el 1° de diciembre de 2010 Catering Gourmet 100% SAS, y Fresenius Medical Care Colombia S.A. celebraron el contrato de suministro DFA01689-10, en el que la primera se obligó con la segunda a suministrarle a sus trabajadores, de lunes a domingo, refrigerios, almuerzos y cenas en la ciudad de Bogotá.

El 19 de octubre de 2012 se celebró otrosí a dicho contrato, el que aumentó el precio de los refrigerios diurnos en 2%, almuerzos en 4%, aunado a las cenas y refrigerios nocturnos en 7%; el 1° de junio de 2015 nuevamente aumentaron los precios en el 4%.

El 1° de junio de 2016 se cambió el lugar de entrega de los suministros a las direcciones: kilómetro 1 Siberia-Funza, zona franca Intexzona lote 8, y carrera 7 # 156-10 piso 26, edificio torre Krystal en Bogotá; también se aumentaron los precios, pero no dejaron constancia, variación que se mantuvo hasta abril de 2017, cuando comenzó a regir el nuevo contrato perfeccionado mediante trámite de licitación que es tema de la controversia.

Narró la demandante que el 1° de mayo de 2012 se celebró entre Catering Gourmet y Fresenius Medical Care Andina S.A.S el contrato de suministro DFA-02482-12, en el que la primera se obligó con la segunda en suministrar a sus trabajadores, de lunes a domingo, almuerzos en la carrera 106 # 15 A-25, lotes 135i y 135j, de la manzana 23 de la zona franca de Bogotá. El 1° de mayo de 2013 se suscribió otrosí que incrementó precios. Un año después se celebró otrosí que fijó como término de duración tres (3) años que vencerían el 30 de abril de 2015.

El 1° de junio de 2015 se acordó otrosí de aumento de precios en el 4%, y el 1° de junio de 2016, se suscribió otrosí con el que se cambió el lugar del suministro y se unificaron precios.



Los contratos y los otrosíes se celebraban previa licitación y propuesta económica del proveedor, junto con otros oferentes.

En 2017 las demandadas realizaron la invitación a cotizar ES 17 001 09, para el suministro de alimentación de sus trabajadores, en las instalaciones del casino ubicado en el kilómetro 1 vía Siberia-Funza, lote 85 Cota, y en la carrera 7 # 156-10 piso 26 de Bogotá.

Apuntó que la proveedora presentó propuesta económica conforme a las condiciones de la invitación, mientras seguía cumpliendo los contratos DFA-01689-10 y DFA-02482-12. Los precios ofertados fueron: a) en Intexzona desayuno \$3.900, almuerzo \$8.500 (antes \$7.500), cena \$8.500 (antes \$7.300), refrigerio a.m. \$2.750 (antes \$2.500), refrigerio p.m. \$3.200 (antes \$3.180); en Torre de Krystal almuerzo \$9.000 (antes \$8.000).

Las demandadas guardaron silencio del resultado de la licitación, pero continuaron la solicitud del suministro alimenticio, conducta indicadora de que aceptaron la oferta, y aunque la proveedora siguió facturando con precios anteriores, les envió correos y comunicaciones en los que pidió información sobre la conclusión del trámite de la invitación a cotizar, y advirtió que debían aplicarse los precios fijados en aquella propuesta, desde mayo de 2017, frente a lo cual las demandadas tampoco hicieron manifestación alguna.

Con las facturas 1343, 1346 y 1347 de 14 de febrero de 2018, fue cobrado a las demandadas el mayor valor de los precios que se dejó de facturar entre mayo de 2017 y enero de 2018, las cuales no fueron aceptadas. En esas condiciones Catering Gourmet 100% SAS no podía seguir con el suministro, pues continuar con precios antiguos generaba pérdidas que agravaban su situación de insolvencia en el marco de un proceso de reorganización empresarial, motivo por el que se terminó el contrato el 2 de marzo de 2018.



Realizado el cálculo entre el valor cobrado y el que se debió cobrar por la variación de los precios fijados en la oferta de la proveedora, se determina que Fresenius Medical Care Andina SAS y Fresenius Medical Care Colombia S.A., adeudan \$126.588.970 y \$17.562.250 respectivamente a la demandante.

3. Las demandadas se opusieron a las pretensiones, aceptaron unos hechos, negaron otros y formularon las excepciones de *falta de aceptación, inexistencia del contrato con base en la oferta de 26 de mayo de 2017* y cualquier otra que se encuentre probada².

Fundaron esos medios defensivos en que nunca hubo aceptación expresa ni tácita de la oferta presentada por la demandante el 26 de mayo de 2017, todas las solicitudes que ella presentó fueron contestadas y el hecho de que haya participado en un proceso de selección de contratista no implica la celebración de un contrato.

La demandante describió oportunamente las excepciones, en los que reiteró que sí hubo aceptación tácita de la oferta y solicitó pruebas³.

4. El juzgado denegó las pretensiones de la demanda, decretó la terminación del proceso y condenó en costas a la parte demandante⁴.

Para esa decisión estimó, en resumen, que la demandante no probó que su oferta de nuevo contrato, conforme a la invitación a cotizar ES 17 001 09, hubiera sido aceptada por las demandadas, porque la voluntad de las partes estuvo dirigida a continuar la relación negocial en los mismos términos y condiciones de los contratos DFA-01689-10 y DFA-02482-12, según se extrae de los testimonios practicados.

² Folios 427-435, pdf: 05CuadernoPrincipal.

³ Folios 439-447, pdf: 05CuadernoPrincipal.

⁴ Pdf: 30SentenciaPrimeraInstancia.



Destacó que cada año las demandadas invitaban a cotizar y, conforme a los datos obtenidos, negociaban con Catering Gourmet 100% SAS para establecer las tarifas, que podían subir, bajar o mantenerse, las cuales se concretaban entre dos o cuatro meses después, con la suscripción de un otrosí, momento en el que iniciaba el pago según nuevos precios.

Determinó que la invitación a cotizar ES 17 001 09 fue inusual, pues como explicó el testigo Víctor Manuel Suárez, consistió en un sondeo del mercado en 2017, con el cual corroboraron que los precios eran concordantes con las tarifas acordadas antes con la contratista, por lo cual no vieron la necesidad de finalizar ese proceso de contratación y tampoco la suscripción de un otrosí a los contratos que regían.

Enfatizó que el impacto económico a la contratista por el cambio de sede de las contratantes, la implementación de un sistema biométrico y la atención de auditorías como nueva carga administrativa, son hechos que ella asumió pero no los puso de presente a las demandadas formal y oportunamente, pues solo las alegó cuando terminó los contratos, y no pueden considerarse como actos de aceptación de su oferta con nuevas tarifas, porque pueden entenderse como acciones para mejorar el servicio en los contratos que regían la relación.

Los testimonios de Jorge Augusto Silva Rueda y Libia Rocío Barrera Rodríguez, muestran que los otrosíes eran suscritos tres meses después de la invitación a cotizar y las contratantes hacían pagos retroactivos conforme a las nuevas tarifas. Sin embargo, esta versión fue rebatida por los representantes de las demandadas y los testigos María Lucía Riaño y Víctor Manuel Suárez, sin documentos que esclarezcan la situación, porque no siempre hubo aumento de tarifas y en algunos eventos se disminuyeron o mantuvieron, como aceptó la demandante en su interrogatorio, además de que la facturación era a fines de mes sobre los servicios del mes anterior, el pago se hacía 5 días después de presentada la factura, de allí que las demandadas tengan razón al afirmar que tenían 35 días aproximados para hacer el desembolso.



Estableció que las tarifas consignadas en la oferta de la proveedora para 2017, nunca fueron facturadas dentro del término contractual, solo cuando decidió terminar unilateralmente el contrato hizo el cobro de la supuesta diferencia entre las tarifas, acto rechazado por las demandadas y que descarta cualquier indicio de aceptación tácita de aquella oferta.

El denominado *desayuno reforzado*, que comenzó a darse luego de ser ofertado, tampoco puede ser indicio de aceptación tácita, porque tal suministro no estaba contemplado como objeto de la invitación a cotizar, y si bien el precio era el mismo que el fijado en la oferta, esto fue una mera coincidencia, porque la posibilidad de ese desayuno ya estaba previsto en los contratos DFA-01689-10 y DFA-02482-12, pues una de sus cláusulas permitía solicitar alimentación especial con anticipación de 24 horas con una tarifa acordada por las partes.

Agregó que, según la declaración de Jorge Augusto Silva Rueda, quien fue representante legal de la contratista, y el hecho 5.18 de la demanda, la parte actora reconoció que mientras hizo la propuesta a la invitación, continuó el servicio en ejecución de los contratos DFA-01689-10 y DFA-02482-12, es decir, aceptó que no llegó a un acuerdo con las demandadas respecto de la aplicación de nuevas tarifas 2017-2018.

EL RECURSO DE APELACIÓN

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

Era habitual que, terminados los procesos de licitación con la decisión de continuar el mismo proveedor, las partes suscribieran un otrosí para nuevas tarifas, pero en ninguna parte de la invitación a cotizar ES 17 001 09 se estableció que en caso de ganar la demandante debía firmarse



un otrosí, por lo que no era requisito para perfeccionar el nuevo contrato de suministro, pues era suficiente la oferta y la aceptación.

En 2017 el representante legal de la demandante fue claro al expresar, en varios correos electrónicos, que las tarifas eran las fijadas en oferta de 26 de mayo de ese año y solicitó pago retroactivo, por lo cual no es cierto que la voluntad de las partes era continuar las antiguas tarifas.

El desayuno especial es indicio de aceptación tácita de la oferta, pues contrario a la afirmación de la juez, en la invitación a cotizar ES 17 001 09 se previó ese servicio en el Núm. 8, página 9, del documento, motivo por el que las empresas que participaron lo ofertaron como un ítem, el cual no estaba consagrado en los referidos contratos anteriores que solo aludían a refrigerios diurnos y nocturnos, almuerzo y cena, aunado al denominado “*suministro especial de alimentación*” para eventos esporádicos de negociación previa, estipulación diferente al citado desayuno especial, que era de carácter permanente.

Las auditorías e implementación del sistema biométrico también son indicios de aceptación tácita, porque fueron con ocasión del proceso de invitación a cotizar y se comenzaron a ejecutar después de ese trámite.

De ninguna manera es cierto que las demandadas sólo querían sondear el mercado con la invitación a cotizar, dado que su contenido permite entender que era un proceso de contratación, y que sin duda las tarifas de los contratos anteriores no seguirían, sino que serían modificadas. Si las demandadas deseaban seguir con iguales precios, debieron expresar con claridad que la licitación se declaraba desierta y que su intención era continuar con las tarifas que manejaban.

Hay pruebas de que las demandadas hacían pagos retroactivos por modificación de tarifas en virtud de licitaciones anteriores, según se observa en los otrosíes 1, 3 y 4 del contrato DFA-02482-12.



La proveedora jamás confesó que la intención era continuar las tarifas de los antiguos contratos, pues explicó que la facturación con precios anteriores fue de buena fe para no suspender el servicio mientras se formalizaban por escrito las tarifas, como era costumbre, sin haber operado prórroga automática de los dos (2) contratos, toda vez que uno de esos (DFA-02482-12) no consagraba esa posibilidad por tener fecha determinada de finalización, y los términos de la invitación a cotizar ES 17 001 09 permitía entender que cualquier contrato anterior quedaría sin efectos y regirían para el futuro las nuevas condiciones.

Los interrogatorios de los representantes legales de las demandadas fueron evasivos, pues ante varias preguntas adujeron no conocer los hechos, conducta que desatiende el art. 203 del CGP, y Claudia Patricia Flórez confesó que la proponente sí ganó la licitación, prueba no valorada.

Las demandadas aportaron las actas de cierre de licitaciones de manera tardía e incompleta, aun así, puede evidenciarse que se hacían varios meses después de la respectiva licitación y que las vigencias y tarifas se formalizaban con otrosíes.

Se agregó que Fresenius Medical Care Colombia S.A. fue la única que solicitó y aportó pruebas, según se observa en la contestación de la demanda, conducta procesal que pasó por alto la juez *a quo*.

La parte demandada descorrió el traslado de la sustentación de la apelación⁵

CONSIDERACIONES

1. Vista la presencia de los presupuestos procesales y demás aspectos de forma, limitada la competencia del Tribunal a los puntos objeto del recurso vertical, el problema central consiste en determinar si la oferta

⁵ Pdf: 06MemorialDemandadoDescorre20210811.



comercial presentada por Catering Gourmet 100% SAS -en adelante Catering, la proveedora o suministradora-, cedente de la demandante, en respuesta a la invitación de las demandadas -consumidoras o beneficiarias- a cotizar ES 17 001 09, fue aceptada tácitamente por las últimas, con el efecto de regir el suministro de alimentos ejecutado por la primera a favor de las segundas entre 1º de mayo de 2017 y 2 de marzo de 2018, en sustitución de los dos contratos que regían antes esa relación (negocios DFA-01689-10 y DFA-02482-12).

2. Cuestión medular que debe responderse en forma negativa, pues en oposición a la tesis de la demandante, no fue aceptada en forma tácita la propuesta que hizo Catering como respuesta a la aludida invitación a contratar de las demandadas, por carencia de elementos que así lo acrediten, en tanto que la provisión estable de alimentos continuó de manera implícita con las tarifas de los dos contratos que venían rigiendo el vínculo, aserto que emana con claridad de las circunstancias que rodearon las negociaciones entre las partes.

Justamente, las demandadas formularon a varias personas una invitación a contratar para suministro de alimentos a sus trabajadores, de lunes a domingo en las instalaciones empresariales. Catering presentó su oferta comercial el 26 de mayo de 2017, para que rigiera el suministro de alimentos a partir de “*mayo de 2017*”, con nuevas tarifas, pero a decir verdad el servicio se siguió prestando de manera ininterrumpida, la facturación continuó con las tarifas precedentes y la suministradora recibió los pagos de conformidad, sin que en ese devenir relacional ella se hubiera manifestado en forma expresa, clara y contundente en cuanto a que los pagos eran incompletos por incremento de tarifas, y que debían pagarle la diferencia.

3. Cumple reiterar que, de acuerdo con la legislación y la praxis común del derecho privado, los negocios o actos jurídicos suelen ser celebrados o estructurados por medio de un acto que normalmente es único, correspondiente a la celebración o perfeccionamiento del



negocio en sí mismo, con sujeción a los requisitos generales que debe reunir todo acto o declaración de voluntad (art. 1502 CC), y los específicos que exige cada negocio en particular.

Sin embargo, es apenas natural que antes de todo contrato o negocio jurídico, las partes recorran un itinerario previo, así sea mínimo, que en algunos contornos se conoce como tratos previos, tratativas, y que tanto la ley como la doctrina moderna denominan fase o etapa precontractual. Pueden ser varias las formas de los actos jurídicos en esa etapa previa, algunos sin mayores consecuencias, pero otros con ciertos efectos vinculantes, de los cuales deben recordarse ahora la oferta, la opción y la promesa de contrato, forma esta última que pese a ser también un contrato, no pierde ese carácter preliminar o precontractual.

Los estatutos privados decimonónicos y su doctrina, no trataron en detalle la fase precontractual, que incluso en las fuentes de las obligaciones del Código Civil no fue considerada como tal (art. 1494 del C.C.), que apenas se refirió en algunos casos de culpa anterior al contrato (culpa *in contrahendo*), como la prevista en el art. 1512, inciso 2º, amén de que el original art. 1611 fue ejemplo evidente de esa concepción restrictiva de la fase previa a los contratos, en tanto que establecía: “*La promesa de celebrar un contrato no produce en ningún caso obligación alguna*”. Fue posterior la regulación de algunas figuras, como la promesa de contrato, traída en el art. 89 de la ley 153 de 1887, que modificó el citado 1611 del C.C., y la opción (art. 23 de la ley 51 de 1918).

Al contrario de las legislaciones a partir de la segunda mitad del siglo XX, o un poco antes, cuyo mejor reflejo en el país se manifestó en el Código de Comercio de 1971, que sí entró a regular la fase preliminar o precontractual del negocio jurídico, porque consagró varias figuras, como la promesa de contrato de sociedad (art. 119), la oferta (arts. 845 y ss.), las licitaciones o invitaciones a contratar (art. 861), promesa (art.



861) y el pacto de preferencia (art. 862), sin que pueda considerarse que esas previsiones son limitadas, por cuanto trazó una regla general conforme a la cual “[l]as partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen” (art. 863).

4. En este asunto, según el contrato DFA-01689-10, celebrado el 1º de diciembre de 2010 entre la codemandada Fresenius Medical Care Colombia S.A. y Catering Gourmet 100% SAS, esta se obligó a suministrar, de lunes a domingo, refrigerios, almuerzos y cenas a los trabajadores de la referida demandada, con la posibilidad de proveer “*alimentación especial*” previa solicitud no inferior a 24 horas, eventos en los cuales las partes discutirían las condiciones de los servicios. Se estipuló que el contratista presentaría la facturación detallada (número de raciones consumidas por persona) y discriminada (por área y centro de costo del contratante), “*de forma mensual el treinta (30) de cada mes, correspondiente al suministro del mes anterior*”, el contratante pagaría “*dentro de los cinco (5) días contados a partir del siguiente mes a la presentación de la factura*”.

En la cláusula 12ª se pactó que “*las tarifas estarán vigentes durante el primer año de ejecución del contrato, el valor de la tarifa por ración se incrementará de manera bilateral*”. La cláusula 13ª previó que el contrato duraría “*once (11) meses, contados a partir del día primero (1) de diciembre de dos mil diez (2010) y hasta el treinta y uno (31) de octubre de 2011*”, y que “*se renovará automáticamente, si treinta (30) días antes de la fecha de terminación, las partes no comunican de forma escrita su intención de darlo por terminado...*”, y en caso de renovación automática, “*las condiciones pactadas se mantendrán, salvo la relativa al reajuste del precio*” (Parág. 1º)⁶.

En el otrosí #1 de 19 de octubre de 2012, esencialmente se conservó el mismo clausulado, y se agregó un numeral para modificar el precio,

⁶ Folios 69-81 pdf: 05CuadernoPrincipal.



dado el tiempo transcurrido, para lo cual acordaron “ajustar el valor del suministro de alimentos objeto de contrato, de acuerdo con la oferta presentada por el contratista de fecha 14 de septiembre de 2012, la cual forma parte integral del presente contrato...”, y fijaron como tarifas \$2.388 para refrigerios diurnos, \$7.800 para almuerzos, \$6.955 para cenas, \$3.022 para refrigerios nocturnos⁷.

Similar circunstancia ocurrió con el otrosí #2 de 1° de junio de 2015, en el que se tuvo en cuenta la oferta del contratista de 13 de mayo de 2015, y estipularon que a “partir de 1 de mayo de 2015, las tarifas vigentes serán objeto de un incremento de cuatro por ciento (4%) por el servicio de Catering objeto del presente contrato”⁸.

El contrato DFA-02482-12 fue suscrito entre Catering y la otra demandada, Fresenius Medical Care Andina SAS, el 1° de mayo de 2012, para suministrar “almuerzos” a los trabajadores de la última en el casino ubicado en las instalaciones empresariales. Como en el otro, esta demandada se reservó la facultad de pedir alimentación especial. La forma de pago consistía en que el contratista presentaba la facturación detallada (número de raciones consumidas por persona) y discriminada (por centro de costo del contratante), el 30 de cada mes, por el suministro del mes anterior, y el contratante pagaba dentro de los cinco (5) días contados a partir del siguiente mes a la presentación de la factura. Se estipuló la duración de un año, hasta el 30 de abril de 2013, y se acordó que el contrato “no genera prórroga automática”⁹.

La cláusula 14^a contempló una forma de terminación del contrato, al “vencimiento del término pactado, siempre y cuando una de las partes haya expresado su intención de darlo por terminado con treinta (30) días antes de su finalización”, estipulación que podría dar a entender que la intención de las partes era la prórroga automática, aunque esa interpretación es difícil, dado que en los otrosíes 1, 2, 3 y 4 se reiteró la

⁷ Folios 93-95 pdf: 05CuadernoPrincipal.

⁸ Folios 97-98 pdf: 05CuadernoPrincipal.

⁹ Folios 101-115 pdf: 05CuadernoPrincipal.



expresión de la “no prórroga automática”; es más, constantemente se modificaba la fecha de terminación del contrato para darle continuidad pero sin perder de vista una fecha determinada de finalización, como en el otrosí#1 se fijó como día límite el 30 de abril de 2014, en el otrosí #2 el 30 de abril de 2015, en el otrosí #3 el 31 de diciembre de 2015, y en el otrosí #4 el **26 de abril de 2017**¹⁰.

4.1. De acuerdo con los elementos de juicio obrantes en el legajo, es verdad que el suministro de alimentos de Catering a las demandadas se venía prestando con los contratos antes citados.

4.2. También quedó acreditado que el 18 de mayo de 2017 las demandadas invitaron a cotizar a varias empresas, para el suministro de alimentación (refrigerios, almuerzos y cenas) a sus trabajadores, de lunes a domingo, en sus instalaciones empresariales. El documento contiene en forma detallada los requisitos para la presentación de propuestas y las condiciones de la contratación, incluso se precisó cuáles serían las obligaciones de las partes y las reglas aplicables en caso de empate, pero no se mencionó término alguno para dar a conocer el proveedor escogido ni el momento en que se suscribiría el respectivo contrato. En el numeral 8 de la invitación se especificó la manera de evaluar las propuestas, en relación con desayunos (5:10 a.m. a 6:00 a.m.), refrigerios diurnos (6:00 a.m. a 10:30 a.m.), refrigerios tarde (5:30 p.m. a 8:00 p.m.), refrigerios noche (1:00 a.m. a 4:00 a.m.), almuerzos (11:30 a.m. a 3:00 p.m.), cenas (8:30 p.m. a 9:45 p.m.)¹¹.

4.3. Como respuesta a esa invitación Catering presentó su oferta comercial el 26 de mayo de 2017, en la cual especificó que integró a su equipo un ingeniero de alimentos y un experto para implementar el plan de mejoramiento continuo, que su plan era ofrecer menús más balanceados, con variedad de platos gourmet para los ejecutivos y la torre “Krystal”. La propuesta consistía en actualizar moderadamente

¹⁰ Folios 123-139 pdf: 05CuadernoPrincipal.

¹¹ Folios 395-419 pdf: 05CuadernoPrincipal.



las tarifas para 2017 “acorde al proceso integral que implicaba la operación”, las cuales seguían siendo preferenciales y les permitía mantener el compromiso de mejora continua, especificaciones del servicio y la fidelidad del cliente.

Ahí mismo Catering informó a las demandadas que había incurrido en inversiones y mejoras para la satisfacción de las necesidades, sin trasladarles los costos, dado que, en 2012, 2014 y 2015 mantuvieron los valores, motivo por el cual esas tarifas no podían ser referenciales. En ese mismo documento fue prolija en argumentos sobre la necesidad de aumentar las tarifas, pues en 2011 incluyeron un chef permanente y solo en el 2013 hubo un incremento que permitiera innovar en el servicio; especificó que en la licitación de 2016 se redujo la tarifa porque las demandadas dijeron que se aumentaría el volumen de ventas, lo que no sucedió aunado a que hubo otras dificultades; agregó que en el primer semestre la operación de Fresenius se redujo ostensiblemente, lo cual se tradujo en un 80% menos de ingresos para la proveedora, y que octubre, noviembre y diciembre de 2015 se disminuyeron las ventas debido al cambio de sede.

La propuesta estaba conformada por desayunos de 5:10 a 6:00 a.m. por el valor de \$3.900 cada uno en las instalaciones de intexzona, refrigerios diurnos de 6:00 a 10:30 a.m. (\$2.750 intexzona), refrigerios tarde de 5:30 a 8:00 p.m. (\$3.200 intexzona), refrigerios noche de 10:00 p.m. a 6:00 a.m. (\$3.200 intexzona), almuerzos de 11:30 a.m. a 3:00 p.m. (\$8.500 intexzona y \$9.000 torre Krystal), cenas de 8:30 a 9:45 p.m. (\$8.500 intexzona).

4.4. También aflora de autos que las demandadas guardaron silencio en torno al resultado de la invitación a cotizar, es decir, nunca expresaron cuál fue la mejor propuesta, si habría cambio de proveedor o suscribirían un otrosí con Catering para que continuara con el servicio conforme a las nuevas tarifas de su oferta comercial, como fue reconocido por las demandadas en sus interrogatorios de parte y



expresado por los testigos María Lucía Riaño Cárdenas y Víctor Manuel Suárez Julio, quienes coincidieron en que ese trámite de contratación nunca se cerró o finalizó. Es más, todos fueron enfáticos en que se dio por entendido que se continuó con el mismo proveedor (Catering), y que se mantendrían las tarifas que con anterioridad regía la relación de suministro entre ellas, sin consentir algún incremento, dado que para esto siempre se suscribía un *otrosí* para que posteriormente la contratante pudiera facturar con nuevas tarifas.¹²

Al respecto, el citado Víctor Manuel Suárez, jefe de compras de la parte demandada, detalló cuáles eran los precios que regulaban el suministro, conforme a los contratos inicialmente suscritos, y si los precios no coincidían simplemente se devolvían las facturas¹³.

Esa situación está corroborada con el interrogatorio de la demandante, quien expresó que las demandadas no querían pagar con los nuevos precios, y que lo único que respetaron de la oferta fue el servicio del “*desayuno reforzado*”.

Adicionalmente, conforme a las facturas que Catering presentó a las demandadas entre el 3 de abril al 1º de diciembre de 2017¹⁴, se observa que las tarifas del suministro de alimentos no variaron (refrigerios, almuerzo, cena).

5. De los factores de persuasión comentados puede concluirse que las demandadas no aceptaron la oferta que Catering les presentó el 26 de mayo de 2017, ni expresa ni tácitamente, toda vez que ninguna prueba demuestra algún hecho inequívoco de que se haya ejecutado el suministro con la aquiescencia de las contratantes para los servicios conforme a las nuevas tarifas.

¹² Audiencia de 11 de noviembre de 2020.

¹³ 39mm20ss video: 16Audiencia11noviembre2020ParteCinco.

¹⁴ Folios 339-357, pdf: 05CuadernoPrincipal.



El artículo 860 del C. Co. preceptúa que *“en todo género de licitaciones, públicas o privadas, el pliego de cargos constituye una oferta de contrato y cada postura implica la celebración de un contrato condicionado a que no haya postura mejor. Hecha la adjudicación al mejor postor, se desecharán las demás”*.

Sin embargo, en este caso concuerdan las partes que nunca se hizo la adjudicación al mejor postor, porque al contrario, las demandadas fueron insistentes en sus interrogatorios, en que nunca se cerró la invitación a cotizar, a la par de que la demandante, desde su demanda, siempre ha reprochado el hecho de que nunca le fue informado a la suministradora el resultado respectivo.

Dispone el artículo 854 del C. de Co. que la *“aceptación tácita, manifestada por un **hecho inequívoco** de ejecución del contrato propuesto, producirá los mismos efectos que la expresa, siempre que el proponente tenga conocimiento de tal hecho dentro de los términos indicados en los artículos 850 a 853, según el caso”* (se resalta).

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho.

“Los actos de los cuales ha de colegirse la aceptación son aquellos a los que los contratantes, la costumbre o la ley le han atribuido esa significación, y a estos se le adicionan los que, atendidas sus características particulares, denotan inconfundiblemente la voluntad del receptor de realizar el negocio (...).

*La regulación que de esa declaración unilateral se hizo en el Código de Comercio excluyó cualquier incertidumbre que pudiera generarse en torno de los efectos del silencio o la inacción de su destinatario, pues la indicada abstención de pronunciamiento no le dio el alcance de configurar aceptación tácita, la que -requirió- debe manifestarse ‘por un **hecho inequívoco de ejecución del contrato propuesto**’ (art. 854).*

Si la voluntad tácita se manifiesta en hechos que las suponen necesariamente, que no tienen explicación sin existir aquella, al juez le corresponde verificar que tales actos cumplan las exigencias legales



para constituir aceptación, labor para la cual resultan trascendentales’ todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades’, pues además de ser útiles para ‘desentrañar la verdadera intención de las partes’, permiten establecer ‘cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter (las partes)’ (CSJ, SC, ago. 12/2002, Rad. 6151)” (Sentencia de 26 de enero de 2015, Rad. 2010-00399. Se resaltó).

En el caso concreto, pese que a finales de abril de 2017 el término de los contratos DFA-01689-10 y DFA-02482-12 se había cumplido, y que debían negociar un nuevo acuerdo sobre el particular, en todo caso las pruebas determinan que el servicio, concerniente a los refrigerios, almuerzos y cenas, se continuó prestando por Catering, quien facturó con las tarifas anteriores, sin que las demandadas hayan aceptado algún cobro superior o incrementado, pues como se mencionó, en esos eventos no recibían las facturas hasta tanto no se ajustara a las tarifas acordadas en virtud de aquellos dos contratos.

Estos actos, por sí solos, impiden ver la aceptación tácita alegada por la demandante, dado que los actos de las demandadas siempre estuvieron dirigidos en no reconocer tarifas incrementadas, sin haber manifestado por ningún medio que después reconocería ajustes o pagos retroactivos, según los precios de la oferta de 26 de mayo de 2017, porque de ninguna manera hubo hechos de indudable ejecución -inequívocos- de un nuevo negocio, o una renovación con los precios propuestos.

6. En atención a los argumentos de la apelación, es cierto que la invitación a cotizar ES 17 001 09 no previó que, en caso de ganar Catering, se procedería necesariamente a suscribir un *otrosí* para que su oferta fuese aplicable, empero también es claro que ese mismo documento tampoco contempló un término para expresar la aceptación de la oferta y suscribir el contrato, paso que simplemente se omitió.

En esas condiciones, tal silencio sería suplido por el artículo 851 del C. de Co., el cual prevé que cuando la propuesta es por escrito, debe ser



aceptada o rechazada dentro de los seis (6) días siguientes “*a la fecha que tenga la propuesta, si el destinatario reside en el mismo lugar del proponente...*”. Por consiguiente, si así hubiese sido, Catering debió luego de ese término reclamar enfáticamente a las demandadas el cumplimiento de las condiciones que presentó en su oferta, cosa que no hizo, porque en oposición, durante varios meses continuó prestando el servicio sin variación de tarifas, conducta que dio lugar a entender, más bien, que las partes aceptaron tácitamente que continuarían bajo las mismas condiciones de los contratos DFA-01689-10 y DFA-02482-12.

7. Alrededor de esos aspectos, con los correos electrónicos de 6 de junio¹⁵, 24 de agosto¹⁶ y 26 de septiembre de 2017¹⁷, enviados por Catering a las demandadas, se observa que el primero es una simple información del precio de almuerzos y cenas, pero no una solicitud de cumplimiento, la segunda tampoco exige inexorablemente el pago de tarifas conforme a la oferta del 26 de mayo de 2017, antes bien, las expresiones siempre estuvieron dirigidas a justificar o tratar de convencer que era importante el aumento de precios y que se debería hacer un retroactivo para ajustar las tarifas, solicitando la “*comprensión en este tema*” y que quedarían atentos a una respuesta.

Si bien el correo de 26 de septiembre es más enfático en afirmar que los precios “*son los que fijamos en la licitación Mayo 2017 a abril 2018*”, el mensaje estuvo dirigido más bien a preguntar qué había pasado con los resultados de la licitación, porque no había ninguna respuesta, y ahí mismo Catering reconoció que había facturado a “*los precios del año anterior*”, expresiones que denotan la convicción de la proveedora en que las demandadas aún no habían aceptado su oferta, dado que no habría hecho esa pregunta si en realidad estaba aceptada dentro de los 6 días del artículo 851 del C. de Co., contados después de su oferta del 26 de mayo de 2017, las partes habían quedado vinculadas por un nuevo contrato de suministro en virtud de la aceptación tácita.

¹⁵ Folio 339, pdf: 05CuadernoPrincipal.

¹⁶ Folio 335-337, pdf: 05CuadernoPrincipal.

¹⁷ Folio 331, pdf: 05CuadernoPrincipal.



8. En lo atinente al desayuno especial, es verdad que en el numeral 8° de la invitación a cotizar, las demandadas solicitaron que los participantes ofertaran un desayuno, el cual es distinto al refrigerio a.m., dado que tienen horarios y precios distintos según se anotó en la síntesis de esa prueba, por lo cual Catering, en su oferta económica¹⁸, tarifó ese servicio en \$3.900, valor acerca del cual concuerdan las partes fue facturado y debidamente pagado, sin que exista ningún saldo pendiente sobre el particular.

Con todo, la inclusión de ese nuevo producto adicional no pudo implicar que las demandadas hayan aceptado que fuesen incrementadas las tarifas de las prestaciones que venían en ejecución, pues a más de no verse una conexidad inescindible entre ese nuevo desayuno y el asentimiento de la oferta, cabe reiterar que conforme a otras pruebas fue constante la negativa de las demandadas a asumir una conducta de aquiescencia frente a precios superiores, y por eso resulta inadmisibles considerar ese hecho como un acto inequívoco de aceptación tácita.

A lo sumo podría considerarse que las demandadas aceptaron la propuesta de desayuno especial por \$3.900, situación que de ningún modo puede extenderse a los otros servicios de suministro, precisamente porque hay actos de las demandadas que denotan su negativa a prestar su consentimiento en tal sentido.

9. Similar conclusión cumple derivar de auditorías e implementación de un sistema biométrico en la prestación del servicio, dado que son cuestiones de calidad que pueden rodear el vínculo contractual, bien sea que se haya pactado de manera escrita o verbal, además de que el referido sistema biométrico no fue explicitado en la invitación a cotizar, sin que esos hechos permitan inferir como probable que las demandadas aceptaron el aumento de tarifas.

¹⁸ Folio 191, pdf: 05CuadernoPrincipal.



Es factible cavilar, como lo afirma la apelante, que la invitación a cotizar tiene las típicas características de una licitación, al tenor del artículo 860 del C. Co., y, por consiguiente, no se trataba de un mero sondeo de precios en el mercado, según fue mencionado por las demandadas en sus interrogatorios de parte y los testigos María Lucía Riaño Cárdenas y Víctor Manuel Suárez Julio. Y desde luego que una licitación debe ser seria y apropiada como todo trato precontractual de buena fe, so pena de generar perjuicios.

Sin embargo, aquí carece de acreditación probatoria una conducta de las demandadas que hubiese sido maliciosa o contraria a las sanas prácticas mercantiles, en el desenvolvimiento de los actos alrededor de la invitación a contratar que hicieron a varios destinatarios, entre esos la cedente de la actora, quien venía prestando el servicio de suministro de alimentos, conforme a unos contratos y las modificaciones que convinieron. Y reiterase, el silencio de aquellas de cara a la oferta, como viene de analizarse, no puede interpretarse como una aceptación tácita, de atender que fue algo bien distinto de la ejecución de actos inequívocos en tal sentido, amén de que la ley no prevé en parte alguna que en tratándose de licitaciones privadas similares a la de autos, la persona invitadora tenga que forzosamente expresar su negativa, a riesgo de entenderse celebrado el contrato ofrecido por uno o varios destinatarios.

10. En cuanto a los argumentos de la demandante alusivos a que continuó la facturación con tarifas antiguas porque la proveedora esperaba, de buena fe la suscripción de otrosí con pago retroactivo, según era habitual, de ningún modo puede ser de recibo, en tanto que, ya se dijo, faltó la prueba de actos inequívocos e inconfundibles de aceptación tácita por parte de las demandadas, según exige la ley y la jurisprudencia.

Con respecto a la alegación sobre confesión ficta de las demandadas por respuestas evasivas en sus interrogatorios (art. 205 del CGP), aun



así la demanda no prosperaría, dado que como se explicó, otras pruebas desvirtúan la aceptación tácita de la oferta (art. 197 del CGP), y aunque la representante de Fresenius Medical Care Colombia S.A. en algún momento dio a entender que la ganadora de la invitación fue la demandante, tan solo sería una expresión aislada que no se erige como confesión, pues a lo largo de toda su declaración fue enfática en que nunca se aceptaron las nuevas tarifas, ni pusieron en ejecución hechos inequívocos que hicieran suponer la aceptación tácita, en los términos del ya comentado art. 854 del C.Co.

Y ninguna transcendencia tiene el hecho de que Fresenius Medical Care Colombia S.A. fue la única que solicitó pruebas, pues acorde con el principio de la comunidad de la prueba, nada obsta para que la codemandada base su defensa en las que se hayan practicado en el proceso, con independencia de quién las pidió.

11. De otro lado, como razón adicional frente a los reparos de la apelante, cabe recordar que en materia de hermenéutica contractual y negocial, puede acudir a las interpretaciones hechas por las partes en otros contratos sobre la misma materia, o de la aplicación práctica que ellas hayan efectuado (art. 1622 del C.C.), pauta conforme a la cual en el asunto de autos la demandante y las demandadas coincidieron en que de tiempo atrás, siempre que había invitación a cotizar y continuaba Catering Gourmet con el suministro, suscribían un otrosí con el que fijaban nuevas tarifas, hecho que ratifica la negación de aceptación tácita, en la medida en que para ese tema era habitual la manifestación expresa, formal y convenida por las partes.

12. En resumen, ante la improsperidad de los reparos de la apelación, se confirmará la sentencia de primera instancia y se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandante, conforme al artículo 365, nums. 1º y 3º, del CGP.



DECISIÓN

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

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

El magistrado sustanciador fija como agencias en derecho de segunda instancia, la suma de \$2.500.000.

Cópiese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO

LIANA AIDA LIZARAZO VACA

MAGISTRADA

MARTHA PATRICIA GUZMAN ALVAREZ

MAGISTRADA

Firmado Por:

Jose Alfonso Isaza Davila

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Sala 018 Civil

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

Liana Aida Lizarazo Vaca

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

República de Colombia



*Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil*

**Sala 008 Civil
Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,**

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

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:

ef2f6b99c8e24f387a66ed5ec939676ec748974e183d11954549af55d8ffde64

Documento generado en 05/10/2021 04:23:51 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
SALA CIVIL

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	VERBAL
DEMANDANTE	:	ALFA CO LTDA
DEMANDADO	:	SUTEC SUCURSAL COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN	:	110013103 013 2021 00084 01
DECISIÓN	:	CONFIRMA
FECHA:		Cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el auto de 26 de abril de 2021, mediante el cual el Juzgado Trece (13) Civil del Circuito de Bogotá denegó el mandamiento de pago solicitado en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES:

Por intermedio de apoderado judicial, la empresa ALFA CO SAS., presentó demanda ejecutiva contra la Sociedad SUTEC SUCURSAL COLOMBIA S.A., con el fin de obtener de esta, el pago de siete (7) facturas:

- 1.- Factura FEA-72 por valor de \$113.258.141.
- 2.- Factura FEA-73 por valor de \$12.027.050.
- 3.- Factura FEA-74 por valor de \$23.588.169.

- 4.- Factura FEA-75 por valor de \$9.060.582.
- 5.- Factura FEA-92 por valor de \$61.404.124.
- 6.- Factura FEA-97 por valor de \$71.650.523.
- 7.- Factura FEA-100 por valor de \$46.708.375.

Mediante el auto apelado, el Juzgado de conocimiento negó la orden de apremio; decisión contra la cual, la parte actora interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL AUTO APELADO:

Para decidir como lo hizo, el Juzgado negó el mandamiento tras considerar que los documentos arrimados como títulos valores, carecen de las exigencias que señalan los artículos 772, 773 y numeral 2° del artículo 774 del Código de Comercio, por lo que expresó:

“En el caso bajo examen, algunas facturas báculo de la ejecución, carecen de la firma de la sociedad ejecutada y otras, contienen un sello, el cual, tampoco puede admitirse como firma. Pues a la luz del artículo 827 del Código de Comercio, la firma mecánica solo es aceptada en negocios en que la ley o la costumbre lo admitan, que en materia de títulos valores no es aceptada, en virtud a las disposiciones 621, 625, 626 y 627 ídem, la cuales indican la necesidad de la firma autógrafa o electrónica para que el deudor se obligue de manera autónoma y conforme al literalidad del título valor.

Por otro parte, tampoco aparece la fecha de recibido en cada una de las facturas, requisito necesario para contabilizar el término de la aceptación tácita que menciona el inciso final del artículo 773 Eiusdem”

ARGUMENTOS DEL IMPUGNANTE:

La parte actora replicó lo sostenido por el *a quo* y argumentó que el despacho no alude específicamente cuáles facturas carecen de firma de la sociedad ejecutada, y cuales otras contienen sello, por lo anterior es que se considera que no debió darse un rechazo de plano, sino una inadmisión de la acción ejecutiva conforme lo prevé el núm. 3 del art. 90 del C.G.P

Adicional a ello, refirió que, la totalidad de las facturas “se encuentra que en su totalidad están firmadas en el espacio que para ello ha establecido la preforma de la misma, sin que en ninguna de ellas se observe como mal asevera el Despacho que “contienen un sello, el cual tampoco puede admitirse como firma”, dado que el mismo, conforme se colige de la observación primaria de los documentos mercantiles, es para efectos de establecer la fecha de recibido, más, se reitera, no es para suplir la firma de aceptación de las Facturas referenciadas por parte de la sociedad pasiva”

“Ahora bien, si fuera el caso de que, en ausencia de firma, existiera el sello de la ejecutada estampado en las facturas como elemento de aceptación, aquel basta para la creación del título, pues así lo permite el art. 827 del Código de Comercio, y exactamente, el art. 621 de ese compendio, pues admite que la firma del creador del título puede suplirse por un signo o contraseña mecánicamente impuesto”

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

Por sabido se tiene que, para la viabilidad del mandamiento de pago, dada la naturaleza del proceso ejecutivo, en el que su objeto es la satisfacción de un derecho que aunque en

principio no es controvertido, el mismo debe estar contenido en un documento que satisfaga las exigencias que de manera general establece el artículo 422 del Código General del Proceso.

Empero, en el caso de la factura, el artículo 774 del Código de Comercio prevé, de manera especial, que la misma *“deberá reunir, además de los requisitos señalados en los artículos 621 del presente Código, y 617 del Estatuto Tributario Nacional o las normas que los modifiquen, adicionen o sustituyan, los siguientes:*

“1. La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.

“2. La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.

“3. El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura.

“No tendrá el carácter de título valor la factura que no cumpla con la totalidad de los requisitos legales señalados en el presente artículo. Sin embargo, la omisión de cualquiera de estos requisitos no afectará la validez del negocio jurídico que dio origen a la factura.

“En todo caso, todo comprador o beneficiario del servicio tiene derecho a exigir del vendedor o prestador del servicio la formación y entrega de una factura que corresponda al negocio causal con indicación del precio y de su pago total o de la parte que hubiere sido cancelada.

“La omisión de requisitos adicionales que establezcan normas distintas a las señaladas en el presente artículo, no afectará la calidad de título valor de las facturas.”

Véase que el artículo 773 del Código de Comercio no sólo exige la constancia de *“recibo de la mercancía o del servicio por parte del comprador del bien o beneficiario del servicio, en la factura y/o en la guía de transporte, según el caso, indicando el nombre, identificación o la firma de quien recibe, y la fecha de recibo”*, sino que adicionalmente establece que *“El comprador o beneficiario del servicio deberá aceptar de manera expresa el contenido de la factura, por escrito colocado en el cuerpo de la misma o en documento separado, físico o electrónico”*.

Es así como el precitado artículo establece dos formas de aceptación así:

a) Expresa. En el mismo documento, para lo cual basta la firma, al momento de la entrega de la mercancía, si la recibe directamente el comprador o beneficiario del servicio, o persona con idoneidad para contraer obligaciones a cargo de los mencionados; o posteriormente, de solicitarse su envío nuevamente, pues en todo caso el original lo conserva el vendedor o prestador del servicio (art. 685 c.co).

También podrá aceptarse mediante escrito separado, en este último evento el núm. 6 inc. Final del art. 5 del Decreto 3327 señala que no se podrá alegar falta o indebida representación.

b) Tácita. Tiene lugar cuando no mediando aceptación expresa, el comprador o beneficiario del servicio dentro de los 10 días calendario siguientes a recibir la factura no presente reclamación en

contra de su contenido, ya con la devolución de la misma y sus documentos, o mediante reclamo escrito dirigido al emisor. En ese evento se considerará la factura “irrevocablemente aceptada” por el comprador o beneficiario del servicio (inc. 3 del art. 773 ib.); además de ser considerada frente a terceros de buena fe exenta de culpa que el contrato que le dio origen ha sido debidamente ejecutado en la forma estipulada (inc. 1 art. 773 ib.).

En igual sentido, el artículo 5° del Decreto 3327 de 2009 prevé, en su numeral 3°, que *“En el evento en que operen los presupuestos de la aceptación tácita, el emisor vendedor del bien o prestador del servicio deberá incluir en la factura original y bajo la gravedad de juramento, una indicación de que operaron los presupuestos de la aceptación tácita, teniendo en cuenta para el efecto la fecha de recibo señalada en el numeral anterior”*.

Descendiendo al caso sub-lite, se advierte que los instrumentos allegados como fuente del recaudo ejecutivo, facturas FEA-72, FEA-73, FEA-74, FEA-75, FEA-92, FEA-97 Y FEA-100, carecen, de los presupuestos especiales exigidos por la ley para que pueda admitirse a trámite la acción cambiaria acá promovida.

Nótese cómo, las facturas FEA-72, FEA-73, FEA-74, FEA-75, FEA-97 Y FEA-100, no contienen la identificación o firma del encargado de recibirla, pues en tales cartulares tan sólo obra la constancia de un sello “SUTEC” y la imposición de un fechador, que, de más, no se torna legible, pues no permite identificar la fecha en que los mentados cartulares fueron recibidos.

Ahora, frente a la Factura FEA-92, si bien, en el nombre del encargado de recibir la factura se insertó “Omar Enrique Duarte

Mora”, lo cierto, es que el sello de la demandada “SUTEC”, se insertó en el espacio de firma autorizada de ALFA CO SAS, con la imposición de un fechador, sin que sea posible identificar la fecha allí insertada

Acontece entonces que, de las facturas allegadas, no se puede colegir la fecha de recibido, luego, no se cumple el presupuesto para que opere la aceptación tácita, pues en todo caso no existe la aceptación expresa de persona con capacidad para obligar a la ejecutada.

Así las cosas, al carecer de firma, nombre o identificación de la persona que las recibió, no se puede estimar satisfecho el requisito al que alude el numeral 2 del art. 774 del C. de Co, porque a pesar de admitirse en el art. 827 ib. La firma por medio mecánico en los negocios que la ley o la costumbre lo admitan, tal como lo alega el opugnante en sus reparos, en este caso, se exige la firma de la persona que recibe la factura, no de la empresa, que además se ignora tiene autorizado este medio.

Sobre este tópico, la Corte Suprema de Justicia ha referido:

“4.2.- En criterio de la Sala, el señalado artículo 827 no corresponde a una norma aplicable para el estudio de la validez y naturaleza de títulos valores, pues en la estructura de la codificación comercial dicho canon hace parte de las generalidades que corresponden a los contratos y las obligaciones mercantiles, es decir, a aquellos negocios jurídicos que son anteriores a la creación o a la transferencia de un título valor.

Obsérvese que, de acuerdo con lo previsto en el numeral 12 del artículo 784 del estatuto mercantil, el legislador distinguió el negocio jurídico, del título

valor; en tanto que dispuso como excepción de la acción cambiaria, precisamente aquellas circunstancias derivadas del propio negocio jurídico.

4.3.- En todo caso y, en gracia de discusión, si la norma estudiada fuera aplicable, debería igualmente observarse que el sello impuesto, per se, no es una firma, ni tampoco aceptación de la factura. Se trata exclusivamente de la evidencia de entrega material del título.”

Puestas de esta manera las cosas, se confirmará el proveído apelado, pues ningún reproche puede merecer la negativa que allí se dispuso del mandamiento de pago solicitado.

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

RESUELVE:

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

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

NOTIFÍQUESE,

LIANA AIDA LIZARAZO V.

Magistrada.

Firmado Por:

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
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: **00c4aff7ee736543ff72ecacf22f2b3577473de13a869d5a9c6abf12a7eadbcb**

Documento generado en 04/10/2021 03:26:53 p. m.

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Ponente: Martha Patricia Guzmán Álvarez.

Verbal de Aig Insurange Company China Limited Shenzhen Branch contra Tanques y Camiones SA y Serlogística OTM SAS Rad.110013103016 2013-00535-01

Bogotá DC, treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado en Sala de treinta (30) de septiembre dos mil veintiuno (2021).

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019 por el juez 49 Civil del Circuito de esta ciudad.

I. ANTECEDENTES

1.1. AIG Insurange Company China Limited Shenzhen Branch presentó demanda contra Tanques y Camiones S.A. y Serlogística OTM S.A.S., con el fin de que se declare: i) que es “subrogatoria legal” de TCT Mobile International Ltd., en virtud de la indemnización cancelada por la pérdida o falta de entrega de 14.000 teléfonos celulares "one touch 602, con batería de litio, de varias referencias, ocurrida durante su transporte de Hong Kong a Bogotá;

que las demandadas son solidaria y civilmente responsables, por la pérdida de los referidos celulares, en virtud del contrato de transporte multimodal celebrado con Comcel S.A., como expedidor y consignatario, y Serlogistica OTM S.A.S., en su calidad de operador de transporte multimodal.

En consecuencia, condenar a las demandadas a pagar i) US \$848.160,00, o su equivalente en pesos colombianos, a la tasa representativa del mercado el día del pago, por concepto de indemnización cancelada a su asegurada por la pérdida de las mercancías mencionadas (monto que estimo bajo juramento); ii) el dinero necesario "para compensar la depreciación monetaria que se produzca del valor indicado en la pretensión tercera, entre la fecha de la indemnización, y la de la sentencia, la cual estimo bajo juramento, en el 4% anual, el cual se debe actualizar al momento de la sentencia". ii) los intereses correspondientes, desde que pagó la indemnización hasta la sentencia.

1.2. Como fundamento de las pretensiones, narró que suscribió la póliza anual de carga marítima No. EM66790180, con TCL Communication Technology Holdings Ltd., o TCT Mobile Europe S.A.S., o TCT Mobile North America Limited Liability Company, o TCT Mobile Telephones Ltda., u otras compañías subsidiarias y asociadas, para asegurar teléfonos móviles y otros dispositivos móviles a nivel mundial, excepto traslados hacia o desde Burma - Myanmar, Cuba, Irán, Sudan, tránsito en todo México y Francia (incluye el viaje de Francia a los países europeos) y los EE UU. (sujetos a las políticas locales admitidas), traslados en China, desde Huizhou de china hasta Hong Kong, o por todo Hong Kong, y desde Hong Kong hacia Huizhou de China, con un límite de USD3.000.000.00.

El 11 de junio de 2012 TCT Mobile International LTD., vendió a Comunicaciones Celular Comcel S.A., 14.000 teléfonos celulares de diferentes referencias por US \$775.600 según las facturas Nos. 400085487 y 40085488 de 11 de junio de 2012. Esa mercancía fue empacada en 14 pallets y embaladas en el contenedor de 20 pies No. CMAU1950947.

El 15 de junio de 2012 Serlogística OTM S.A.S., expidió el Documento Andino de Transporte Multimodal Internacional No. M0004328MDE, correspondiente al traslado del referido contenedor desde el puerto de Hong Kong hasta Bogotá. Serlogística fungió como operador de transporte multimodal y Comcel S.A., como expedidor y consignatario de las mercancías. La Dirección de Aduanas Nacionales - DIAN, en Buenaventura autorizó la continuación de viaje del contenedor hasta la Zona Franca de Bogotá.

El 25 de junio de 2012 Serlogística celebró contrato de transporte terrestre con Tanques y Camiones S.A., este último en calidad de transportador, para el traslado del contenedor entre Buenaventura y Bogotá. Según el Manifiesto Electrónico de Carga No. 006200029898 y remesa No. 002-018078.

El 26 de julio de 2012 Héctor Darío Clavijo Abello, conducía el vehículo de placas SNQ-502, marca internacional, color amarillo, que llevaba el contenedor de 20 pies, desde Sabaneta-Antioquia a Bogotá, sin embargo, cuando iba por la vía del municipio de la Paila, fue víctima del hurto del vehículo y la mercancía. El 28 de julio siguiente, el conductor presentó la denuncia ante la Fiscalía.

El 13 de agosto de 2012 Incomar Ajustadores Ltda., expidió con destino a Chartis Seguros Colombia Ltda., el reporte de ajuste.

El 9 de octubre de 2012 TCT Mobile manifestó a Serlogística OTM S.A.S. que "continuando" con el reclamo del siniestro, reportado como desaparecido por Sunrise Cargos S.A., DB Schenker Colombia, el 26 de julio de 2012, TCT International como consignatario del material en relación, concluyó que Serlogística era responsable del incumplimiento del contrato de transporte representado en la remesa terrestre No. 002-018078.

Por esos hechos indemnizó a TCT Mobile International limited, a quien pago la suma de US\$848.160, por la pérdida de los 14.000 teléfonos celulares.

1.3. Tanques y Camiones SA, se opuso a las pretensiones de la demanda, y excepcionó: "*inexistencia de la obligación por falta de solidaridad*" alegó, en síntesis, que el hurto de la mercancía, es un caso fortuito o fuerza mayor, y que las pruebas demuestran que la empresa cumplió los protocolos de seguridad, de manera que no puede considerarse que es solidariamente responsable.

Serlogística OTM S.A.S. también se opuso a las pretensiones de la demanda y presentó las excepciones que denominó: "*prescripción de la responsabilidad del OTM*."

Se llamó en garantía a Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., por Tanques y Camiones SA quien se opuso a las pretensiones, y presentó como excepciones frente al llamamiento: "*vinculación de la llamada en garantía por fuera del término de la suspensión del proceso por 90 días*", "*falta de legitimación en la causa por pasiva*",

"limite del valor asegurado". "deducible", "inexistencia de relación contractual entre el asegurado Tanques y Camiones S.A. y Comcel S.A.", "limitación de responsabilidad del operador de transporte multimodal", "falta de cumplimiento de las condiciones para la atención de siniestros obligaciones a cargo del tomador o asegurado", "excepciones de fondo de oficio. Defensas relacionadas con la demanda principal: "falta de legitimación en la causa por inexistencia de relación contractual entre el asegurado Tanques y Camión S.A. y Comcel S.A.", "limitación de responsabilidad del operador del transporte multimodal " y "prescripción".

La Previsora S.A., llamada en garantía por Serlogística OTM SA formuló frente al llamamiento en garantía las excepciones que denominó: *"prescripción de la acción derivada del contrato de transporte multimodal, "limite indemnizatorio con base en lo pactado en la póliza de responsabilidad civil contractual y extracontractual para OTM No. 1001813, "falta de legitimación en la causa por activa en cabeza de la sociedad demandante por haber acreditado su condición de tenedor legítimo de las mercancías amparadas con el documento Andino de Transporte Multimodal Internacional (D.A.T.M.) No. M0004328M de expedido en la ciudad de Cali (Colombia) el 15 de junio de 2012, "limite indemnizatorio derivado del contrato de transporte multimodal por no haber aportado original o copia original de D.A.T.M. el valor reclamado allí señalado no opera por ausencia de dicho documento original", "no operancia del llamamiento en garantía por vencimiento del término legal de 90 días para la notificación personal de la sociedad llamada en garantía".*

1.4. Sentencia.

El juzgado de primera instancia negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte demandante, por considerar, en síntesis, que no acreditó los presupuestos de la subrogación, en concreto, el pago de la indemnización, pues no aportó una prueba fehaciente del mismo, en tanto que los documentos allegados en copia simple, junto con la traducción del interprete oficial, a más de no poder ser valorados porque no fueron autenticados, en realidad no acreditan que ese pago se hizo por la compañía actora.

Frente al tema, refirió que en este caso las normas aplicables son los artículos 253 al 268 del Código de Procedimiento Civil, y no las normas del Código General del Proceso, porque el nuevo estatuto entró a regir en enero de 2014; concluyó que la presunción de autenticidad de los documentos prevista en el artículo 244 del CGP, no aplica en este evento. Sin embargo, precisó que así fueren valorados los documentos traducidos, de todas formas no demuestran el referido pago de la indemnización, porque "*no revelan quien o quienes*" lo hicieron. La carta de deliberación y subrogación, solo resulta ser una comunicación relacionada con esa figura pero no advierte una certificación de pago. Agregó que como se trata de un documento de contenido declarativo y dispositivo, debió ser allegado en original (art. 277 del CPC).

En consecuencia, no se cumplen con los supuestos de la acción, los elementos axiológicos de la subrogación, tampoco se atendieron las exigencias del ordenamiento procesal, por lo que procedía la negativa de las pretensiones de la demanda, sin que

fuera necesario estudiar las excepciones propuestas por las demandadas y llamadas en garantía.

1.5. Recurso de apelación.

La parte demandante en la oportunidad prevista por el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 en resumen sustentó el recurso interpuesto así,

a.- Los documentos aportados en primera instancia y en esta, se demuestran plenamente el pago de la indemnización mediante transferencia bancaria a TCT Mobile International Limited, por tanto los requisitos de la subrogación están acreditados.

b.- Considera que la normatividad aplicable en materia de pruebas es la del Código General del Proceso, pues estas se decretaron en su vigencia, por auto de 25 de mayo de 2017, por tanto conforme lo prevén los arts. 260,261y 262 del CGP con base los documentos públicos y privados aportados en copia se presumen auténticos.

c.- Se refirió a los hechos de la demanda y excepciones propuestas por las demandadas, en atención a la Interpretación Prejudicial realizada por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, y expuso las razones por las que estima su improcedencia, en consecuencia solicitó se acceda a las pretensiones de la misma.

Los apoderados de la compañía Tanques y Camiones, Mapfre Seguros Generales de Colombia SA y la Previsora SA Compañía de Seguros, recorrieron el traslado exponiendo cada uno las razones

por las cuales la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

II. CONSIDERACIONES

2.1.- En los términos del artículo 328 del CGP se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante el que se circunscribe a establecer si: **i)** AIG Insurance Company China Limited Shenzhen Branch es “*subrogataria legal*” de TCT Mobile International Ltd., en virtud de la indemnización cancelada por la pérdida o falta de entrega de 14.000 teléfonos celulares "one touch 602, con batería de litio, de varias referencias, ocurrida durante su transporte de Hong Kong a Bogotá; **ii)** las demandadas son responsables civil y extracontractualmente, por la pérdida de los referidos celulares, en virtud del contrato de transporte multimodal celebrado con Comcel S.A., como expedidor y consignatario, y Serlogística OTM S.A.S., en su calidad de operador de transporte multimodal; **iii)** en consecuencia quedan obligadas pagar: **a)** US \$848.160,00, o su equivalente en pesos colombianos, a la tasa representativa del mercado el día del pago, por concepto de indemnización cancelada a su asegurada por la pérdida de las mercancías mencionadas; **b)** el dinero necesario “para compensar la depreciación monetaria que se produzca del valor indicado en la pretensión tercera, entre la fecha de la indemnización, y la de la sentencia; **c)** los intereses correspondientes, desde que pagó la indemnización hasta la sentencia.

2.2.-Subrogación del asegurador.

Acorde con lo previsto por el primer inciso del artículo 1096 del C de Co. *"El asegurador que pague una indemnización se subrogara, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero estas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado"*.

De manera que, para el éxito de la pretensión subrogatoria formulada por el asegurador, se requiere¹: **i)** la vigencia de un seguro en el momento del siniestro; **ii)** la indemnización del daño causado por el siniestro y **iii)** la identificación de un responsable civil de ese daño.

2.2.1.- Vigencia del seguro.

El origen legal de este tipo de subrogación se encuentra en un contrato vigente al momento del siniestro. El asegurador titular de la acción subrogatoria, está vinculado con la persona que ha sufrido el daño por un contrato de seguro que ampara el interés afectado por el siniestro, contra el riesgo que lo ha causado.

En el caso de autos se cumple el requisito, pues se allegó con la correspondiente traducción, copia de la póliza anual de carga marítima No. EM66790180, en la que funge como aseguradora Chartis Insurance Company China Limited, hoy AIG Insurance Company China Limited Shenzhen Branch, y como asegurado TCL

¹ CFR. Ossa G., J. Efrén, Teoría General del Seguro, El Contrato, Editorial Temis, 1991, pag. 190-191.

Communication Technology Holdings Ltd &/o TCT Mobile Europe S.A.S. &/o TCT Mobile International Limited u otras subsidiarias y compañías asociadas con los asegurados mencionados, con vigencia del 1° de julio de 2011 al 30 de junio de 2012; bienes asegurados: "*teléfonos celulares, teléfonos móviles , adaptadores inalámbricos, tarjetas de datos, teléfonos inalámbricos fijos, tabletas PC y otros dispositivos móviles, repuestos, equipos y mercancía devuelta de los equipos anteriormente mencionados y kits de comercialización.*"; Límite de responsabilidad del viaje: USD \$3.000.000.00 por transporte según lo acordado.

“Alrededor del mundo excluyendo embarques desde Burma,(Myanmar), Cuba, Irán, Sudán

Tránsito interno en <México, Francia (sujeto a política local admitida).

Tránsito interno en China.

Huizhou en China Hong Kong y/o tránsito interno en Hong Kong.”

Duración del riesgo: desde el momento en que las mercancías son empacadas para despacho en el primer medio de transporte; las paradas intermedias quedaron automáticamente cubiertas por el tiempo que durara el curso ordinario del tránsito y terminaba con la descarga y entrega de la mercancía al destinatario final.

2.2.2. - Pago.-

Con la indemnización efectiva del daño asegurado se integra el título de la subrogación legal.

Por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha establecido en relación con la procedencia de la subrogación de que trata el artículo 1096 del C de Co. que esta se materializa por la existencia de **un pago válido en virtud del convenio**, lo que implica además probar que se efectuó en los términos previstos por el contrato de seguro; y que se hizo a la persona legitimada para recibirlo (art. 1634 del CC)²

“La referida prueba de la entrega de lo debido a la persona facultada para recibirlo, puede provenir bien del acreedor, o bien de un tercero por intermedio del cual se hubiere cursado el pago (transferencia bancaria) o al cual le conste la convención extintiva, con plena libertad de medios.

*En caso de que la entrega del dinero o en general de lo debido se efectúe en favor de sucesores a título singular; de terceros autorizados o diputados para recibir, o de poseedores del crédito, deberá probarse igualmente la legitimación de quien recibe.”*³(lo resaltado ajeno al texto).

2.2.3.- Se aportó en primera instancia con la correspondiente traducción **a)** copia del aviso de liquidación de reclamación expedido por Chartis Insurance Company China Limited Claims del 22 de octubre de 2012 dirigido a TCL Communication Technology Holdings Limited, que corresponde a la **reclamación No. 0310596-03-A**; No. de **póliza EM66790180**; Asegurado TCT Mobile International Limited; fecha del siniestro 2012-07-26; tipo de siniestro, pérdida de la carga debido a robo, falta de entrega, por el cual aceptó liquidar

² Precisiones tomadas de la sentencia SC0003 MP. Jesús Vall de Rutén Ruiz, de 14 de enero de 2015.

³ SC0003 MP. Jesús Vall de Rutén Ruiz, de 14 de enero de 2015.

la reclamación por valor de USD \$848.160 y se adjuntó formulario para firmar y sellar con número de cuenta bancaria.

b) Carta de aceptación de la liquidación para el Departamento de Reclamaciones- Chartis Insurnace Company China Limited, del 23 e octubre de 2012, en esta se confirma por TCT Mobile International Limited la aceptación de la liquidación por valor de USD \$848.160.00 como pago final y total por la reclamación; solicita el envío del pago a la cuenta **No. 502-861339-274 del Banco HSBC, sucursal Hong Kong.**

Agrega que, al recibir el pago eximirá y liberará a la compañía de seguros, a sus agentes y/o representantes de todas las reclamaciones, demandas u obligaciones por le siniestro mencionado (pérdida de la carga debido a robo, falta de entrega), se comprometió también a permitir se presentara cualquier litigio, arbitraje o acciones diferentes del litigio, respecto de ese asunto y de ser necesario asistir en esos procedimientos de cualquier forma que se les pueda pedir.

c) Carta de exención y subrogación, del 23 e octubre de 2012, destinatario: Departamento de Reclamaciones _ Chartis Insurance Company China, mismo asunto **reclamación 031059603**, en la que con ocasión de la liquidación efectuada por la compañía de seguros acepta que se subrogue en todos sus derechos de recuperación por cuenta de todas y cada una de las pérdidas o datos de los transportadores y de cualquier otra embarcación, persona o compañía que pueda ser responsable por estas.

d) En esta instancia adicionalmente se allegó⁴ en cumplimiento a lo dispuesto en autos de 23 de octubre de 2019 y 9 de junio del año que avanza, soporte de lo que se conoce como mensaje Swift, con su respectiva traducción: Solicitud de transferencia de fondos (extranjera), de fecha 1º de noviembre de 2012.

2.2.4.- El a quo negó valor probatorio a esos documentos, de un lado por carecer de autenticidad y de otro porque a su juicio no acreditaban el pago.

Sobre este tópico, como lo señaló el recurrente, si bien la demanda se presentó en vigencia del código de procedimiento civil, no es menos cierto que, el artículo 624 del CGP dispone en su primer inciso que las leyes concernientes a la ritualidad y sustanciación de los juicios prevalece sobre las anteriores desde el momento en debe comenzar a regir.

Por su parte el artículo 625 ibidem, consagra las reglas de tránsito de legislación para los procesos ordinarios como el presente, indicando que en el auto que ordene las pruebas el juez debe convocar a la audiencia de instrucción y juzgamiento y a partir del auto que las decrete se tramitará con base en la nueva legislación.

Precisamente ante esta hipótesis nos encontramos, toda vez que por acuerdo PSAA15-10392 de primero (1º) de octubre de dos mil quince (2015) ,artículo 1º se dispuso que la entrada en vigencia del Código General del Proceso en todos los distritos judiciales del

⁴ Folio 19 Cuaderno del Tribunal.

país sería a partir del 1° de enero de 2016. En cumplimiento de estas disposiciones el a quo por auto de 25 de mayo de 2017 señaló fecha para la audiencia de que trata el artículo 373 id. y decretó las pruebas solicitadas por las partes.

En ese orden y para efectos de valorar los documentos atrás referidos ⁵. debemos acudir a los artículos 244, 245, 246, 250, 251,

⁵ En cuanto a este preciso tema, La Corte Suprema de Justicia en sentencia STC 14702 de 2019 MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo expresó: Frente a la valoración probatoria, esta Corporación ha tenido oportunidad de señalar:

«(...) en materia de pruebas, y específicamente de su valoración, la directriz sobre vigencia de la ley no es la misma, pues, a los medios ya decretados, practicados o incorporados, en punto a su valor persuasivo los cobija la nueva normativa, si aún no se ha surtido el acto de ponderación.

Efectivamente, el tema no es desconocido para la jurisprudencia de la Sala, SC de 21 de nov. de 1973, ya que cuando se hizo el tránsito del Código Judicial al C. de P. C., aconteció una situación análoga, a la que se respondió indicando que:

“El artículo 698 del C. de P. C. derogó la Ley 105 de 1931 y las disposiciones que la adicionan y reforman, y el 699 de la misma obra dispuso que dicho Código entraría en vigencia el 1° de julio de 1971, Dicha ley, por medio de la cual se expidió el Código Judicial, consagraba el sistema de la tarifa legal probatoria, el cual fue sustituido por el de la sana crítica, en los términos del nuevo Código. Por razón de este cambio en la apreciación de las pruebas, las practicadas antes de esa fecha, en los procesos en curso, deben ser valoradas judicialmente, por regla general, siguiendo las ordenaciones del nuevo sistema. Desde el punto de vista doctrinario, son distintas las leyes que regulan la solicitud, decreto y práctica de las pruebas, de las que sistematizan su apreciación y valoración en juicio. Y en el caso de estas últimas “la vigencia de la nueva ley es general y se aplica no solo a las pruebas de hechos ocurridos antes de ella, sino las allegadas al proceso y aun cuando hayan sido practicadas antes de entrar a regir” (H. Devis Echandía. Compendio de Derecho Procesal. Tomo 2°, pág. 131...) El artículo 699 del C. de P. C., como se dejó dicho, fijó la fecha de iniciación de la vigencia de la nueva ley procesal, y dispuso que “en los procesos citados antes...la práctica de las pruebas decretadas...se regirá por las leyes vigentes...cuando se decretaron las pruebas”, normación está que, como claramente se deduce del texto legal, roza con la práctica de las pruebas, más no con la regulación de su valor de convicción, al cual no se refiere el artículo. Por razón de regir la ley para el futuro y de carecer de efecto retroactivo, como nota el recurrente, la nueva ley es la reguladora del mérito probatorio de las pruebas practicadas antes de su vigencia. La ley anterior, como indica el artículo 699, rige su práctica, y la nueva su valor de convicción, con la circunstancia de que al disponer lo primero, el citado precepto, no puede entenderse lo segundo. El C. de P. C. no puede conocer de la práctica de hechos ocurridos antes de su vigencia, pero sí de su valoración, por lo dicho antes”.

La actualidad de esa tesis de la Corte sobre el valor de convicción de las pruebas bajo el lente de la nueva regulación se corrobora en el artículo 624 del Código General del Proceso, que toca directamente a las probanzas decretadas y practicadas a las que se aplica el C. de P. C., pero no a su mérito, que, siguiendo dicha doctrina, se rige por la novísima legislación» (Subrayado fuera de texto) (CSJ AC2250-2016, 18 Abr. 2016, exp.

253 del estatuto procesal vigente (ley 1564 de 2012), y es así como encontramos que los documentos de carácter dispositivo atrás relacionados (*literales a, b y c*) emanados de la compañía aseguradora demandante y la asegurada TCT Mobile International Limited aportados en copia, no fueron tachados de falsos ni desconocidos por la otra parte, luego gozan de la presunción de autenticidad.

Ahora, de los tan mencionados documentos, junto con el declarativo que obra a folio 19 del cuaderno de este Tribunal quedó demostrado el pago válido y efectivo que hiciera la demandante a su acreedora, la asegurada, toda vez que, en la carta de liquidación de reclamación, TCT Mobile International Limited indicó que el pago debía ser enviado a la cuenta **502-861339-274** del **Banco HBSC** sucursal **Hong Kong**, y el mensaje Swift (Solicitud de Transferencia de Fondos -extranjera-) de fecha 1° de noviembre de 2011, da cuenta de la transacción bancaria cuyo receptor o girado fue el **Banco HBSC**, por un monto de **USD 848.160.00**, remitente(campo 50^a) **Aig Insurance Company China Ltd.**, al beneficiario (campo 59^a) **TCT Mobile International Limited, número de cuenta 502861339274**, nombre y código del lugar donde reside el beneficiario: **Hong Kong**.

2.2.5.- Daño imputable a una persona diferente del asegurado.

Legitimada como se encuentra la compañía demandante, como subrogataria legal de la asegurada contra las personas

2013-02862-00 y 2014-00115-00).

responsables del siniestro, corresponde ahora, establecer si las demandadas Serlogística OTM SAS y Tanques y Camiones SA son civilmente responsables de la pérdida de la mercancía que TCT Mobile International Ltd. vendió a Comunicaciones Celular Comcel SA descrita en las facturas 400085487 y 400085488 de 11 de junio de 2012 empacada en 14 pallets y embaladas en un contenedor de 20 pies CMAU1950947.

2.3. Interpretación de la clase de responsabilidad demandada:

Sabido es, que en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra instituida la responsabilidad civil como una fuente de obligaciones, por cuanto se impone el deber de resarcir un daño o perjuicio cierto y directo causado a otro, producido por la conducta propia, o como consecuencia de las acciones de personas o cosas respecto de las cuales se tiene una posición de guardián.

De acuerdo con su origen, la responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, se verifica la primera cuando el daño es producido como consecuencia del incumplimiento o del cumplimiento imperfecto o retardado de las prestaciones condensadas en un negocio jurídico; y se materializa la segunda si el perjuicio es determinado por la infracción del deber objetivo de cuidado a cargo de los intervinientes en el tráfico jurídico.

A fin de corregir la imprecisión en que incurrió el agente oficioso de la demandante, en torno a la especie de responsabilidad civil demandada, necesario resulta para desentrañar su verdadero sentido y alcance interpretar la demanda, como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, en diferentes pronunciamientos, por

citar uno reciente SC 5193 de 18 de diciembre de 2020, en donde anotó:

“En lo relativo a la apreciación del libelo incoativo, esta Corporación tiene sentado que la «torpe expresión de las ideas, per se, no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda» . Con mayor razón, según en otra ocasión lo señaló, cuando la «intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho» (CSJ. Civil. Sentencias de 23 de octubre de 2004 (radicado 7279), de 19 de septiembre de 2009 (expediente 00318), y de 17 de octubre de 2014 (radicado 5923), entre otras muchas.)

La tarea de interpretar la demanda, además, garantiza caros principios. Entre otros, el libre acceso a la administración de justicia o tutela judicial efectiva y la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, bastiones todos del Estado Constitucional y Social de Derecho. El juzgador, por tanto, respetando la garantía fundamental a un debido proceso, se encuentra compelido a resolver de fondo el asunto disputado y a dar la razón a quien la tenga, sin que para el efecto pueda excusar silencios, oscuridades o insuficiencias del ordenamiento positivo (artículo 48 de la Ley 153 de 1887)”.

Pues bien, en el caso que ocupa la atención de la Sala, tenemos que las pretensiones se enmarcan en el ámbito de la responsabilidad civil contractual, no obstante en la demanda en su encabezamiento se indicó que se trata de responsabilidad extracontractual, y que en la pretensión primera reclamó la de declaratoria de responsabilidad civil de las demandadas sin especificar su naturaleza, en los hechos dejó en evidencia, que se trata de la contractual, cuando señaló el agente oficioso que la compañía Chartis Insurance Company China limited Shenzhen Branch hoy Aige Insurance Company China limited Shenzhen Branch, celebró contrato de seguros con TCL Communication Technology Holdings Ltd y/o TCT Mobile Europe SAS y/o TCT Mobile Limited y/o TCT Mobile SA de CV y/o TCT Mobile North America Limited y/ TMC Rus Limited Liability Company y/o TCT

Mobile Telefonos Ltda, y/o TCT Mobile Solution Suzhou Limited y/o TCT Mobile Communication Co Ltd y/o otras compañías subsidiarias y asociadas, de acuerdo con la póliza anual de carga marítima No EM66790180 para asegurar bienes consistentes en teléfonos móviles, adaptadores inalámbricos, tarjetas de datos, teléfonos inalámbricos, tablet PC, y otros dispositivos móviles con cobertura mundial.

Enseguida anotó que TCT Mobile International Ltd vendió a Comcel unos teléfonos celulares, y que Serlogística OTM SAS, como operador de transporte multimodal, expidió el documento Andino de Transporte Multimodal Internacional No.M0004328MDE correspondiente al traslado del contenedor de 20 pies con 14 pallets de teléfonos celulares y 14.000 teléfonos celulares One Touch 602^a con batería de litio de varias referencias entre el puerto de Hong Kong y Bogotá, el consignatario era Comcel.

Dijo además que Serlogística OTM SAS celebró contrato de transporte con Tanques y Camiones SA para el traslado del mencionado contenedor entre Buenaventura y Bogotá, y que en operación de este último traslado operó el siniestro -hurto- en virtud del cual se perdió la totalidad de la mercancía transportada.

En virtud de lo anterior, es evidente que el esquema fáctico es propio de una responsabilidad contractual y no extracontractual, que atribuye a las sociedades demandadas por la pérdida de la mercancía ocurrida durante su transporte entre el puerto de Hong Kong y Bogotá en desarrollo del contrato de transporte multimodal celebrado por Serlogística OTM SAS como operador de transporte multimodal y la consignataria Comcel.

Así las cosas, el análisis del presente asunto se verterá sobre el campo de la responsabilidad civil contractual.

2.4. Del contrato de transporte multimodal:

El Convenio de Ginebra de 1980, en su artículo 1.1., señala que el transporte multimodal internacional es aquel que involucra como mínimo dos modos distintos de transporte, existiendo de por medio un contrato de transporte multimodal en el cual el operador de transporte asume la responsabilidad total del traslado, desde un país hasta otro, de las mercancías que se le han entregado bajo su custodia⁶.

Este contrato cubre los momentos correspondientes desde que el operador de transporte se hace cargo de las mercancías, hasta que las entrega al destinatario; encontrándose en él tres momentos relevantes: i) la responsabilidad total que asume la persona denominada operador de transporte multimodal, aun cuando hayan intervenido portadores efectivos, siendo esta una de las características más importantes que diferencian el transporte multimodal de otras normativas que hacen referencia a algunos supuestos de combinación de modos, ii) como segundo elemento se encuentra la utilización bajo un único contrato de al menos dos modos de transporte distintos que cuenten con regulaciones propias, lo cual permite calificarlo como multimodal, y iii) el carácter internacional del contrato, en la medida que debe realizarse de un Estado a otro.

⁶ Díaz Moreno. A “El transporte Multimodal: obligaciones, derechos y responsabilidad en R. Illescas. Ortiz, Madrid 1997, página 54.

2.4.1. Para acreditar la existencia del contrato de transporte multimodal, se tiene que el 11 de junio de 2012 TCT Mobile International LTD., vendió a Comunicaciones Celular Comcel S.A., 14.000 teléfonos celulares de diferentes referencias por US \$775.600 según las facturas Nos. 400085487 y 40085488, allegadas con el libelo intruductorio⁷. Esa mercancía fue empacada en 14 pallets y embaladas en el contenedor de 20 pies No. CMAU1950947.

Posteriormente, el 15 de junio de 2012 Serlogística OTM SAS, expidió el Documento Andino de Transporte Multimodal Internacional No. M0004328MDE, correspondiente al traslado del referido contenedor desde el puerto de Hong Kong hasta Bogotá. Serlogística fungió como operador de transporte multimodal y Comcel SA, como expedidor y consignatario de las mercancías⁸, con la anotación final que la OTM, acepta los bienes e instrucciones “*con sujeción al contrato de transporte multimodal a menos que se indique lo contrario en el presente documento, son tomados a cargo en buen orden y condición aparente en el lugar de recibo para su transporte (...)*”.

Es importante mencionar que de acuerdo con la exigencia realizada en la Interpretación 546-IP-2019 de 4 de marzo de 2021, emitida para este proceso, el documento de transporte multimodal cumple con los requisitos establecidos en el artículo 3° de la Decisión 331 de 1993, amén de que el artículo 4° refiere que “*la omisión de uno o varios datos no afectará la naturaleza jurídica del documento de transporte multimodal*”.

⁷ Folio 41 cuaderno principal

⁸ Folio 21 cuaderno principal

2.4.2. Ahora bien, el artículo 1° de dicha normatividad internacional, define el contrato de transporte multimodal como aquél “*en virtud del cual un Operador de Transporte Multimodal se obliga por escrito y contra el pago de un flete a ejecutar el transporte multimodal de mercancías*”, y respecto del documento de transporte multimodal, puntualiza que constituye **“prueba la existencia de un contrato de transporte multimodal y acredita que el Operador de Transporte Multimodal ha tomado las mercancías bajo su custodia y se ha comprometido a entregarlas de conformidad con las cláusulas de ese contrato”**.

Igualmente, el artículo 5° *ibídem*, señala que los datos contenidos en el documento de transporte multimodal establecerán la presunción, salvo prueba en contrario, que el operador de transporte multimodal ha tomado bajo su custodia las mercancías, tal y como aparezcan descrita en dicho documento.

Por su parte, las Reglas UNCTAD/ICC en la Regla 2(6)⁹ señala textualmente que el documento de transporte multimodal es aquel que prueba un contrato de transporte multimodal, por lo que la función probatoria de dicho documento, en síntesis, es demostrar la existencia del pacto obligacional bilateral, situación de la además hizo gala imperativa el artículo 1.4. del Convenio de Ginebra, el cual, al definir el mismo señaló que “*se entiende el documento que hace*

⁹ En la Comunidad Andina de Naciones a través de la Decisión 331 de 4 de marzo de 1993, modificada posteriormente por la Decisión 393 de 9 de julio de 1993, con seguimiento preponderante de las Reglas de la UNCTAD/CCCI, se plasmó el régimen de transporte multimodal comunitario.

Estas “reglas” fueron emitidas por la UNCTAD, por la falta de entrada en vigencia del Convenio Internacional de Transporte Multimodal de Mercaderías de Naciones Unidas (Ginebra 1980). Se emitieron una serie de recomendaciones, que sin ostentar el carácter de normas imperativas, son utilizadas e incorporadas a los contratos de transporte sucesivo.

prueba de un contrato de transporte multimodal y acredita que el operador de transporte multimodal ha tomado las mercancías bajo su custodia y se ha comprometido a entregarlas de conformidad con las cláusulas de ese contrato”.

2.4.3. En conclusión, de lo ya expuesto, el documento de transporte multimodal es prueba idónea de la celebración de un contrato único de transporte multimodal, en el que el OTM, en este caso Serlogística SAS, se responsabilizó por el desarrollo del transporte de mercancías que le fueron encomendadas.

Ello por cuanto existe una presunción *iuris tantum*, que contiene el documento de transporte multimodal, de que el operador ha tomado bajo su custodia las mercancías tal y como se encuentran descrita en el mismo, por lo que en él se encuentra la obligación de entregar al beneficiario el género descrito en el estado y características que se hayan sido consignadas en el documento, análisis que corresponde al campo de la responsabilidad.

2.5. Responsabilidad:

El operador de transporte multimodal, como cualquier otro transportista, se compromete a lograr un resultado, es decir, trasladar las mercancías de un lugar a otro y además a entregarlas en el estado en que le fueron encomendadas, todo ello a cambio de una remuneración¹⁰; en virtud de ello, y como consecuencia de la obligación asumida, se debe entender que cualquier supuesto de

¹⁰ Broseta Pont, M. / Martínez Sáenz F. Manual de Derecho Mercantil. Tomo II, Tecnos, Madrid, 2008, página 201

daño, pérdida o retraso por la mercancía genera responsabilidad a cargo de dicho agente OTM¹¹.

El artículo 16 del Convenio de Ginebra de 1980, plantea una responsabilidad basada en la culpa o negligencia presunta del operador, pues refiere igualmente la responsabilidad absoluta del OTM, a menos que pruebe que tomó los cuidados que razonablemente se podían exigir para que se pudiera evitar el hecho dañoso.

Según las Reglas UNCTAD/ICC, el operador de transporte multimodal responde por todo el transporte, desde que las mercancías le son entregadas, y hasta que las entrega al destinatario de acuerdo con el sentido jurídico de las Reglas 2.8. y 4.3.

A su turno, el artículo 6° de la Decisión 331 de 1993, reseña también el periodo de responsabilidad del Operador de Transporte Multimodal, el cual abarca el lapso *“comprendido desde el momento en que toma las mercancías bajo su custodia hasta el momento en que las entrega”*.

2.5.2. Para el análisis respectivo, y como quiera que el OTM, dispuso el transporte terrestre de la mercancía en Colombia a través de la sociedad Tanques y Camiones SA, es necesario determinar previamente la eventual responsabilidad de este transportista.

¹¹ Górriz López C. El Contrato de transporte multimodal. Página 354 355

2.5.2.1. Conexidad de contratos:

El término de contratos conexos o coligados está referido a la consecución de un determinado resultado económico, lo cual lleva a celebración de dos o más contratos diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico, de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos (vigencia, cumplimiento, incumplimiento, interpretación) repercuten en el otro y viceversa¹².

La característica principal de los contratos coligados deriva de un fin común, el cual se perfecciona a través de dos o más contratos como unidad económica; es decir, cada uno constituye la causa del otro, y en conjunto conforman un compuesto útil y jurídicamente determinado a un mismo fin.

Como elementos esenciales de este tipo de vínculos convencionales se encuentra i) que exista pluralidad de contratos, es decir, que exista, al menos, dos negocios jurídicos ii) la existencia de un nexo funcional, lo cual significa que, los negocios deben estar encaminados a la consecución de un mismo resultado, también denominado como “finalidad económica supracontractual” iii) y por último, *“la coligación negocial no presupone, necesariamente, la coincidencia subjetiva de todas las partes, pero sí presupone la pluralidad de contratos”*, es decir, puede existir la conexidad, aun cuando las partes sean completamente distintas¹³.

¹² Bernad, R. (2010). A propósito de una pretendida teoría general de los contratos conexos. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*(720), 1447-1484.

¹³ Lorenzetti, R. (2001). Redes contractuales y contratos conexos. En C. Soto, J. De los Mozos, & A. Alterini, *Contratación Contemporánea. Contratos Modernos. Derecho del Consumidor* (págs. 113-179).

Sobre este tópico, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 18476 de 15 de noviembre de 2017, con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, acudió a la teoría de contratos coligados haciendo un recuento de los principales planteamientos de la doctrina extranjera, así como la jurisprudencia nacional, y analizó de manera puntual las repercusiones que tiene en esta institución un incumplimiento contractual. Definió que *“el coligamiento de contratos se da cuando hay lugar a la celebración de dos o más convenciones, cada una sometida a las normas que la regulan, y dirigida al fin que la caracteriza, pero que sirven a un propósito que las supera y arroja, cuyo logro sólo es posible, en virtud de su armonía conjunción”*.

En este sentido, en palabras del alto Tribunal, la definición de coligación depende, entonces, de la existencia de una causa o fin común, al cual se llega a través de la ejecución de dos o más contratos. Otros apartes importantes referente al tema, son los siguientes:

“Sin duda, si el querer de los contratantes es la obtención de un negocio cuya realización exige la celebración de una pluralidad de acuerdos de voluntad funcionalmente vinculados entre sí, se impone a ellos, en aplicación del comentado principio de la buena fe, adecuar su comportamiento a los señalados deberes relacionados con la idónea conformación y el adecuado funcionamiento del sistema, en tanto que, en el caso de los circuitos contractuales, su cumplimiento está directamente relacionado con el logro efectivo de la operación económica proyectada desde el inicio por los interesados.

(...)

En suma, el coligamiento de contratos impone a quienes integren la cadena por ellos conformada, el deber de atender las obligaciones propias de las convenciones conjuntadas y, adicionalmente, las que se derivan de la integración misma, entendida como sistema,

particularmente, las relacionadas con su adecuada conformación y su apropiado funcionamiento.

7.3. *Siguiendo el hilo de la cuestión como se trae, fácil es notar que cuando el incumplimiento atribuido a uno de los intervinientes en la red, versa sobre los compromisos concernientes con el sistema, ese comportamiento no es ajeno al desarrollo contractual, sino propio de él”.*

Lo anterior permite significar que el incumplimiento de uno de los agentes de los contratos afecta en cadena a los demás, por lo cual no puede analizarse ese comportamiento de manera aislada, sino propio del desarrollo contractual. Esto permite inferir, razonablemente, que la responsabilidad aquí demandada no se refiere en estrictez a un solo vínculo jurídico negocial, sino a la relación jurídica que puede estar conformada por varios contratos.

2.5.2.2. En virtud de lo anterior, la coligación de los contratos no puede analizarse de manera aislada e independiente, pues el nexo que los vincula produce una serie de efectos desde el punto de vista sustantivo y procesal, de lo cual *“se sigue que, por lo mismo, la acción mediante la cual se reproche al incumplido su conducta, cualquiera sea el deber que haya desconocido, ostenta el mismo linaje contractual”*¹⁴.

2.5.3. Con el fin de aplicar esta teoría al caso *sub examine*, es necesario definir ¿qué es un operador de transporte multimodal? La doctrina lo delimita como la persona jurídica que se obliga contractualmente a realizar el transporte de mercancías utilizando diversos medios, y entregarlas en el lugar de destino en el estado en el que fueron entregadas; la esencia de esta figura es la de ser quien

¹⁴ *Ibíd*em

ejecuta toda la acción compuesta de transporte, sin importar si lo realiza directamente o a través de terceros¹⁵.

También se define como toda persona natural o jurídica que, actuando como operador logístico, celebra un contrato de transporte multimodal en donde asume la responsabilidad ante el despachador y/o consignatario por el cumplimiento del contrato desde un origen a un destino, subcontratando los medios de transporte y operadores de carga a que haya lugar. Con el fin de llevar a cabo esta obligación se expide un solo documento de transporte llamado Documento de Transporte Multimodal (DTM)¹⁶

Es decir, el OTM, actúa como directo responsable del transporte de las mercancías, **sin que sea necesario que él ejecute directamente esta función**, pues la característica de este sujeto contractual no es esencia del ámbito transportista, sino de operador logístico; por esta razón *“el éxito de un operador de transporte multimodal radica en la facultad de coordinar toda la cadena de transporte, para satisfacer las intenciones señaladas por el cliente que solicita el transporte, encargándose no sólo del transporte sino también de otras operaciones, por ejemplo, aquellas relacionadas con la preparación de la mercancía, la gestión de la documentación, entre otras”*¹⁷.

Ahora bien, cuando el OTM, acude a un agente para realizar la entrega se conocerá este como un *“porteador efectivo”* el cual es la *“persona que efectivamente ejecuta o hace ejecutar el transporte, o*

¹⁵ Padilla González R. Transportes en GJ Jiménez Sánchez. Lecciones de Derecho Mercantil. Madrid 2008. Página 547.

¹⁶ Osorio, H (2009). Transporte Multimodal.

¹⁷ López Rueda FC La Función de los Puertos, página 206

parte de éste, sea o no el operador de transporte multimodal”, de acuerdo con la regla 2.3. de la UNCTAD/ICC.

Ahora, si bien la Regla 4.2. la UNCTAD/ICC, en concordancia con el artículo 7° de la Decisión 331 de 1993, refiere que el operador de transporte multimodal responde por las acciones y omisiones de los terceros a los que haya subcontratado, ello no impide que el acreedor del contrato multimodal dirija la acción contra el porteador efectivo [o tercero] cuando sea responsable del hecho dañoso. Sobre el particular la doctrina ha referido lo siguiente:

*“En todo caso, no hay que olvidar que el acreedor del transporte tiene la posibilidad de iniciar una acción en el caso de que el porteador efectivo sea responsable del hecho dañoso. Ciertamente la relación que existe entre el operador de transporte multimodal y el porteador efectivo, generalmente se sintetiza en un contrato de transporte unimodal, en el que el primero se tendrá como cargador y por ende acreedor de la obra de transporte. En consecuencia, en caso de pérdida o daño y retraso a las mercancías, el porteador efectivo responde **contractualmente**”¹⁸.*

2.5.3.1. Con fundamento en lo anterior, la Sala realizará el análisis de responsabilidad desde el ámbito del contrato de transporte multimodal, así como del vínculo unimodal existente entre la OTM y su agente terrestre, pues ambos negocios jurídicos componen una red indivisible que persiguen un mismo fin contractual, es decir, son contratos coligados.

En este sentido, **Serlogística OTM SAS**, como operador de transporte multimodal, celebró contrato de transporte terrestre con **Tanques y Camiones SA**, como transportador, para el traslado del contenedor de 20 pies No. CMAU1960947 entre las ciudades de

¹⁸Górriz López C. El contrato de transporte multimodal, páginas 367-368.

Buenaventura y Bogotá, con destino a la Zona Franca de Bogotá SA, de conformidad con el manifiesto de carga número 006200029898 y Remesa número 002-018078, expedidos por el transportador.

El contenedor en mención fue cargado con 14 pallets de teléfonos celulares en el vehículo de placas SNQ502, marca internacional, color amarillo, conducido por el señor Héctor Darío Clavijo Abello.

El 26 de julio de 2012, a la hora de las 9:00 am, cuando el vehículo en mención transitaba por la vía del municipio de La Paila que conduce a Armenia, el conductor se comunicó con uno de los escoltas quien le manifestó que se encontraba varado por una llanta, y en tal escenario de espera, arribaron unos sujetos armados desplazados en un vehículo tipo motocicleta, quienes le obligaron a dirigirse a un potrero, hurtándose el camión con la mercancía que transportaba, hechos que fueron denunciados ante la Fiscalía General de la Nación, tal y como fue acreditado junto con la demanda.

2.5.3. Ahora bien, de acuerdo con los artículos 9 y 11 de la Decisión 331 de 1993, modificado por el artículo 6° de la Decisión 393 de 1993, dispone que el operador de transporte multimodal queda eximido de responsabilidad, es decir, no será responsable de la pérdida, el deterioro o retraso en la entrega de las mercancías, si prueba que el hecho que ha causado tales pérdidas, tal deterioro o retraso ha sobrevenido durante ese transporte por una o más circunstancias expresamente señaladas en dicha normatividad, las cuales son:

1. Acto u omisión del expedidor, de su consignatario o de su representante o agente.
2. Insuficiencia o condición defectuosa del embalaje, marcas o números de las mercancías.
3. Manipuleo, carga, descarga, estiba y desestiba de las mercancías realizadas por el expedidor, el consignatario o por su representante o agente.
4. Vicio propio u oculto de las mercancías
5. Huelga, lock-out, paro o trabas impuestas total o parcialmente en el trabajo y otros actos fuera del control del Operador del Transporte Multimodal, debidamente comprobados.

En el caso en contrato, la Sala se concentrará en la excepción número cinco, la cual fue definida en la interpretación rendida ante este proceso por el Tribunal de la Comunidad Andina, como *“todos aquellos actos sobrevenidos e inesperados sobre los que el operador no tenga un control objetivo y real, es decir, son actos cuya realización no se encuentra bajo la esfera del control del operador”* dentro de los cuales se incluyó el caso fortuito o fuerza mayor, o hecho exclusivo y determinante de un tercero, elementos que deben ser imprevisibles e irresistibles para lograr la exoneración de responsabilidad, lo cual supone que el agente haya puesto toda la diligencia exigible, no sólo en su actuar normal, sino también prever y evitar la interferencia.

La sociedad Tanques y Camiones, agente transportista contratado por Serlogística OTM SAS, alegó como excepción de mérito la *“inexistencia de la obligación”*, fundamentada en que el hurto de la mercancía fue un caso fortuito o fuerza mayor, pues la transportista cumplió con todos los protocolos de seguridad para evitar el daño, sin embargo, esta excepción no está llamada a

prosperar, por cuanto las medidas no fueron suficientes ni proporcionadas frente al nivel de riesgo a los cuales se enfrentaba.

En cuanto al caso fortuito o fuerza mayor, que es una causa extraña, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

“(...) la obligación de conducción sanas y salvas de las mercancías o cosas a cargo del transportador, es una obligación de resultado porque su prestación comprende el comportamiento de conducción segura al sitio de destino, que al fin y al cabo es el resultado perseguido por la otra parte contratante y es su garantía frente al transportador, quien no puede exonerarse mediante prueba de diligencia y cuidado en la actividad transportadora, sino a través de las causas legales, convencionales válidas y eficaces, de exoneración de responsabilidad.

De allí que para el establecimiento de esta responsabilidad contractual solo sea necesario la demostración del contrato de transporte de carga (en el estado recibido) el transporte y la no entrega o entrega defectuosa de la mercancía, quedando a cargo del transportador para efectos de exoneración, la prueba de la causa legal o convencional correspondiente...”¹⁹.

En este orden, los motivos que exoneran la responsabilidad del transportador según lo consagrado en el artículo 992 del Código de Comercio, son: que la causa del daño le fue extraña o que en su caso, se debió a vicio propio o inherente de la cosa transportada, y además que adoptó todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio o su agravación.

Dicho de otra forma, como la actividad de transporte es, a todas luces, peligrosa, constitutiva de riesgo, dicho canon se encarga de incluir la presunción de culpa de quien la explota, de suerte que sólo si se demuestra la ocurrencia de una fuerza mayor

¹⁹ Sentencia SC3862 de 2019. Emanada de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia

o de un caso fortuito, la culpa exclusiva del remitente, o el hecho de un tercero, además de haber adoptado todas las medidas razonables que hubiere tomado un transportador según las exigencias de la profesión para evitar el perjuicio, es posible absolver de toda responsabilidad.

En el caso de particular del hurto, ha precisado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: *"(...) cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor", de suerte que "el robo, por sí sólo, no constituye fuerza mayor que exonere al transportador de responsabilidad (...)"*²⁰.

En este caso, la transportadora no demostró que el servicio de escolta se prestó de manera eficiente, pues únicamente acompañó al conductor uno de los dos escoltas que debían apoyarlo, pese a la necesidad del servicio completo por tratarse de una mercancía de alto riesgo. Ese acompañamiento debía ser coordinado por Serlogística OTM y Tanques y Camiones SA, quienes tenían la obligación de tomar todas las medidas razonables para evitar el daño, y por la OTM quien en virtud del contrato multimodal asumió la responsabilidad de custodiar las mercancías desde que las recibió hasta su entrega. EstO último punto tampoco fue discutido, ya que la única excepción de esa demandada fue la prescripción.

En interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la OTM, se precisó respecto a estas obligaciones lo siguiente:

"(...) nuestras obligaciones puntuales, presentar la debida documentación ante la autoridad aduanera, coordinar con la

²⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 6 de enero de 1982.

compañía de transporte la asignación de un vehículo óptimo, y en las condiciones correctas para el traslado de esa mercancía, hacer un cargue efectivo de camión coordinar la asignación de los escoltas y un tránsito con los debidos reportes durante su recorrido al destino”.

Nótese, de otro lado, que el conductor del vehículo, Héctor Darío Clavijo Abello, dijo en su declaración que tuvo contacto solo con un escolta, que el otro nunca lo vio porque según le informaron iba adelante del tracto camión; testimonio que guarda relación con lo anotado en el "*Informe Hurto Serlogística OTM S.A.S. y Pizantex S.A.*" suscrito por el de Seguridad de Tanques y Camiones, según copia de ese documento aportado por la empresa transportadora con la contestación de la demanda. Textualmente se lee: "*[n]o hay información del segundo acompañante ya que el conductor informó que desde el inicio en Buenaventura solo iba con un acompañante vehicular el cual viajaba en un sprint blanco*"²¹.

Aunado a lo anterior, según lo anotado en la "*Investigación Hurto de Celulares Marca Alcatel entre el municipio de la Paila y Zarzal, sector de la Uribe en el departamento del Valle del Cauca; transportado por Tanques y Camiones y Escoltado por Cristal Cargos*", allegado en copia también por la empresa transportadora, el señor Luis Fernando Silva Valencia, en la entrevista que se realizó dijo que le solicitó a su compañero escolta, de apellido Veloz "*que lo cubra en el viaje informándole que ya en la otra empresa le habían dado un anticipo, ofreció facilitarle dinero para el viaje, indica que son \$100.000 y acordaron estar en continua comunicación para dar el reporte*"²².

²¹ Folio 127 cuaderno principal

²² Folio 163 cuaderno principal

En cuanto a la responsabilidad a cargo de Serlogistica, se resalta que según la copia del Convenio Operativo entre Operador de OTM Serlogistica & Sunrise Cargo S.A. Schenker, allegada con la contestación de Serlogistica; cuando se trate de mercancía de alto valor y riesgo, como en este caso, el operador de OTM, *“asignara vehículos de su propiedad y/o flota afiliada y/o terceros dotados con GPS, para aquellos casos que se trate de mercancías de alto valor y riesgo. Cuando la solicitud incluya servicio de acompañamiento, teniendo en cuenta, que éste se efectúa por mandato de Sunrise Cargo Schenker, la información relacionada con el servicio (nombre de compañía y datos de contacto de la persona que lo efectuará) debe ser suministrada por el ejecutivo de cuenta al Operador OTM por escrito al menos 4 horas antes de iniciar viaje. Una vez estos datos son suministrados, el Operador de OTM debe mantenerse en contacto con el proveedor de Servicio de Acompañamiento, para programar el plan de ruta, teniendo en cuenta las condiciones de las pólizas de seguro. El Operador de OTM, no podrá dar inicio al avance en ruta sin la previa coordinación del servicio con la compañía designada por Sunrise Cargo. si así lo hiciera será responsable solidario ante cualquier evento de siniestro que se pudiera presentar”*²³.

No se observa que la demandada Serlogistica se haya mantenido en contacto con el proveedor del servicio de acompañamiento o escolta, para programar el plan de ruta, siendo su deber antes de iniciar el viaje como se pactó en el convenio operativo acabo de reseñar.

Con todo, y pese a las medianas medidas de seguridad efectuadas por el OTM y su agente, lo cierto es que las mismas no

²³ Folio 229 y 230 del cuaderno principal

fueron proporcionales al nivel de riesgo y la cuantía transportada, es decir, y conforme la jurisprudencia del alto Tribunal ya reseñada, la demandada pudo evitar el daño a través de la adopción de medidas de seguridad, o el simple cumplimiento estricto de las ya consignadas en el convenio operativo, siendo en todo caso insuficientes para impedir la consumación del hurto.

2.5.3.1. En conclusión, la sociedad **Serlogística OTM SAS** y **Tanques y Camiones SA** son civil y solidariamente responsables por la pérdida de las mercancías, es decir, de los 14.000 teléfonos celulares de propiedad de la asegurada TCT Mobile International Ltd., frente a quien se subrogó la compañía demandante, por cuanto no probó adoptar medidas eficaces para evitar el hurto. En específico, dejaron de verificar que el servicio de escolta necesario para el traslado de este tipo de mercancías de alto riesgo se hubiese prestado eficientemente; no se verificó antes de iniciar el viaje de un adecuado servicio de escolta, por el contrario, quedó claro que solo uno de ellos custodió la mercancía, y, por último, no existió un adecuado seguimiento de GPS al vehículo siniestrado.

2.5.3.2. Cuantía del perjuicio:

El artículo 13 de la Decisión 331 de 1993, exige que en el documento andino de transporte multimodal se declare la naturaleza y el valor de las mercancías entregadas al OTM, para efectos de determinar el quantum del daño, y su consecuente reparación, sin que en ningún caso pueda ser superior al valor total de la mercancía (artículo 18 *ibidem*)²⁴.

²⁴ **Artículo 18.-** La responsabilidad acumulada del Operador de Transporte Multimodal no excederá de los límites de responsabilidad por la pérdida total de las mercancías.

Serlogística OTM SAS, como operador de transporte multimodal, expidió el documento Andino de Transporte Multimodal Internacional No. M0004328MDE correspondiente al traslado del contenedor de 20 pies con 14 pallets de teléfonos celulares y 14.000 teléfonos celulares One Touch 602^a con batería de litio de varias referencias entre el puerto de Hong Kong y Bogotá, el consignatario era Comcel, por un valor de USD\$ 771.288,00, suma última por la cual será condenada el OTM.

Como quiera que el contrato de transporte multimodal es de carácter internacional, y la mercancía fue avaluada en divisa extranjera, la orden de pago se hará bajo esta condición, tal y como lo permite el artículo 874 del Código de Comercio el cual refiere que “[l]as obligaciones que se contraigan en monedas o divisas extranjeras, se cubrirían en la moneda o divisa estipulada, si fuere legalmente posible (...)”.

2.6. Frente a la excepción de “prescripción de la responsabilidad del OTM”, formulada por Serlogística OTM SAS

De acuerdo con el artículo 22 de la Decisión 331 de 1993 “[s]alvo acuerdo expreso en contrario, el Operador de Transporte Multimodal quedará exonerado de toda responsabilidad en virtud de lo dispuesto en la presente Decisión si no se entabla acción judicial o arbitral dentro de un plazo de nueve meses contados desde la entrega de las mercancías o, si éstas no han sido entregadas, desde la fecha en que las mercancías hubieran debido ser entregadas o desde la fecha en que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10 párrafo final, la falta de entrega de las mercancías hubiere dado al consignatario el derecho a considerarlas perdidas”.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, señaló que dicho término “*es un plazo de prescripción de extinción de la acción*”, y se le aplican los supuestos de suspensión e interrupción previstos en la norma nacional que regule la materia.

2.6.1. El ordenamiento interno reconoce 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. Se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción*” (art. 2512 Código Civil), “*la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones*” (art. 2535 Código Civil).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso “[e]l término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez”. En este sentido, la interrupción civil de la prescripción tiene lugar en virtud del apremio que realiza el titular del derecho al deudor para exigir la obligación, que podrá ser por requerimiento privado y por escrito por una sola vez, cuyo efecto será el nuevo cómputo del término pues “*la interrupción, es la prescindencia de todo el tiempo de inercia corrido hasta entonces, de modo que el cómputo se reinicia, con posibilidad prácticamente indefinida de que se repitan los fenómenos, hasta que el término respectivo transcurra íntegro nuevamente*” (...)²⁵.

²⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia STC17213-2017

2.6.1.1. De acuerdo con el documento andino de transporte y el formulario 660 “*continuación de viaje*”, expedido por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, la mercancía debía ser entregada el 30 de julio de 2012, por lo cual, en línea de principio el plazo previsto en la norma andina vencía el 30 de abril de 2013.

Sin embargo, en el caso *sub lite* , mediante carta número 019105 de 30 de noviembre de 2012, **AIG Insurance Company China Limited Shenzhen Branch**, en su condición de subrogataria de **TCT Mobile International Limited**, requirió a **Serlogística OTM SAS** y a **Tanques y Camiones SAS** “*reclamo por el hurto de catorce (14) pallets conteniendo catorce mil (14.000) teléfonos móviles de varias referencias, embalados en el contenedor No. CMAU 1960947, ocurrido durante el transporte entre el Puerto de Hong Kong al Puerto de Buenaventura, con destino final Zona Franca de Bogotá*” por lo cual solicitó “*de conformidad con los artículos 987 del Código de Comercio, 8 y 9 de la Decisión 331 de la Comunidad Andina de Naciones, y demás normas concordantes y complementarias, el Operador de Transporte Multimodal está obligado a entregar las mercancías en el mismo estado en que las recibió y deberá responder por la pérdida total, parcial o avería. En consecuencia les solicitamos el pago de los dineros que **Aige Insurance Company Ltd.**, indemnizó a su asegurado*”²⁶.

En ese orden, de acuerdo con el artículo 94 *ibídem*, en concordancia con el artículo 22 de la Decisión 331 de 1993, el plazo previsto en dicha normatividad feneció el 1º de septiembre de 2013,

²⁶ Folio 251 cuaderno principal

y como quiera la demanda se presentó el 29 de agosto de esa misma anualidad, no operó el fenómeno extintivo.

2.7. Preclusión de las llamadas en Garantía Mapfre Seguros Generales de Colombia SA y La Previsora SA.

Ambas compañías de seguro excepcionaron que el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época de los hechos, establece que el trámite del llamamiento en garantía se rige por las normas de la denuncia del pleito y que el artículo 56 *ibídem*, por su parte, ordena que *“la citación se hará mediante la notificación del auto que admite la denuncia en la forma establecida para el auto admisorio de la demanda y el proceso se suspenderá desde la admisión de la denuncia, hasta cuando se cite al denunciado, y haya vencido el término para que comparezca; la suspensión no podrá exceder de 90 días”*.

Las normas procesales en comento, en efecto, instituyen de manera diáfana que el proceso se suspende por 90 días mientras se produce la vinculación del llamado en garantía, y vence el término que éste tiene para pronunciarse, por lo tanto, corresponde al Tribunal determinar si el término aducido en dicho canon normativo es preclusivo o no, y en caso afirmativo, si la vinculación del llamado en garantía por fuera de término pierde sus efectos.

Sobre el particular, la doctrina ha referido lo siguiente:

“Considerando que el denunciado puede quedar vinculado por la sentencia e imponérsele a él las obligaciones, debe garantizársele el pleno ejercicio de su derecho de defensa, y es por eso que a partir de la admisión de la denuncia y hasta por el término de noventa días que deben ser contados desde la notificación por estado del auto admisorio de ellas a las partes, se suspende la actuación dentro del

proceso con el fin de garantizarle que se presentará desde la iniciación misma de aquel y que gozará de plenas oportunidades, idénticas a las partes, en materia práctica de pruebas, alegatos, recursos, pues su oposición en materia de facultades procesales es similar a la de cualquiera de aquellas.

Si vencido ese plazo de noventa días no se ha logrado la citación del denunciado por alguno de los medios señalados en los artículos 315 a 320, con la sola objetiva constatación de la expiración del plazo, precluye la oportunidad para vincularlo al proceso, y ese se adelantará sin contar con la presencia del denunciado quien ya no se podrá vincular en la calidad mencionada (...)²⁷.

Conforme lo anterior, el término de 90 días señalado en el artículo 56 del Código de Procedimiento Civil, tiene carácter preclusivo, por cuanto dicha suspensión tiene como finalidad garantizar al denunciado, o llamado en garantía, el pleno ejercicio de su derecho de defensa, asegurándole que estará presente desde la iniciación del proceso con las mismas oportunidades y similares facultades que las de los demandados, incluso con la posibilidad de contestar la demanda, es decir, el hecho de la suspensión opera en cuanto al avance del proceso, por lo tanto, transcurrido dicho término, precluye la oportunidad para vincular al tercero.

Con todo, la materialización del plazo de caducidad establecido para obtener la vinculación al proceso no impone la pérdida del derecho correspondiente, por cuanto queda a salvo la posibilidad de que en proceso diferente y especialmente destinado para tal propósito se discuta esta relación jurídica, lo cual precisamente se pretende evitar con el llamamiento en garantía²⁸.

²⁷ Procedimiento Civil, TOMO I, Novena Edición, tratadista Hernán Favio López Blanco, páginas 339 y siguientes

²⁸ *Ibidem*

2.7.1. En el presente asunto, las llamadas en garantía solicitaron ser desvinculadas del mismo por haberseles notificado tardíamente, por lo cual se debe respetar ese medio de defensa que autónomamente escogen, aunque con esta decisión simplemente se aplaze su debate, por lo cual, el presente llamamiento pierde su efecto como una consecuencia para quien actuó negligentemente.

2.7.1.1. En cuanto a la Previsora SA: Mediante providencia calendada del 15 de octubre de 2014, el Juzgado 16° Civil del Circuito de Bogotá D.C., admitió el llamamiento en garantía que la demandada **Serlogística OTM SAS**, le hizo a la **Previsora de Seguros SA**, el cual fue notificado por estado el 14 de enero de 2015, así que, el término de 5 días para que la llamada en garantía interviniera en el proceso venció el 2 de junio de 2015, y la notificación se realizó el 12 de junio del mismo mes y año.

De lo anterior se concluye que evidentemente entre el 15 de enero de 2015, día hábil posterior a la notificación por estado del auto que admitió el llamamiento en garantía, y el 12 de junio de 2015, transcurrieron más de 90 días hábiles, descontando el periodo de vacancia judicial por Semana Santa, arrojando **98 días**, lo que significa que La Previsora SA, Compañía de Seguros, tiene el derecho a ser desvinculada del presente proceso.

2.7.1.2. En cuanto a Mapfre Seguros Generales de Colombia SA : En auto de 15 de octubre de 2014, el *a quo* admitió el llamamiento en garantía que la demandada **Tanques y Camiones SA**, le hizo a la citada compañía de seguros, el cual fue notificado por estado el 14 de enero de 2015, así que, el término de 5 días para que la llamada en garantía interviniera en el proceso venció el 2 de

junio de 2015, y la notificación se realizó el 3 de junio del mismo mes y año.

De lo anterior se concluye que evidentemente entre el 15 de enero de 2015, día hábil posterior a la notificación por estado del auto que admitió el llamamiento en garantía, y el 12 de junio de 2015, transcurrieron más de 90 días hábiles, descontando el periodo de vacancia judicial por Semana Santa, arrojando **92 días**, lo que significa que La Previsora SA, Compañía de Seguros, tiene el derecho a ser desvinculada del presente proceso.

2.8. Conclusión: En virtud de lo anterior, se declarará infundada la excepción de mérito denominada "*prescripción de la responsabilidad del OTM*", formulada por **Serlogística OTM SAS** y las excepciones denominadas "*inexistencia de la obligación por falta de solidaridad invocada*" y "*caso fortuito o fuerza mayor*", propuestas por **Tanques y Camiones SA**.

Igualmente se ordenará la desvinculación de las llamadas en garantía **Previsora SA, Compañía de Seguros y Mapfre Seguros Generales de Colombia SA**, por preclusión del plazo establecido para su vinculación.

Las sociedades **Serlogística OTM SA y Tanques y Camiones SA**, serán declaradas responsables por la pérdida de las mercancías, es decir, de los 14.000 teléfonos celulares de propiedad de la asegurada TCT Mobile International Ltd., frente a quien se subrogó la compañía demandante, y en consecuencia serán condenadas al pago de USD\$ 771.288,00.

De conformidad con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas en ambas instancias a las sociedades **Serlogística SAS** y **Tanques y Camiones SA**.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta Civil de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C. administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019, emanada por la Juez 16 Civil del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar disponer lo siguiente:

- 1.1. Declarar infundadas las excepciones de mérito denominadas “*prescripción de la responsabilidad del OTM*”, formulada por **Serlogística OTM SAS**, e “*inexistencia de la obligación por falta de solidaridad invocada*” y “*caso fortuito o fuerza mayor*”, propuestas por Tanques y Camiones SA.
- 1.2. Declarar probadas las excepciones de mérito denominadas “*no operancia del llamamiento en garantía por vencimiento del término legal de 90 días para la notificación personal de la sociedad llamada en garantía*” y “*vinculación de la llamada en garantía por fuera del término de la suspensión del proceso por 90 días*” propuestas por **La Previsora SA Compañía de Seguros**

y **Mapfre Seguros Generales de Colombia SA**, respectivamente, y, en consecuencia, se desvinculan del presente asunto.

1.3. DECLARAR civil y contractualmente responsable a las sociedades **Serlogística OTM SAS** y **Tanques y Camiones SA**, por el daño causado a **Tct Mobile International Ltd.**, la que subrogó sus derechos a la sociedad **Aig Insurange Company China Limited Shenzhen Branch**, en la pérdida o falta de entrega de 14.000 teléfonos celulares "one touch 602, con batería de litio, de varias referencias, ocurrida durante su transporte de Hong Kong a Bogotá.

1.4. CONDENAR solidariamente a las sociedades **Serlogística OTM SAS** y **Tanques y Camiones SA.**, a pagar por concepto de perjuicios, la suma de USD\$ 771.288,00., a la empresa **Aig Insurange Company China Limited Shenzhen Branch**, en el término de noventa (90) días.

1.5. CONDENAR en costas en favor de la demandante a las sociedades **Serlogística OTM SAS** y **Tanques y Camiones SA** en ambas instancias.

SEGUNDO: En oportunidad regrésese el expediente al Juzgado 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:

**56a9c991dec44a83685fefdcc94e4982ae6374a535f710f47a7a7
2e19fef0de8**

Documento generado en 05/10/2021 04:20:32 p. m.

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

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno
(2021).*

*REF: VERBAL de PERTENENCIA de MYRIAM
CECILIA SUÁREZ CORTÉS contra HELENA PARDO DE GUTIÉRREZ y
OTROS Exp. 2015-00299-01.*

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

*1.- ADMITIR en el efecto **SUSPENSIVO** el recurso
de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 6 de
agosto de 2021 en el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá, en el proceso de
la referencia.*

*2.- Para efecto de dar la plena garantía del debido
proceso y derecho de defensa a las partes, por Secretaría **comuníquese a los
apoderados de los intervinientes** las determinaciones que se adopten en el marco
de la norma reseñada vía correo electrónico¹, empero en caso de no llegar a
obrar la misma en el expediente, pese a ser una obligación de los togados,
remítanse las comunicaciones correspondientes a la dirección física que hayan
informado en el expediente o en el Registro Nacional de Abogados.*

*A su turno, las partes contendientes deberán dirigir sus
escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del
Secretario Judicial de esta Corporación
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la
escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado
mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co*

3.- *Concurrente con lo antes señalado, los profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14 del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.*

4.- *Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.*

NOTIFÍQUESE.


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido en sesiones virtuales ordinarias del 16 y 30 de septiembre de 2021, aprobado en esta última.

Ref. Proceso verbal de **MESALUD LTDA.** en contra de **CORPORACIÓN NUESTRA IPS.** (Apelación de sentencia). **Rad:** 11001-3103-017-2019-00125-01.

Se procede a proferir sentencia, en desarrollo de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

I. ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandante, frente a la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de Bogotá, dentro del proceso verbal promovido por Mesalud Ltda. en contra de Corporación Nuestra IPS.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones.

La parte actora pidió declarar y condenar a la entidad convocada a pagarle los cánones de arrendamiento causados en el período comprendido entre abril a noviembre de 2015, más los intereses moratorios a la tasa máxima legal permitida que certifique la Superintendencia Financiera, a partir de su exigibilidad y hasta su cancelación.

2. Sustento Fáctico.

Como fundamento de esos pedimentos se expusieron, en síntesis, los siguientes hechos:

a. El 30 de enero de 2004 entre Mesalud Ltda. como arrendadora y la Corporación Nuestra IPS (antes Corporación IPS Saludcoop Cundinamarca), en su calidad de arrendataria, se celebró contrato de arrendamiento, por 5 años, respecto del inmueble ubicado en la Calle 4 No. 27-25 del municipio de La Mesa, pactándose por el valor de la renta la suma de \$15.000.000.

b. El 1 de mayo de 2009, se modificó ese acuerdo en cuanto al período de vigencia e, incrementando el valor del canon a \$23.000.000 más IVA, atado al IPC y se incluyó como coarrendatario a la Corporación IPS Cruz Blanca.

c. El arrendatario dejó de pagar la obligación desde abril de 2015, razón por la cual, se tramitó proceso de restitución de inmueble arrendado, conocido por el Juzgado Civil Circuito de La Mesa (Cundinamarca) por la causal “*mora en el pago de los cánones*” y, mediante sentencia del 5 de abril de 2017, se acogieron las pretensiones de la demanda.

d. A la fecha, la demandada restituyó el terreno, sin que se hubieren cancelado las rentas causadas entre abril y noviembre de 2015, con sus respectivos intereses. Para su cobro, promovió demanda ejecutiva, ante la mencionada autoridad judicial, “*empero no fue posible, puesto que las instrumentales adosadas para adelantar ese asunto son copias auténticas, por ende, carecen del requisito de provenir del deudor como quiera que la firma en la instrumental es la que acusa tal autenticidad o certeza para el trámite ejecutivo*”, motivo por el cual adelanta este juicio.

3. La contestación.

La parte demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones y formuló la excepción de mérito que tituló “*falta de legitimación en la causa*”, fundada en que no tiene la calidad de arrendataria, ya que el 24 de abril de 2009 se firmó “*un contrato de cesión de establecimiento médico asistencial*”, en virtud del cual, a partir del 1 de mayo de 2009, los servicios que ofertaba pasaron a ser

prestados por Corporación IPS Cruz Blanca, que empezó a ocupar el inmueble y fue reconocida tácitamente por el demandante como su arrendataria, por lo que al no ocupar el bien raíz y no tener esa condición, no es la llamada a resistir las pretensiones del libelo.

4. La sentencia censurada.

Mediante fallo anticipado se declaró probada oficiosamente la cosa juzgada, dio por concluido el proceso y condenó en costas a la parte demandante, al considerar que se demostró la identidad subjetiva y objetiva con el juicio de restitución que se adelantó entre las mismas partes, ante el Juzgado Civil del Circuito de La Mesa.

De manera específica, precisó que las pretensiones en este asunto se dirigieron a que se declare el incumplimiento en el pago de la renta, a partir de abril de 2015 y, en el trámite primigenio que se termine el contrato de arrendamiento, por mora en la cancelación de esos rubros; identificó como causa de las dos controversias el contrato de arrendamiento; finalmente, puntualizó que si se acogiera la excepción de falta de legitimación en la causa alegada por el extremo pasivo, se desconocería la sentencia emitida en el proceso de restitución.

5. El recurso de apelación.

La parte actora impugnó esa decisión para que se revoque, ya que en su opinión, no existe identidad en el objeto y en la causa, para lo cual citó apartes de la providencia STC18789 del 14 de noviembre de 2017, proferida por la Honorable Corte Suprema de Justicia; señaló, que en el primer proceso se pretendió la terminación del contrato de arrendamiento y la consiguiente restitución del inmueble, por incumplimiento del arrendatario, a causa de la mora en el pago de la renta; al paso que con el asunto actual busca el reconocimiento y la condena al pago de las obligaciones en mora, adeudadas por la Corporación Nuestra IPS; sumado a lo cual con el fallo que se profiera no se contradeciría la decisión judicial que con antelación se adoptó.

Con relación a la causa destacó que es diferente, ya que la controversia primigenia se fundamentó no sólo en que la demandada inobservó las

obligaciones a su cargo, sino también en la imposibilidad que tuvo de ocupar el inmueble, mientras que en el actual debate también se adujo como motivo de la pretensión, el inconveniente para adelantar la ejecución de los rubros adeudados, por concepto de cánones, *“por no contar con copias auténticas del contrato de arrendamiento”*¹; aunado a que las pruebas ahora allegadas, son diferentes a las que aportó en el proceso inicial, por cuanto también adjunta la sentencia emitida en ese asunto, en aras de que se condene al pago de las sumas debidas, las que no han sido satisfechas.

Resalta que si bien no pidió el embargo y secuestro en la forma dispuesta en el numeral 7 del artículo 384 del C.G.P., esa circunstancia no es suficiente para que se le impida acceder a la administración de justicia.

III. CONSIDERACIONES

Concurren los presupuestos procesales y no se advierte vicio alguno que invalide lo actuado, por lo que procede dirimir el mérito de la controversia, precisando, además, que la competencia de esta instancia está delimitada por los concretos y puntuales reparos formulados y sustentados oportunamente por la parte apelante al fallo impugnado, según lo prescrito por el artículo 328 del Código General del Proceso.

El instituto de la cosa juzgada encuentra su fundamento constitucional en el artículo 29 de la Carta Política, según el cual *“nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho”* y se estructura conforme el canon 303 del C.G.P. si existe sentencia ejecutoriada proferida en juicio contencioso, *“siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*:

Sobre el particular, de vieja data, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, consideró con respecto a la triple identidad de objeto, causa y partes, lo siguiente:

“[e]l límite subjetivo se refiere a la identidad jurídica de los sujetos involucrados y su fundamento racional se encuentra en el principio de la relatividad de las sentencias. El límite objetivo lo conforman las otras dos identidades, consistiendo el objeto en ‘el bien corporal o incorporal que se reclama, o sea, las pretensiones o declaraciones que se piden de la justicia’ (CLXXII-21), o en ‘el objeto de la pretensión’ (sentencia No. 200 de 30 de

¹ Archivo “01Parte1Folio 1 a 130”, carpeta 01Cuaderno principal”.

octubre de 2002), y la causa, ‘en el motivo o fundamento del cual una parte deriva su pretensión deducida en el proceso’².

La cosa juzgada, se configura siempre que los aspectos sobre los que versa la controversia hayan sido resueltos de fondo, ya de manera expresa o, porque incluye puntos que, sin haberlo sido, son consecuencia necesaria o dependen indispensablemente de esa decisión, vale decir, se comprende que fueron resueltos tácitamente; al respecto la mencionada Alta Corporación puntualizó:

“Desde el punto de vista objetivo, la cosa juzgada material sólo comprende las cuestiones que efectivamente fueron resueltas, porque ciertamente fueron propuestas, y las que resultan decididas de contera, ya porque las expresamente falladas las conllevan, ora porque lógicamente resultan excluidas y por ende implícitamente definidas. Por contrapartida no constituye cosa juzgada las cuestiones que a pesar de haber sido propuestas no fueron decididas expresamente, como acontece con los fallos inhibitorios y las que no se entienden implícitamente resueltas, por no corresponder a la naturaleza y objeto jurídico del proceso, así todo lo que se diga y considere tenga relación con la cuestión realmente propuesta y decidida, porque lo contrario implicaría desconocer caros derechos fundamentales como el debido proceso y la legítima defensa”³.

De manera complementaria, el inciso tercero del canon 278 de la Codificación citada, impuso al funcionario judicial el deber de dictar sentencia anticipada, en cualquier estado del proceso, cuando encuentre acreditada, entre otros eventos, la cosa juzgada.

En el asunto primigenio Mesalud Ltda. promovió demanda en contra de Corporación Nuestra IPS, para que se declarara la terminación del contrato de arrendamiento que celebraron sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula número 166-30315 de la O.R.I.P. de La Mesa y, en consecuencia, se dispusiera la restitución de ese predio a la parte actora, como se constata con la copia de la sentencia proferida el 5 de abril de 2017, por el Juzgado Civil del Circuito de ese lugar¹⁰. En sustento de la reclamación judicial, la demandante invocó la mora en el pago de la renta, entre abril y noviembre de 2015.

En este juicio, los extremos en contienda son los mismos, en tanto Mesalud Ltda. instauró acción en contra de la Corporación Nuestra IPS, para que se declare que le adeuda los cánones de arrendamiento causados durante el período ya referido, con ocasión del acuerdo de voluntades al que se hizo mención, más los intereses moratorios y que se le ordene a la convocada que pague esos rubros en el término de ejecutoria de la sentencia estimatoria,

² Corte Suprema de Justicia, SC 139 de 24 jul. 2001, reiterada en SC de 5 jul. 2005, rad. 1999-01493 y SC 18 dic. 2009, rad. 2005-00058-01.

³ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 26 de febrero de 2001, Expediente 5591 M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

razón por la cual existe coincidencia de titulares de la relación jurídica sustancial y procesal debatida, aspecto que se torna pacífico, pues sobre el particular ningún reproche formuló el apelante.

La inconformidad con el fallo se centra en que para el promotor del recurso vertical no existe identidad de objeto, ni de causa, tópicos cuyo análisis emprende la Sala.

En ese orden, el segundo requisito para la configuración de la cosa juzgada, consiste en que la causa jurídica de la acción o de la excepción sea la misma en los dos juicios, es decir, el hecho generador que el actor hace valer en su demanda; para Mesalud Ltda., consistió no sólo en el incumplimiento en el pago de la renta, ya que en el proceso de restitución, también comprendió *“la imposibilidad que tenía mi poderdante de ocupar el inmueble por la NO restitución y/o entrega del mismo”*⁴, mientras que en la actuación judicial de la referencia, sostiene que la causa *“**deviene de la negativa de la demandada en honrar el pago de las obligaciones adeudadas en favor de Mesalud, y (ii) la imposibilidad para adelantar la ejecución de las sumas de dinero en los términos del Artículo 306 del C.G.P., por no contar con copias auténticas del contrato de arrendamiento (ausencia de título) y, como con el fallo y demás documentos adosados, se persigue para la demandada, por principio de **solidaridad**, para que asuma un pago de sumas de dinero”***⁵.

Puestas así las cosas, bien pronto se colige la identidad de causa, ya que en el primer debate judicial se alegó como sustento de la acción restitutoria la mora en el pago de los cánones desde abril de 2015, supuesto que igualmente se aduce para impetrar se declare que la demandada adeuda esos rubros y, si bien, pudieron exponerse en una y otra demanda, hechos adicionales, como que la accionante no podía ocupar el inmueble o que no cuenta con el original del contrato para instaurar la acción ejecutiva, lo cierto es que el motivo medular, sin duda, lo constituye que Corporación Nuestra IPS no haya honrado esa obligación.

En efecto, es debido al incumplimiento contractual por parte de la citada institución que se promovió en su contra el juicio de restitución, supuesto

⁴ Archivo “0817-2019-125- SUSTENTACIÓN APELACIÓN CONTRA SENTENCIA ANTICIPADA ANTE TRIBUNAL – REPAROS CONCRETOS”, carpeta “01Cuaderno del Tribunal Apel Sent #01”:

⁵ *Ejúsdem*.

fáctico que igualmente condujo a que se pretenda se declare que le debe a Mesalud Ltda. las rentas causadas entre abril y noviembre de 2015, vale decir, que el panorama fáctico es idéntico y respecto de esos hechos el Juez Civil del Circuito de La Mesa se pronunció de la siguiente forma:

“Y es que el silencio del demandado en el sentido de ejercer su defensa se sustenta en la decisión del juzgado de no oírlo, no como un mero capricho, sino atendiendo que la causal del referido proceso de restitución era la mora en el pago de los cánones de arrendamiento, (...)

Y por tanto dada la improsperidad de las acciones, se declarará terminado el contrato de arrendamiento celebrado entre el demandante y los demandados, el que recayó sobre el inmueble identificado con el número de matrícula (...), ello en virtud del incumplimiento en la obligación de pago de los cánones de arrendamiento, lo que de suyo abre paso también la orden de entrega del bien a su cargo (...)”⁶.

En ese sentido, el administrador de justicia nada dijo para dirimir la contienda acerca de que el demandante no pudiera “*ocupar el inmueble*”, ni fue ese el motivo que condujo a reclamar la restitución, sino se *itera* la mora en el pago de la renta, causa que también le sirve de fuente inmediata a las pretensiones en este asunto y de las cuales se hacen deducir los efectos que se quieren obtener con la sentencia, es de relieves que los hechos deben ser sustanciales y no simplemente accesorios o secundarios.

Empero, como supuesto fáctico adicional, se aduce la imposibilidad para promover la ejecución encaminada a obtener la satisfacción de la renta, porque “*las instrumentales adosadas para adelantar ese asunto son copias auténticas*”, esa circunstancia no altera la esencia de la razón de hecho discutida en el juicio anterior, pues se trata de un aspecto circunstancial y no determinante, por cuanto en últimas, el derecho a obtener el pago deviene del contrato de arrendamiento y fue la inobservancia de esa obligación, la que condujo a dar por terminado el vínculo negocial.

Por ello, mal podría concluirse que el demandante está compelido a adelantar este juicio para obtener el pago de las rentas, al no contar con el documento auténtico, ya que la finalidad de este tipo de controversias consiste en que se declare la existencia de un derecho subjetivo carente de certeza y se imparta orden al deudor para que satisfaga una determinada prestación, circunstancia que no acaece en el *sub examine* por cuanto esa prerrogativa fue reconocida de manera implícita en el fallo proferido por la autoridad judicial de La Mesa, pues de haber concluido que era inexistente la obligación de pagar la renta, en

⁶ Archivo “01Parte 1 Folio 1 a 130”, Carpeta “01 Cuaderno principal”.

la forma y cuantía establecida en el contrato de arrendamiento no habría accedido a las pretensiones.

Por lo tanto, de acoger el argumento del impugnante, bastaría alterar algunos supuestos o presentar cualquier modalidad diferente, para que el nuevo juicio pudiera prosperar y los efectos de la cosa juzgada se harían nugatorios.

Respecto a la similitud de objeto, en el litigio que se adelantó ante el Juez Civil del Circuito de La Mesa, se pretendió la terminación del contrato de arrendamiento celebrado entre los litigantes, con respecto al predio ubicado en la calle 4 No. 27-85 de ese municipio y la consiguiente restitución a favor de Mesalud Ltda., pedimentos que fueron acogidos por esa célula judicial.

En el juicio actual se solicitó declarar que Corporación Nuestra IPS le adeuda los cánones entre abril y noviembre de 2015, más los intereses moratorios y que se disponga el pago de esos emolumentos; entonces, como sobre el mismo bien, la parte actora tiene el derecho a obtener su restitución y también la retribución económica correspondiente, la contienda que ahora se suscita, en principio, no es igual a la anterior.

No obstante, la cosa juzgada en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, son consecuencia necesaria o dependen indispensablemente de esa decisión o resultan tácitamente resueltos; así, se comprende que para dar por concluido el convenio y ordenar la consiguiente restitución, a causa de la mora en el pago de los cánones de arrendamiento generados desde abril de 2015 y que para noviembre de esa misma anualidad ascendían a \$252.208.192, era imperativo que el funcionario judicial estableciera de manera preliminar que esa prestación económica existía, estaba a cargo de la Corporación Nuestra IPS y no había sido satisfecha, aspectos sobre los que también versa la nueva demanda.

Sin embargo, en el asunto primigenio, nada se dispuso con respecto a la condena a ese pago, como ahora lo reclama el demandante, lo cual no supone que éste no pueda acudir nuevamente a la acción ejecutiva, a pesar de que según lo afirma, en una primera oportunidad se negó la orden de apremio, pues como prueba de la existencia de la obligación y de su incumplimiento

tiene el contrato de arrendamiento que aportó en el proceso de restitución y la sentencia proferida en ese juicio, correspondiéndole a la parte demandada acreditar su extinción.

Por ello, como de manera inveterada lo ha sostenido el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria *“si el juez al estudiar sobre el objeto de la demanda, contradice una decisión anterior, estimando un derecho negado o desestimando un derecho afirmado por la decisión precedente, se realiza la identidad de objetos. No así en el caso contrario, o sea cuando el resultado del análisis dicho es negativo”*⁷, es preciso determinar si de no accederse a las pretensiones ahora enfiladas, bajo el supuesto de que se declare la falta de legitimación en la causa que invoca el extremo pasivo, al aducir que no tenía la calidad de arrendataria, se desconocería la decisión judicial primigenia, interrogante que se resuelve de manera afirmativa.

Luego la manifiesta identidad entre las partes, el objeto del litigio y la *causa petendi*, que comparten tanto el presente proceso, como el de restitución de inmueble arrendado que se tramitó por Mesalud Ltda., en contra de la Corporación Nuestra IPS, se traduce, sin lugar a duda, en que se encuentran reunidos los presupuestos requeridos para la declaración de la figura de la cosa juzgada que se ha venido tratando, por lo que se confirmará el fallo confutado, con la consecuente condena en costas para la parte vencida.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, por el Juzgado Diecisiete Civil del Circuito de esta ciudad.

⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 27 de octubre de 1938, XLVII-330, citada en SC12138-2017.

Segundo. CONDENAR en costas de la segunda instancia al apelante. Para efectos de su liquidación, la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho la suma equivalente a DOS (2) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (S.M.L.M.V.)

Tercero. Por la secretaría de la Sala devuélvase el expediente al juzgado de origen. Oficiese y déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



AÍDA VICTORIA LOZANO-RICO
Magistrada



CLARA INÉS MARQUEZ BULLA
Magistrada



ADRIANA SAAVEDRA LOZADA
Magistrada

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

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

Comoquiera que el demandado, dentro de la oportunidad que consagra el penúltimo inciso del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 (cinco días siguientes a la ejecutoria del auto que admitió su alzamiento), cuyo plazo feneció el 4 de octubre de 2021, por su habilitación que tuvo lugar en proveído de 21 de septiembre de esa misma anualidad¹, no sustentó el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia que el 2 de septiembre de 2021 profirió el Juzgado 18 Civil del Circuito de Bogotá, se declara DESIERTO su alzamiento, de conformidad con la norma reseñada en precedencia², en concordancia con los artículos 322 (*in fine*³), 327 (inciso final) y 328 (inciso primero) del CGP y la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencias SU418 de 2019 y C-420 de 2020), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia (sentencias STC13242/2017; STC705-2021; y STC3472-2021) y la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación (sentencias STL2791-2021, rad. 92191; STL8304, rad. 93787; STL7317-2021, rad. 93665; STL6362-2021, rad. 93129; STL5683-2021, rad. 93211; y STL11496-2021, rad. 94387).

Sin costas por no aparecer causadas (art. 365. 8, ib.).

Devuélvase el expediente al juzgado de primera instancia previa las constancias de rigor.

NOTIFÍQUESE

¹ Notificado por estado electrónico n.º 166 de 22 de septiembre de 2021, consultable en los siguientes enlaces: <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/86222059/E-166+SEPTIEMBRE+22+DE+2021.pdf/65ef8a6a-5299-430e-80b9-0273ce4ca8c7> (pág. 2 del listado) y <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/86222059/PROVIDENCIAS+E-166+SEPTIEMBRE+22+DE+2021.pdf/4ed505d8-56bb-424e-b0e8-6f5a6c979972> (págs. 71 a 72, *ib.*).

² Según la cual “**ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes. (...) Si no se sustenta oportunamente el recurso, se declarará desierto” (se subraya y resalta).**

³ Norma según la cual “**el juez de segunda instancia declarará desierto el recurso de apelación contra una sentencia que no hubiere sido sustentado”.** (Negrillas y subrayas fuera de texto).

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:

80c85011deb9aea83c163eddbd53b29289a07670bfe57c187a30649e90d66125

Documento generado en 05/10/2021 04:08:16 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Bogotá, D.C.,

Bogotá D.C., cinco (5) octubre de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE : Olga Patricia Nivia Ruíz
DEMANDADO : Constructora Amavia S.A.S.
CLASE DE : Impugnación Actas de
PROCESO : Asamblea
MOTIVO DE : Apelación Sentencia
ALZADA

Por secretaría adecúese el reparto de la presente apelación como auto y no como sentencia. Lo anterior a efectos de resolver el recurso instaurado en contra el fechado 4 de agosto de 2021, mediante el cual se rechazó la demanda (Carpeta "01CuadernoPrincipial", Archivo "049AutoRechazaDemanda")

Notifíquese y cúmplase,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

*Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil
veintiuno (2021).*

*Ref: EJECUTIVO SINGULAR de CEMEX
COLOMBIA S.A. contra YULY ANDREA CALLE SIERRA y OTROS Exp.
2017-00910-01.*

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

*1.- ADMITIR en el efecto DEVOLUTIVO el
recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la
sentencia dictada el 6 de septiembre del 2021 en el Juzgado 25 Civil del
Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.*

*2.- Para efecto de dar la plena garantía del debido
proceso y derecho de defensa a las partes, por Secretaría **comuníquese a los
apoderados de los intervinientes** las determinaciones que se adopten en el
marco de la norma reseñada vía correo electrónico¹, empero en caso de no
llegar a obrar la misma en el expediente, pese a ser una obligación de los
togados, remítanse las comunicaciones correspondientes a la dirección
física que hayan informado en el expediente o en el Registro Nacional de
Abogados.*

*A su turno, las partes contendientes deberán dirigir
sus escritos o memoriales con destino a este asunto al correo electrónico del
Secretario Judicial de esta Corporación
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia del mismo a la
escribiente encargada de los procesos del suscrito Magistrado
mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co*

*3.- Concurrente con lo antes señalado, los
profesionales del derecho deberán dar estricto cumplimiento al numeral 14*

¹ Esta comunicación no reemplaza la notificación por estado electrónico y se hace para dar mayor garantía a las partes.

del artículo 78 del Código General del Proceso, so pena de imposición de multa, en los términos allí previstos.

4.- Cumplido lo anterior, ingresen las diligencias al despacho.

NOTIFÍQUESE.



JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

República de Colombia

Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL DE DECISIÓN

MAGISTRADA PONENTE	:	LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO	:	EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE	:	BANCO GANADERO S.A.
DEMANDADO	:	ERNESTO ANTONIO AHUMADA GARZÓN
RADICACIÓN	:	110013103 026 1998 27727 01
DECISIÓN	:	CONFIRMA
FECHA	:	Cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

I.OBJETO

Se decide el recurso de apelación interpuesto por ejecutado contra el auto proferido el día 24 de febrero de 2021, mediante el cual el Juzgado 26 Civil de Circuito de Bogotá, no accedió al levantamiento de las medidas cautelares.

II. ANTECEDENTES

2.1. El Banco Ganadero S.A. formuló demanda ejecutiva contra Ernesto Antonio Ahumada Garzón, correspondiendo su conocimiento al Juzgado 26 Civil del Circuito de esta ciudad, quien mediante auto del 27 de noviembre de 1998¹ corregido en proveído del 15 de diciembre siguiente², libró la orden de apremio en los términos

¹ Folio 26 01. Cuadernouno.pdf.

² Folio 27. 01. Cuadernouno.pdf.

solicitados en el libelo genitor y decretó el embargo y posterior secuestro del inmueble objeto de la acción.

2.2. Mediante oficio N° 324 del 21 de abril de 1999³, el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté informó que dentro del proceso ejecutivo que allí cursa, formulado por Santos Pedraza y otra contra el aquí ejecutado, se decretó el embargo de los remanentes y /o bienes que se llegaren a desembargar dentro del presente juicio.

2.3. En auto del 6 de agosto de 1999, el Juzgado 22 Civil Municipal decretó el embargo preventivo del remanente y/o los bienes que se lleguen a desembargar dentro del juicio promovido por el Banco Ganadero, limitando la medida en la suma de \$6.000.000, actuación que informó al juzgado de conocimiento.

2.4. De manera posterior, en providencia del 8 de abril de 2015, el juzgado cognoscente resolvió decretar la terminación del proceso por desistimiento tácito con fundamento en lo preceptuado en el literal b) del numeral 2 del artículo 317 del C.G.P, consecuentemente el levantamiento de las medidas cautelares y en caso de existir remanente, ceñirse a las previsiones del artículo 543 del C.P.C.

2.5. De manera posterior, el ejecutado, solicitó al juzgado de conocimiento el levantamiento de las medidas cautelares y el desglose de documentos, para cancelar el gravamen hipotecario del inmueble objeto del litigio, solicitud que fue resuelta en auto del 24 de febrero de 2021 negando tal petición tras manifestar *“Como quiera que dicho embargo de remanentes comunicado por el Juzgado 22 Civil Municipal de esta Ciudad mediante oficio 1460 del de 24 de agosto de*

³ Folio 34.01Cuadernouno.pdf.

1999 y ante la terminación del proceso de la referencia por desistimiento tácito, póngase en conocimiento de ese Despacho judicial los remanentes y bienes desembargados, y en tal sentido oficiese”

2.6. Inconforme con la decisión, el ejecutado interpuso recurso de apelación, con el ánimo de que se revoque tal determinación, tras manifestar que la ley exige formalidades y requisitos para la efectividad de la medida de embargos de remanentes o bienes a desembargar, que fueron cumplidos, tal como lo señaló el despacho en su oportunidad frente a la comunicación emitida por el Juzgado 22 Civil Municipal: *“En cumplimiento a lo ordenado en auto calendado del dos (2) de noviembre del año en curso, proferido dentro del proceso de la referencia, comunicó a usted que en su oportunidad procesal pertinente si a ello hubiera lugar se tendrá en cuenta el embargo de remanente comunicado, toda vez que ya se encuentra embargado por otro despacho judicial”*

Agregó que, el despacho no accedió a registrar o tomar nota del embargo de remanentes en el año 1999, no puede pretender 22 años después, darle existencia y realidad a una situación de derecho que no lo fue por sustracción de materia, máxime cuando tal como lo informó el Juzgado 22 Civil Municipal, el expediente no aparece, evidenciándose que el ejecutado dentro de ese juicio lo abandonó y no insistió en la medida.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como es sabido, la jurisprudencia ha advertido que *“las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad*

de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada.”⁴

A su paso, el artículo 466 del C.G.P. establece *“Quien pretenda perseguir ejecutivamente bienes embargados en otro proceso y no quiera o no pueda promover la acumulación, podrá pedir el embargo de los que por cualquier causa se llegaren a desembargar y el del remanente del producto de los embargados”*

(...) La orden de embargo se comunicará por oficio al juez que conoce del primer proceso, cuyo secretario dejará testimonio del día y la hora en que la reciba, momento desde el cual se considerará consumado el embargo a menos que exista otro anterior y así lo hará saber al juez que libró el oficio”

Descendiendo al caso objeto de estudio, advierte esta Magistratura que la providencia censurada deberá ser confirmada, por cuanto la misma se ajusta a las previsiones contenidas en el artículo 466 del Estatuto General del Proceso, nótese que existe orden de embargo de remanentes por parte del Juzgado 22 Civil Municipal, la cual fue comunicada mediante oficio del 24 agosto de 1999⁵.

En tal sentido, el despacho cognoscente dio aplicación a la normatividad en cita, si se tiene en cuenta que al momento en que le fue comunicado el decreto de embargo de remanentes por parte del Juzgado 22 Civil Municipal, este se pronunció así: *“Por secretaría líbrese oficio al Juzgado 22 Civil Municipal de la ciudad, informándole*

⁴ Corte Constitucional C-379 de 2004.

⁵ Folio 44. 01Cuadernouno.pdf.

que en la oportunidad procesal pertinente si a ello hubiera lugar se tendrá en cuenta el embargo de remanente comunicado, toda vez que ya se encuentra embargado por otro despacho judicial”

Lo anterior, debido a que, con antelación, esto es, el 21 de abril de 1999⁶, mediante oficio N° 324, el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté informó que dentro del proceso ejecutivo que allí cursa, formulado por Santos Pedraza y otra contra el aquí ejecutado, se decretó el embargo de los remanentes y /o bienes que se llegaren a desembargar, medida que fue tenida en cuenta por el juzgado de conocimiento⁷, sin embargo, mediante auto del 23 de mayo de 2019 el Juzgado de Ubaté comunicó la terminación de aquel proceso y el levantamiento de las medidas cautelares.

Ante tal panorama y conforme al orden de comunicación del decreto de embargos de remanentes, para la data en que fue informado el embargo por el Juzgado 22 Civil Municipal, era improcedente registrarlo y tomar nota del mismo, dado que existía uno con antelación, situación que dio a conocer el juzgado de conocimiento; no obstante, el embargo quedó consumado desde el momento en que fue comunicado al juzgado de conocimiento.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, ha referido⁸:

“(...) el aspecto de la persecución en un proceso civil de bienes embargados en otro, está regulado en el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

“Quien pretenda perseguir ejecutivamente en un proceso civil bienes embargados en otro proceso y no quiera o no pueda promover la acumulación de ellos, podrá pedir el embargo de los que por cualquier

⁶ Folio 34.01Cuadernouno.pdf.

⁷ Auto del 14 de mayo de 1999. Folio 35. 01Cuadernouno.pdf.

⁸ Sentencia del 11 de marzo de 2004. exp. No. T-00980-01

causa se llegaren a desembargar y el del remanente del producto de los embargados.

(...) “La orden de embargo se comunicará por oficio al juez que conoce del primer proceso, cuyo secretario dejará testimonio del día y la hora en que la reciba, momento desde el cual se considerará consumado el embargo a menos que exista otro anterior, y así lo hará saber al juez que libró el oficio”.

‘Examinado el proveído en cuestión (fl. 63, c.1) a la luz de lo anterior, aparece claro, que no existe ninguna de las situaciones que hacen procedente la acción de tutela frente a las decisiones judiciales, toda vez que la decisión en él adoptada, en modo alguno se muestra grosera o arbitraria, ya que es el reflejo de una interpretación razonable del precepto citado, amén de no acusar contraevidencia, pues lo cierto es que el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Bogotá mediante oficio No. 1812 de 24 de agosto de 1995 comunicó el embargo de los remanentes o bienes que se llegasen a desembargar en el proceso ejecutivo hipotecario a que alude el actor, medida que no ha sido objeto de cancelación según lo informó el accionado en su respuesta y se colige del contenido del texto del libelo introductorio de la presente acción, en el cual se hace una relación de los oficios que al respecto emitieron diferentes autoridades judiciales, sin que aparezca ninguno proveniente del mencionado Juzgado Cuarto.

‘Ahora, por el hecho de que se hubiese dicho inicialmente que el embargo comunicado por este Juzgado, no podía ser tenido en cuenta en ese momento, no significa que tal medida no pudiera cobrar vigencia cuando los embargos registrados con antelación se cancelaran, porque como bien lo señaló el juez accionado, para tal efecto no se requiere de auto, pues según el precepto citado el embargo se considera consumado el día y la hora en que se reciba el respectivo oficio en el Juzgado, de lo cual el secretario debe dejar testimonio. (Subrayado fuera de texto)

‘Luego, como la inteligencia que pretende el actor se le imparta a la norma no es la única posible, habida cuenta que el legislador no señaló que consumado un embargo, los comunicados con posterioridad carecían de eficacia, se descarta la existencia de la vía de hecho que se denuncia (...)’

Del anterior pronunciamiento se colige, que, cada vez que se levante el embargo de remanentes consumado se entenderá automáticamente embargado el remante para el que seguía en orden de llegada, sin que resulte necesaria decisión judicial al respecto, puesto que se mantendrá el orden de las solicitudes.

En este sentido, se entiende, que, ante el levantamiento de las medidas cautelares decretadas por el Juzgado Civil del Circuito de Ubaté, entre ellas el embargo de remanentes que pudieren quedar o bienes que se llegaren a desembargar dentro del juicio el epígrafe; automáticamente quedaron embargados los remanentes decretados por el Juzgado 22 Civil Municipal.

Colofón de lo expuesto, la determinación adoptada por el juez de instancia de negar el levantamiento de las medidas decretadas y colocar en conocimiento del Juzgado 22 Civil Municipal, los remanentes y bienes desembargados, no merece reproche alguno, máxime cuando no existe certeza del estado actual del juicio ejecutivo que allí cursa, menos aún de las medidas cautelares decretadas.

Y es que si bien, de conformidad a las contestaciones emitidas por el Juzgado 22 Civil Municipal de esta urbe, en las que informa que no puede dar respuesta de fondo frente al estado del proceso que allí cursa y de las medidas en él decretadas, en cuanto no ha sido posible ubicar el expediente, dado que no aparece registrado en el aplicativo de

Justicia Siglo XXI, debido a que se trata de un proceso antiguo [que data del año 1999]; lo cierto es que aún no se ha informado del levantamiento de la medida de embargo de remanentes decretada en auto del 24 de agosto de 1999, razón por la cual, es a esa célula judicial a quien correspondería resolver todo lo atinente al inmueble cuyo desembargo persigue el inconforme.

Puestas de esta manera las cosas, se confirmará el proveído apelado, pues ningún reproche puede merecer la negativa del levantamiento de la medida cautelar solicitada por el extremo ejecutado.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

LIANA AIDA LIZARAZO VACA
Magistrada.

Firmado Por:

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: **2bedac9b5604605dfbde1397e1ff517108b1441a3cbbf531788ac6b6cd5d18df**

Documento generado en 05/10/2021 04:43:47 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, D.C.
SALA CIVIL**

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Bogotá, D.C., cinco de octubre de dos mil veintiuno.

Proceso:	Verbal
Demandante:	Brian Leonardo López Perea
Demandada:	Juan Carlos Fandiño Basto.
Radicación:	110013103026201600790 01
Procedencia:	Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá.
Asunto:	Apelación de sentencia.

Mediante auto proferido el 15 de septiembre 2021 se admitió el recurso de apelación propiciado contra la sentencia expedida en primera instancia.

Seguidamente el 23 de septiembre pasado se confirió oportunidad al apelante para que sustentara su recurso, todo ello conforme al decreto 806 de 2020, proveído notificado en el estado electrónico E-168 del día 24 del mismo mes y año, junto con el que se publicó el auto, en los términos autorizados por los artículos 8 y 11 del decreto mencionado; luego, el término legal concedido transcurrió del 27 de septiembre al primero de octubre (artículo 118 de la ley 1564 de 2012); sin embargo, el perentorio plazo otorgado con el propósito indicado se consumó sin que el apelante se hubiese pronunciado, así lo informó secretaría.

Esta circunstancia tiene como consecuencia que se declare desierto el recurso de quien no lo sustentó como lo advierte el inciso 3º del artículo 14 del mencionado Decreto Legislativo 806 de 2020.

En el *sub lite*, evidente es que el demandante recurrente no satisfizo la carga de sustentar la apelación formulada, la que no puede tenerse por cumplida únicamente con los reparos que presentó en primera instancia como quiera que la normativa procesal civil que nos rige introdujo importante modificación en cuanto hace a la oportunidad para interponerlo y los requisitos en torno a su sustentación.

Conforme a las reglas diseñadas por la ley 1564 de 2012, cuando de apelación de sentencias se trata, preciso es que el inconforme formule el recurso ante el juez de primer grado que la expidió y ante él exponga brevemente los reparos concretos, requisitos ellos para la concesión y admisión del recurso (artículos 322, 325); pero adicionalmente es necesario que ante el Superior se sustente el recurso de apelación (artículo 327); y cuando de tal forma no procede el recurrente, se impone declarar desierto el recurso tal como lo prevé el artículo 322 de la ley en cita y lo enfatizó el artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

Consecuencia que ha de adoptarse en éste caso.

Decisión:

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., Sala Civil, RESUELVE:

1. DECLARAR DESIERTO el recurso de apelación propiciado por la parte demandante contra la sentencia emitida el 9 de junio de 2021 en el asunto de la referencia por el Juzgado 26 Civil del Circuito de Bogotá.

2. Retorne la actuación a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE,

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada

Firmado Por:

Ruth Elena Galvis Vergara

Magistrada

Sala Civil

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

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

Código de verificación: **1f8c405347f90dc5083ceaff9e1f297e75eee0599767224cb0429aeea416f6ab**

Documento generado en 05/10/2021 07:01:37 AM

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
SALA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá, D. C., cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

**REF.: VERBAL de JOSE ALBERTO CASTELLANOS
VELASQUEZ contra SECRETARÍA DE GOBIERNO DE
CINDINAMARCA**

RADICACIÓN 027-2020-00350-01

Magistrada Ponente Dra. LIANA AIDA LIZARAZO V.

El Tribunal decide sobre el recurso de queja formulado por la parte actora, contra el auto proferido el 22 de febrero de 2021, mediante el cual, el Juzgado 27 Civil del Circuito de esta Urbe, rechazó de plano por improcedente el recurso de apelación.

ANTECEDENTES

De la copia magnética allegada, se evidencia que, mediante apoderado judicial, los señores Claudio José Bojacá Alonso y José Alberto Castellanos Velásquez, promovieron proceso de nulidad de la Resolución 00001 del 4 de enero de 2013 contra la Gobernación de Cundinamarca, demanda que mediante auto del 4 de noviembre de 2020 fue rechazada por falta de competencia, ordenándose su remisión a la Oficina de Centro de Servicios Administrativos para su

debido reparto entre los Juzgados Administrativos del Circuito de esta ciudad.

Contra esta determinación, el apoderado de la parte actora formuló recurso de apelación, el cual fue rechazado por la juez cognoscente en proveído del 22 de febrero de 2021, conforme a lo consagrado en el inciso 1° del artículo 139 del C.G.P, determinación que fue reprochada por el extremo activo, quien promovió recurso de apelación y subsidiariamente, la concesión del recurso de queja.

En auto del 6 de julio hogaño, la *a quo* resolvió mantener incólume la decisión y concedió el recurso de queja para que fuera resuelta la pugna por esta corporación.

CONSIDERACIONES

Por sabido se tiene que el recurso de queja tiene por objeto que el superior jerárquico, a instancia de parte legítima, conceda o no el recurso de apelación o el de casación que hubiese denegado el Juzgador de primera instancia o el Tribunal, según el caso, si éste fuere procedente, tal como se desprende del artículo 352 del Código General del Proceso.

Así las cosas, en esta instancia la decisión se circunscribirá a determinar si el auto acá apelado es susceptible o no de alzada, en la medida en que este Tribunal tiene competencia solo para ello y, por ende, no puede ser materia de su conocimiento cuanto se refiere a si el *a quo* acertó o no con la determinación que profirió mediante el auto citado.

Teniendo en cuenta lo anterior, se advierte que el auto censurado no es susceptible del recurso de alzada.

Si bien es cierto el artículo 321 del C.G.P. prevé como norma general cuales son las providencias susceptibles de alzada, indicando en el numeral 1° que es apelable el auto proferido en primera instancia *“que rechace la demanda, su reforma o la contestación a cualquiera de ellas”*, también lo es, que la declaratoria de falta de competencia tiene una regulación especial en el Código General del Proceso.

Lo anterior, porque el artículo 139 del Código General del Proceso establece que no es apelable el auto que resuelve la falta de competencia, regulación que tiene su razón de ser en el hecho que cuando un juez se declara incompetente debe remitir el proceso a quien estime competente, y a su vez quien recibe el expediente también puede abstenerse de conocerlo y declararse incompetente, por lo cual origina un conflicto negativo de competencias, que según lo prevé el citado artículo, debe ser resuelto por el superior funcional común de los dos jueces que así lo resuelven.

En este sentido, quien decide cual es el juez competente para conocer el asunto no es el superior jerárquico del primer juez que se declaró incompetente ni el del segundo juez que también considera carece de competencia, sino el superior funcional de los dos funcionarios, siendo esta la razón por la que el legislador previó que la decisión de declararse incompetente sea inapelable, esto con el fin de evitar que sobre un mismo asunto se emitan pronunciamientos de autoridades superiores distintas, lo cual

atentaría contra la seguridad jurídica que es uno de los pilares sobre los cuales descansa la administración de justicia.

Al respecto, la Corte Constitucional, en Sentencia STC9405 de 2019 refirió:

“«[L]a repulsa de un funcionario para tramitar un asunto por considerarse incompetente por el factor territorial, tampoco admite la apelación conforme lo dispone el artículo 148 del estatuto procesal civil [hoy 139 del Código General del Proceso], que descarta expresamente este remedio. Por ello, la Sala ha explicado que la inviabilidad de este medio de contradicción tiene “su razón de ser porque de llegar a admitirse la procedencia de la apelación contra el auto que declara la falta de competencia, se estaría obligando al superior a dirimir un conflicto de competencia que debe ser planteado por el juez a quien se envía la actuación y se niega a conocer del proceso; y al tiempo se estaría invadiendo la órbita de acción del órgano a quien el artículo 18 de la Ley 270 de 1996 le asigna la facultad para desatar el conflicto, (...) De ahí que frente a una supuesta arbitrariedad del funcionario judicial en la decisión que se viene comentando, no resulte exigible el agotamiento de los recursos ordinarios, pues esa determinación no es susceptible de alzada, tal como lo ha sostenido esta Corporación en reciente pronunciamiento: ‘... lo resuelto por el Tribunal comporta, en rigor jurídico, la declaratoria de incompetencia y una decisión de ese particular temperamento, por mandato expreso del inciso 1º, in fine, del artículo 148 ejusdem, es de carácter inapelable’» (CSJ STC 17 ene 2013, rad. 2012-01383-02, reiterado en STC 31 oct. 2013, rad. 00212-01, STC8273-2014, 26 jun. 2014, rad. 00132-01 y STC5733-2016, 5 may. rad. 01098-00)”

En este mismo sentido, el doctrinante Hernán Fabio López Blanco, señaló:

*“Manifestada la incompetencia del Juez, cualquiera que sea la causa, ordenará su remisión al funcionario que estime competente para conocer el proceso sin que importe que sea de la rama civil o de otra diferente. **Esta decisión es irrecurrible** debido a que ni siquiera se previó el recurso de reposición en su contra” (subrayado fuera de texto)*

Así las cosas y teniendo en cuenta que las providencias son apelables en la medida en que están así taxativamente enlistadas por el legislador, debe afirmarse que el recurso de apelación propuesto no es procedente y, por ende, debe declararse bien denegado.

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

PRIMERO: Declarar bien denegado el recurso de apelación interpuesto por los motivos expuestos en las consideraciones de esta providencia.

SEGUNDO: En firme devuélvase el expediente al despacho que lo remitió.

NOTIFÍQUESE

**LIANA AIDA LIZARAZO V.
Magistrada**

Firmado Por:

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: **54c08501b3055136ecc39241cd69d5fd1cbf108b40b4796eb63d6d685d5133d4**

Documento generado en 04/10/2021 03:17:42 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

Radicación: 110013103029-2019-00478-01
Demandante: Claudia Victoria Peña Pedraza y otros
Demandado: Duster Detailing SAS y otros
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación de Auto

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

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra el auto de 19 de diciembre de 2020, proferido por el Juzgado 29 Civil del Circuito, en el proceso verbal de Claudia Victoria Peña Pedraza, Leo Augusto Vanegas Pedraza, Betulia Pedraza de González, Jessica Alexandra Bernal Peña, Jennifer Andrea Bernal Peña, Martha Patricia Sánchez Pedraza contra Duster Detailing SAS, Christian Camilo Salazar Rincón y Representaciones Cinco S S.A.

ANTECEDENTES

1. Por medio del auto apelado el juzgado rechazó la nulidad que invocó la parte demandada por haberse realizado la audiencia inicial el 27 de noviembre de 2020 sin su presencia, con fundamento en el artículo 135, inciso 4°, del Código General del Proceso, por no expresar la causal que fundamentaría esa petición, la cual tampoco se encuadra en ninguno de los supuestos previstos en el artículo 133 ibidem, además de que el apoderado de los demandados podía sustituir el poder, más cuando las formalidades para este trámite se flexibilizaron por temas de pandemia (pdf 23 cuaderno 1).



2. Inconformes los demandados presentaron recurso de apelación, en el cual alegaron, en síntesis, que se les vulneró el derecho de defensa, toda vez que su apoderado, el 20 de noviembre de 2020, había presentado incapacidad médica de 14 días por contagio de Covid-19, con síntomas graves que le impedían respirar y presenciar la diligencia en óptimas condiciones, situación que configura fuerza mayor y justa causa para el aplazamiento de la audiencia por segunda vez, sin posibilidad de sustituir poder, dado que ningún abogado tomaría el caso carente de argumentación o sustento alguno, y menos notificar a los demandados a tan solo 8 días de la diligencia.

Agregó que si bien esa circunstancia no está contemplada en los códigos como nulidad, obedeció a una calamidad mundial que conlleva la necesidad de volver a practicar esa audiencia (pdf 26 cuaderno 1).

CONSIDERACIONES

1. De acuerdo con el inciso 1° del artículo 135 del Código General del Proceso, la parte que solicite una nulidad “*deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta...*”, precepto que armoniza con el inciso 4°, bajo cuyo tenor el juez debe rechazar de plano aquella “*que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación*”.

2. Examinado el recurso de apelación con base en tal premisa, bien pronto aflora su carencia de éxito, de atender que la decisión de rechazar de plano la petición de nulidad se ajustó a las normas pertinentes, en la medida en que los hechos planteados por la parte inconforme, relacionados en concreto con haberse surtido la audiencia inicial el 27 de noviembre de 2020, pese a que su apoderado se



encontraba incapacitado por estar contagiado con Covid-19 (pdf 22 cuaderno 1), no tienen aptitud potencial para estructurar ninguna de las causales del artículo 133 del Código General del Proceso, en tanto que el inconforme omitió suministrar un argumento eficaz para mostrar la posible estructuración de la nulidad.

3. En efecto, la solicitud de nulidad formulada por el apoderado de los demandados consistió en que la audiencia debió ser aplazada, por segunda vez, dado que previamente había manifestado que se encontraba incapacitado por 14 días, con sospecha de estar contagiado por Covid-19, y posteriormente se confirmó el diagnóstico, situación que, a su juicio, configura fuerza mayor o caso fortuito (pdf 14 y 15 cuaderno 1), de tal manera que al no aceptarse esa excusa y surtirse esa diligencia, se le truncó la posibilidad de practicar y controvertir pruebas como garantía del derecho de defensa.

Con todo, los hechos así planteados carecen de toda idoneidad para estructurar una causal de nulidad, porque cualquier situación de salud no es suficiente para estructurar la invalidez procesal.

Es más, la ley prevé como causa de nulidad la interrupción del proceso (art. 133, numeral 3° del CGP), y esa forma de crisis procesal puede acontecer, entre otras razones, por “*enfermedad grave*” del apoderado judicial de una parte, esto es, por una dolencia que supere las circunstancias ordinarias y rebase las facultades físicas e intelectuales de la persona afectada, como ha dicho la jurisprudencia, hasta el punto que imposibiliten al afectado adoptar en oportunidad medidas de precaución que permitan continuar con el ejercicio efectivo de la representación que se le encomendado, una de las cuales podría ser la sustitución del poder.

En repetidas ocasiones la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que “*la enfermedad grave a la que se refiere el numeral 2° del artículo*



168 del C.P.C. -ahora 159-2 del CGP-, es aquella que impide al apoderado 'realizar aquellos actos de conducta atinentes a la realización de la gestión profesional encomendada, bien por sí solo o con el aporte o colaboración de otro. Será grave, entonces, la enfermedad que imposibilita a la parte o al apoderado en su caso, no sólo la movilización de un lugar a otro, sino que le resta oportunidad para superar lo que a él personalmente le corresponde' (auto de 6 de marzo de 1985, reiterado en auto de 26 de abril de 1991). (...) 'por manera que la enfermedad grave no es de aquellas que lisa y llanamente afecte a la persona, sino, es inevitable, que la misma impida que cumpla, absolutamente, sus actividades' (auto de 19 de diciembre de 2008, Exp. No 13001 3103-005-1995-11208-01." (Auto de 3 de diciembre de 2009, exp, exp. 11001-02-03-000-2009-01687-00; reiterado en auto de 11 de abril de 2011 exp. 11001-0203-000-2003-02047-00).

Por cierto que en los autos es evidente que la nulidad invocada por la parte inconforme no se basó en una “*enfermedad grave*”, porque ninguna manifestación se hizo en ese sentido, a más de que tampoco los anexos así lo insinúan, pues apenas se refieren a una incapacidad general por faringitis viral y sospecha de Covid, como puede verse en el archivo escaneado en pdf “*14IncapacidadCovid*”, y en ese sentido fue alegado por el apoderado, como una incapacidad; amén de que en todo caso no se advierte que hubiese habido una situación grave de salud.

4. De esa manera, como los hechos invocados no tienen posibilidad de edificar nulidad, era apropiado su rechazo por no fundarse en previsión legal para esos efectos. Por supuesto que tampoco es de recibo la petición de nulidad fundada en el artículo 29 de la Constitución, de recordar que el debido proceso tiene que darse dentro de los contextos procesales diseñados por el legislador, dentro del marco de su autonomía para configurar el orden jurídico.



Recuérdase que para el sistema procesal civil colombiano las nulidades son taxativas o de carácter específico, principio conforme al cual no puede haber causales de invalidación del proceso por fuera de las enumeradas en las normas vigentes, porque como ha dicho la Corte, “*allí están contemplados absolutamente todos los hechos y circunstancias que atentan contra los superiores principios del debido proceso, del derecho de defensa y de la organización judicial*” (G.J., t. CLII, la. pág. 71).

Es por ese motivo que el legislador estableció el rechazo de plano de la solicitud de anulación para cuando no se invoca una causal contemplada en el estatuto procesal, pues casi no hay que decirlo, si la ley no autoriza como causal de nulidad cualquier hecho o problema procesal, es lógico que no deba dársele trámite de tal.

5. Debe anotarse, por demás, que en ningún momento pudo haber vulneración del debido proceso, de atender que en la audiencia inicial¹ la juez *a quo* explicó que no aceptaba la justificación presentada por el apoderado de los demandados, ni aplazaría en otra ocasión la diligencia, examinado que el aplazamiento ya se había hecho por una única vez so pretexto de no poder localizar a los representantes de las sociedades demandadas ni los testigos (pdf 12 cuaderno 1).

También especificó la funcionaria que el aislamiento preventivo no es incompatible con la práctica de una diligencia por medios virtuales, más cuando el solicitante no aportó prueba alguna de haber sido hospitalizado o que hubiese sufrido síntomas graves que le impidieran su conexión por internet, amén de que la descrita circunstancia tan solo se refería a la condición personal de apoderado, sin que, de un lado, excusara la posibilidad de sustitución del poder, que se flexibilizó para

¹ Audiencia de 27 de noviembre de 2020, al inicio de la primera parte del video 01AudienciaInicialParte1.



los trámites en la pandemia, ni justificara, de otro lado, la ausencia de sus poderdantes.

6. De ahí que la actuación surtida no se observa atentatoria del debido proceso y el derecho de defensa de los demandados, dado que se ajusta a las previsiones del numeral 3°, del artículo 372 del CGP, pues se verificó que previamente se había realizado un aplazamiento de la audiencia, según se observa en auto de 13 de noviembre de 2020 a solicitud de la parte demandada (pdf 12), luego era consciente de que en ningún caso podía haber otro aplazamiento conforme a ese precepto.

Tanto menos que la parte demandada dejó de presentar soportes de la justa causa que invocaba, pues el memorial del pdf 15, suscrito por el apoderado, dice que allega “*el resultado de la prueba para covid-19 el cual salió positiva*”, pero en los documentos remitidos no aparece el comprobante emitido por la respectiva autoridad médica, ni mucho menos que certificara una circunstancia de salud grave que fuera inhabilitante de las facultades para cumplir las funciones propias de su gestión, como conectarse a la audiencia por medios virtuales, cual viene de anotarse.

De otra parte, según lo que emana de la citada documentación, la parte dejó sin cuestionar el auto por medio del cual se impusieron las consecuencias por la inasistencia a la audiencia, pese a que ese era el acto que realmente debía controvertir, en lugar de acudir a la solicitud de una nulidad carente de sustento en las normas que tipifican esa forma de invalidez procesal.

7. De modo que sin más disquisiciones, el auto objeto de descontento será confirmado.

La apelante será condenada en costas del recurso (art. 365-1 CGP).



DECISIÓN

Con base en lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Decisión, **confirma** la providencia de fecha y procedencia anotadas.

Condénase en costas a la parte recurrente, que se liquidarán conforme al art. 366 del CGP. Para su valoración el magistrado sustanciador fija la suma de \$700.000 como agencias en derecho (artículo 365 del CGP).

Notifíquese y en oportunidad devuélvase.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'JA Isaza Davila', with a stylized flourish at the end.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

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

República de Colombia
Rama Judicial



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Radicación: 110013103029-2019-00478-02
Demandante: Claudia Victoria Peña Pedraza y otros
Demandado: Duster Detailing y otro
Proceso: Verbal
Trámite: Apelación sentencia – admite

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

En el efecto suspensivo, admítase el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia de 11 de mayo de 2021, proferida por el Juzgado 29 Civil del Circuito.

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

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

Para precaver posibles dificultades, habida cuenta de los problemas de intermitencia de la plataforma OneDrive, la insuficiencia de equipos de cómputo idóneos para el manejo del expediente digital y las restricciones en la herramienta Stream que facilitaba el estudio de las grabaciones de audiencias, y de acuerdo con el artículo 121 del CGP, se prorroga el término de este recurso de apelación por el máximo permitido.

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

Notifíquese.

JOSE ALFONSO ISAZA DAVILA

MAGISTRADO TRIBUNAL SUP. DE BOGOTÁ, SALA CIVIL

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

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

Bogotá, D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

11001-31-03-031-2009-00283-02

Por encontrarse legalmente procedente, el Despacho dispone:

Admitir en el efecto **SUSPENSIVO**, el recurso de apelación interpuesto por ambas partes, en contra de la sentencia emitida el día 22 de julio del año en curso, por el Juzgado Cuarenta y Seis Civil del Circuito de Bogotá.

Una vez cobre ejecutoria la presente decisión, contrólense los términos con los que cuentan los aquí intervinientes para sustentar las alzas formuladas, conforme lo consagra el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020.

Las partes deberán allegar el escrito sustentatorio y su réplica, a la dirección de correo electrónico secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co.

NOTIFÍQUESE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Pablo Suárez Orozco'.

**JUAN PABLO SUÁREZ OROZCO
Magistrado.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA RAMA JUDICIAL



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

Bogotá D.C., cinco (05) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Rad. 032-2020-00332-01

Como quiera que la parte apelante no sustentó el Recurso de apelación dentro del término ordenado en auto del 23 de septiembre de 2021, el suscrito Magistrado Sustanciador **DECLARA DESIERTAR** la alzada que se presentó contra la Sentencia de primera instancia, de conformidad con el numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, conforme con el párrafo 3° del artículo 14 del decreto legislativo 806 de 2020.

Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
MAGISTRADO
(032-2020-00332-01)

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL**

Bogotá D.C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

REF: VERBAL de MANUEL IGNACIO BECERRA ALBA contra herederos determinados e indeterminados de ANGELINO BECERRA ALBA y OTROS Exp. 2015-00727-01.

De conformidad con el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, se dispone:

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

Por Secretaría **NOTIFIQUESE** a los apoderados de los **intervenientes** las determinaciones que se adopten en el marco de la norma reseñada vía correo electrónico¹.

Se reitera que los memoriales dirigidos al proceso se deben remitir al correo secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co con copia a mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co.

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

NOTIFIQUESE


JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS
MAGISTRADO

¹ Esta comunicación no reemplaza la notificación por estado electrónico y se hace para dar mayor garantía a las partes.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Proceso verbal instaurado por Evangelino Alfonso Gil en contra de Angélica Rueda. Expediente No. 11001-31-03-036-2018-00560-01.

Bogotá D.C., primero (1º) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Proyecto discutido y aprobado según acta de fecha treinta (30) de septiembre de dos mil veintiuno (2021).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia calendada el 15 de febrero de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá D.C.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones:

- Que se declare la simulación absoluta de la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría Segunda del Circuito de Facatativá (*Cundinamarca*), a través de la cual el señor Esmeraldo Alfonso Gil constituyó un fideicomiso civil sin cuantía a favor de Angélica Rueda, sobre el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 50C-3191495 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C. – Zona Centro.

- En consecuencia, se ordene la cancelación la mencionada escritura pública y, además, de las escrituras Nos. 1233 del 20 de mayo de 2016 y 1424 del 28 de junio de 2017, elevadas ante la Notaría Segunda del Circuito de Facatativá (*Cundinamarca*).

- Así mismo, se ordenen las cancelaciones correspondientes en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad.

2. Fundamentos fácticos:

- Mediante escritura pública No. 1232 de 20 de mayo de 2016, protocolizada en la Notaría Segunda del Circuito de Facatativá (*Cundinamarca*), Esmeraldo Alfonso Gil constituyó sobre el inmueble identificado con el folio No. 50C-3191495 un fideicomiso civil, cuya beneficiaria sería la señora Angélica Rueda.

- Dicho contrato de fiducia fue simulado, toda vez que en la misma data [20 de mayo de 2016], se generó la escritura pública No. 1233, en la que Angélica Rueda constituyó un fideicomiso civil, pero esta vez a favor de Esmeraldo Alfonso Gil, sobre el mismo inmueble al que se hizo mención; *“esto quiere decir que la demanda[da] señora [Rueda Angélica], le devolvió el fideicomiso a [Alfonso Esmeraldo Gil], pero en el certificado de libertad del predio solo inscribieron una escritura, la 1232 de fecha 20 de mayo de 2016, como lo demuestra la anotación 03 del mismo certificado y nunca se inscribió la escritura 1233”*.

- Cuando se constituyó el fideicomiso [primigenio] el señor Gil tenía 88 años de edad; por lo tanto, era una persona de la tercera edad, con el agravante de que padecía demencia senil. Su fallecimiento ocurrió el 18 de enero de 2017.

- Teniendo en cuenta que la condición para la transferencia a favor de Angélica Rueda era la muerte del constituyente, mediante escritura pública No. 1424 del 28 de junio de 2017, emanada de la Notaría Segunda del Círculo de Facatativá (*Cundinamarca*), la señora Rueda consolidó su derecho pleno de dominio sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-3191495¹.

- La fideicomisaria es una persona de la tercera edad, no es pensionada, nunca se le conoció algún trabajo, ni contaba con los recursos económicos para adquirir el bien.

- La causa de la simulación “*no era otra que insolventar al señor Alfonso Esmeraldo Gil, con el fin de que no le dejara ningún bien a su heredero legítimo, o sea a mi poderdante Evangelino Alfonso Gil, quien en vida era hermano del causante, ya que [Alfonso Esmeraldo Gil], no tuvo hijos ni esposa, por lo tanto, mi poderdante es legitimario en la causa para iniciar esta acción, por ser heredero directo*”².

3. Actuación procesal:

La demanda le correspondió por reparto al Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá D.C., siendo admitida el 17 de octubre de 2018.

Por intermedio de apoderado judicial, la señora Angélica Rueda se opuso a las pretensiones y planteó las excepciones de mérito denominadas: “*inexistencia de simulación*”, “*inexistencia de derechos herenciales*” e “*inexistencia de falta de capacidad o demencia senil*”.

¹ Se aclara que de acuerdo con el folio de matrícula inmobiliaria, fue mediante escritura pública No. 1453 de 28 de marzo de 2018, protocolizada ante la Notaría Sesenta y Ocho del Círculo de Bogotá D.C. que se registró la restitución del fideicomiso civil a favor de la señora Angélica Rueda. (Archivo denominado CL 2018 – 560.pdf).

² Cuaderno 1 Principal. Archivo denominado 02 Escrito demanda.

4. El fallo apelado:

En sentencia calendada el 15 de febrero de 2021, la Juez Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá D.C. negó las pretensiones de la demanda y, en su lugar, declaró próspera la excepción titulada “*inexistencia de simulación*”.

Luego de efectuar un análisis jurisprudencial y doctrinario de la acción de simulación, compendió los elementos probatorios recaudados durante el curso de la actuación, particularmente los atinentes a los testimonios y las documentales militantes en el plenario.

Resaltó que, de un lado, la finalidad del señor Esmeraldo Alfonso Gil en la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Facatativá (*Cundinamarca*), fue la de constituir un fideicomiso civil en favor de la señora Rueda Angélica, respecto del inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-3191495, y del otro, la de la escritura No. 1233 otorgada en la misma fecha y Notaría, era la de realizar otro fideicomiso pero esta vez en beneficio de Esmeraldo Alfonso Gil.

Con ese panorama, concluyó que esta última no se trataba de una “*contraescritura*”, pues ambos actos jurídicos resultaron siendo autónomos e independientes; de hecho, la escritura posterior no intentó ni pretendió cancelar la primigenia. No obstante, al margen de lo anterior, destacó que la mencionada escritura [1233] no se pudo inscribir en el certificado de tradición y libertad respectivo, ante la falta de legitimidad de la persona que allí fungió como constituyente [Angélica Rueda].

Adentrándose en el debate probatorio, tendiente a demostrar la simulación del acto escriturario, refirió que: i) el instrumento público [1232] se consolidó en vigencia de la sociedad conyugal que surgió entre Esmeraldo Alfonso Gil y Angélica Rueda, lo que explica por qué él quiso “*proteger*” a su cónyuge patrimonialmente, ii) ambos contratantes, para el momento de constitución del acto, se presumían capaces de conformidad con lo previsto en la Ley 1996 de 2019, máxime cuando no existió algún proceso de interdicción que lo desvirtuara o que demostrara que el señor Gil se encontrara en estado de demencia, iii) en punto al ocultamiento, aseguró que a los cónyuges no les resultaba viable hacer público el fideicomiso puesto que, en lo que interesa, el acto se perfeccionó dentro de la sociedad patrimonial y, iv) en cuanto a la capacidad económica, “*nada se dice ni nada se prueba*” pues tampoco se “*habló de precio sobre el objeto del bien*”.

En ese orden de ideas, se negaron las pretensiones de la demanda al no haberse demostrado, en primer lugar, la intención inequívoca del señor Esmeraldo Alfonso Gil en querer insolventarse para “*evitar*” que su inmueble se le asignara a su hermano como heredero y, en segundo, que el fideicomiso contenido en la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016, hubiese sido objeto de alguna artimaña u ocultamiento.

5. Recurso de Apelación:

Inconforme con la determinación de primer grado, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación dentro de la oportunidad prevista en el artículo 14 de la ley 806 de 2020, el cual sustentó así:

Solicitó que se revoque la sentencia cuestionada y, en su lugar, se acceda a las pretensiones invocadas en el libelo introductorio, toda

vez que el contrato de fideicomiso resultó ser absolutamente simulado, puesto que su única finalidad era *“defraudar el futuro acervo hereditario”*.

Siendo así, la valoración probatoria estuvo parcializada, pues no se tuvieron en cuenta los medios de convicción allegados al diligenciamiento, menos aun cuando se omitió valorar la prueba demostrativa de que la convención era fingida *“por cuanto, el mismo día 20 de mayo de 2016, mediante escritura pública 1233, de la Notaría Segunda de Facatativá se constituyó fideicomiso civil, sin cuantía de Rueda Angélica a Alfonso Esmeraldo Gil y otros, sobre el inmueble, esto quiere decir que la señora Rueda Angélica le devolvió el fideicomiso a Alfonso Esmeraldo Gil (...)”*.

En cuanto a los hechos indicadores de la simulación, los mismos no se encontraron satisfechos bajo las siguientes premisas: i) los contratantes eran esposos, ii) no había necesidad de enajenar o gravar el inmueble, ya que Esmeraldo Alfonso Gil nunca quiso hacerlo, tal como lo anunciaron los testigos enfáticamente y, iii) entre la documentación sospechosa que se encuentra en el plenario, milita la doble escrituración y la nota devolutiva de la Oficina de Registro atinente a la escritura pública No. 1233, que se intentó recurrir pero después se presentó el desistimiento de la censura.

Afirmó que cuando la señora Rueda suscribió la escritura pública no tenía conocimiento del alcance del negocio jurídico, aunado a que el señor Esmeraldo Alfonso Gil se lo ocultó a su hermano Evangelino Alfonso Gil, lo que demuestra una *“privación de la herencia hacia el futuro”*.

Anotó lo referido por la Corte Suprema de Justicia al señalar que *“es suficiente «la vocación hereditaria de herederos forzosos, o*

simplemente legales o testamentarios, para que quien goce de ella tenga interés jurídico para ejercer las acciones que tenía su antecesor y pueda ejercitarlas en las mismas condiciones que éste podría hacerlo si viviera...», como la acción de simulación”.

II. CONSIDERACIONES

1. Insiste la demandante respecto la decisión adversa que la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Facatativá (*Cundinamarca*) fue completamente simulada, pues de ello dan cuenta tanto los indicios como el haz probatorio recaudado durante el curso del juicio.

2. Teniendo en cuenta que el contrato sobre el que gravitan las pretensiones de la demanda corresponde a un fideicomiso civil constituido por el señor Esmeraldo Alfonso Gil a favor de Angélica Rueda, antes de abordar los argumentos esgrimidos por el recurrente en la alzada, es pertinente estudiar el marco normativo que rige la materia.

3. Para ahondar en el análisis, se destacarán las características más importantes de la referida escritura³:

- El señor Esmeraldo Alfonso Gil, en su calidad de propietario inscrito del inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-391495, lo suscribió bajo la doble connotación de fideicomitente y fiduciario, al manifestar que su voluntad era constituirlo sobre el mencionado predio, conservándolo para sí pero con una limitación del dominio.

3 Cuaderno 1. Principal. Archivo denominado "01 Poder y Anexos.pdf".

- Por su parte, la señora Angélica Rueda adquirió la condición de fideicomisaria, con la expectativa de obtener la transferencia del inmueble cuando se cumpliera la condición pactada, correspondiente en este caso al deceso del señor Esmeraldo Alfonso Gil.

- La mentada escritura pública se registró en la anotación No. 3 del certificado de tradición y libertad del inmueble.

Bajo esas premisas, es evidente que el señor Esmeraldo Alfonso Gil mantuvo indemne su intención de continuar detentando todas las facultades que la calidad de propietario le confería sobre el bien, ya que para tal fin asumió concomitantemente las denominaciones de fideicomitente y fiduciario.

4. Sobre la institución del fideicomiso, el artículo 793 del Código Civil, a manera de preámbulo destaca tres modos de limitar el dominio, entre los que se resalta el numeral 1º, alusivo al hecho de *“haber de pasar a otra persona en virtud de una condición”*, suponiendo entonces la existencia de un evento futuro en virtud del cual deba transmitirse un bien a una o varias personas determinadas, después de que se cumpla una condición preestablecida.

Dicha limitación al dominio comporta una vital importancia en la relación jurídica que el titular del bien tendrá frente al bien en lo sucesivo, toda vez que el carácter absoluto que le confiere la calidad de propietario, se diluye cuando él mismo acepta constituir el fideicomiso o cuando designa a otro como su *“mandatario de confianza”*. En otras palabras, *“[e]l fideicomiso civil no es más que una limitación que al dominio se autoimpone el fideicomitente dueño de los*

*bienes ya que, en razón de su constitución, deja de tener respecto de los mismos la facultad absoluta de disposición (...)*⁴.

5. Ahora bien, como el fideicomiso es el nombre que recibe la de la propiedad fiduciaria (artículo 794 del Código Civil) que, para el caso concreto, obedece al inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-391495, es menester analizar quiénes son los sujetos que intervienen en este tipo de contratos.

5.1. Fideicomitente: Es quien constituye la limitación del dominio y ejerce tres funciones específicas, la primera, transferir la propiedad del bien al fiduciario [en caso de encargar a un tercero] o asumir directamente esa calidad, la segunda, designar a la persona beneficiaria, y la tercera, establecer la condición que deberá cumplirse para que se transfiera el bien al fideicomisario.

5.2. Fiduciario: La doctrina lo define como la persona que “[recibe] los bienes que comprende el fideicomiso con el encargo de entregarlo a otro u otros individuos cuando se cumpla cierta condición”⁵; por lo tanto, al actuar como “receptor” puede administrar y beneficiarse de los frutos que produzca el bien durante un tiempo, hasta cuando se configure el hecho que lo obliga a desprenderse de él para radicar el dominio pleno en quien hubiera sido designado por el constituyente.

Siendo así, el “fiduciario es entonces un “canal” por medio del cual pasan los bienes del constituyente al beneficiario. En otras palabras, es la persona que tiene la libre administración de los bienes objeto del fideicomiso (art. 817) y goza de ellos como lo hace un

4 CORREA ARANGO Gabriel. El Fideicomiso Civil. Editorial Temis (2021). Bogotá (Colombia), pag. 8.

5 VELEZ Fernando. Estudio sobre Derecho Civil Colombiano – Tomo Tercero. Imprenta París-América 14-16, Boulevard Poissonnière. 1926, pág. 186.

*usufructuario, por expresa disposición del artículo 813 del Código Civil*⁶.

5.3. Fideicomisario: Es el destinatario final de los bienes entregados al fiduciario, pues en él converge la consumación de la voluntad primigenia del constituyente, toda vez que con la restitución a su favor [luego del cumplimiento de la condición], concluye el encargo.

6. Decantado lo anterior, al analizar los argumentos sobre los que la parte demandante cimentó el recurso de apelación, se observa que, en esencia, se centraron en cuestionar la determinación adoptada por la Juez de primer grado, quien no encontró probado que el fideicomiso civil al que se ha hecho alusión fue simulado, lo que llevó a negar las pretensiones que se encauzaron en tal sentido.

Con ese cariz, se entrará a estudiar la mencionada institución para luego contrastarla con el acervo probatorio militante en el plenario.

6.1. El negocio simulado *“en esencia comporta un problema de discrepancia entre el propósito real de los contratantes y su exteriorización, acontecimiento suscitado básicamente por voluntad de los agentes quienes bajo la apariencia de un pacto, han descartado de antemano la producción de efectos, o la concreción de unos distintos. En otras palabras, es una convención aparente, ya por no existir o por diferir de la declarada”*⁷, mismo que puede ser, **bien absoluto “si los supuestos contratantes no han deseado, de ninguna manera, la realización del convenio manifestado, es decir, éste se halla**

6 CORREA ARANGO Gabriel. El Fideicomiso Civil. Editorial Temis (2021). Bogotá (Colombia), pag. 15.

⁷ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia SC3790-2021 del 1º de junio de 2021. M.P. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona. Exp. 05001-31-03-007-2015-00675-01.

ausente por completo⁸ (resaltado ajeno al texto), o relativo “*cuando la verdadera intención se dirige a celebrar uno ajeno al expresado ante terceros, como cuando en lugar de compraventa, se encubre una donación*”⁹.

Sobre el particular, la doctrina define la simulación como un “*fenómeno de la apariencia contractual creada intencionalmente. Hay simulación, justamente, cuando las partes estipulan un contrato en el entendimiento de que el no corresponde a la realidad de su relación. La simulación se divide en absoluta y relativa. En la simulación absoluta las partes fingen que estipulan un contrato mientras que en la realidad no pretenden constituir ninguna relación contractual*”¹⁰.

6.2. Por su parte, la jurisprudencia ha establecido como presupuestos conjuntos tanto para la simulación absoluta como para la relativa tres fundamentales, a saber: i) que el contrato tildado de simulado esté probado; ii) que quien demanda esté legitimado para hacerlo y; iii) que se demuestre plenamente la existencia de la simulación.

6.2.1. El primer elemento se encuentra cabalmente establecido con la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016, otorgada en la Notaría Segunda del Círculo de Facatativá (Cundinamarca), a través de la cual el señor Esmeraldo Alfonso Gil constituyó un fideicomiso civil sin cuantía a favor de Angélica Rueda, sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-3191495 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá D.C. – Zona Centro.

⁸ *Ídem.*

⁹ *Ídem.*

¹⁰ C. Massimo Bianca, Derecho Civil 3, El Contrato, traductores, Fernando Hinestroza, Edgar Cortés, II Ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 715.

6.2.2. Respecto de la legitimidad, se advierte que la acción de simulación pueden ejercerla no solo los contratantes, sino también sus herederos o terceras personas a quienes el acto que se reputa simulado pueda causarles algún perjuicio, tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en los siguientes términos: **“La legitimación para ejercer la acción de simulación de un contrato presupone un interés legítimo y de “ella son titulares no sólo las partes que intervinieron o participaron en el concilio simulatorio y, en su caso, sus herederos, sino, también, los terceros, cabalmente, cuando el acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual. Puede afirmarse, ha dicho la Corte, que todo aquel que tenga un interés jurídico, protegido por la ley [...], está habilitado para demandar la declaración de simulación”**¹¹ (resaltado por la Sala).

Siendo así, la legitimidad del señor Evangelino Alfonso Gil refulge diáfana en este asunto, toda vez que la persona que actuó como fideicomitente-fiduciario en el negocio cuestionado fue su hermano Esmeraldo Alfonso Gil, de quien se dijo que no tuvo hijos y que sus padres ya fallecieron; por lo tanto, como ninguna persona se encuentra dentro del primer y segundo orden hereditario para reclamar los bienes del causante, se dio paso al tercer orden.

Entonces, ante la ausencia de ascendientes y descendientes del *de cuius*, de conformidad con lo previsto en el artículo 1047 del Código Civil, tanto su cónyuge como su hermano pasaron a ser sus herederos, veamos: *“Si el difunto no deja descendientes ni ascendientes, ni hijos adoptivos, ni padres adoptantes, **le sucederán sus hermanos y su cónyuge.** La herencia se divide la mitad para éste y la otra mitad para aquéllos por partes iguales”* (resaltado ajeno).

¹¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia calendada el 13 de octubre de 2011, M.P. Dr. William Namén Vargas.

Así las cosas, el interés jurídico del señor Evangelino Alfonso Gil obedece a la necesidad de que, una vez declarada la simulación irrogada, el inmueble precitado regrese a la masa sucesoral de su hermano para poder exigir su cuota parte sobre el mismo.

6.2.3. En lo tocante al último elemento, atinente a acreditar probatoriamente la simulación endilgada, debe empezar por indicarse que en el escrito genitor se hizo alusión a la “*absoluta*” que necesita para su cabal formación de tres aspectos torales, la divergencia entre la voluntad real y la declarada por los contratantes, que haya existido un concierto simulatorio entre los partícipes y, que su propósito haya sido el engañar a terceros, lo cual se entrará a verificar.

7. Desvirtuar la eficacia formal de un negocio jurídico, exige demostrar la falta de veracidad de lo declarado por los contratantes en el acto que se pretende declarar simulado, así como de los móviles que le dio origen, siendo necesario acreditar que la estructuración y finalidad del contrato resultó ser muy distinta de lo pactado entre los suscriptores.

Es más, como la simulación se erige como un acto meramente aparente, en virtud del cual los contrayentes ocultan o “*disfrazan*” su auténtica voluntad, las probanzas en tal sentido deben ser tan certeras que logren resquebrajar el principio de la buena fe contractual que se predica de todo contrato; sobre el particular se ha dicho: “*Suficientemente es conocido que **cuando se pretende desvirtuar las manifestaciones exteriorizadas por las partes al momento de contratar, siempre debe partirse de la presunción de sinceridad y seriedad de los negocios jurídicos bilaterales celebrados.** De ahí que quien en un caso determinado pretenda sacar a flote la verdad que se encuentra oculta, **corre con la imperativa e ineludible carga de acreditar las circunstancias de tiempo,***

modo y lugar dirigidas a establecer que realidad difiere de la apariencia públicamente expresada¹² (resaltado por la Sala).

7.1. Del material probatorio obrante en el expediente, se concluye que no se acreditó, ni por asomo, una voluntad diferente a la que los suscriptores plasmaron en el cuerpo de la escritura pública, al ser notoria la intención del señor Esmeraldo Alfonso Gil en querer conservar para sí el uso y goce del inmueble, pero que una vez acaeciera su muerte, el mismo se le restituyera a la señora Angelica Rueda a quien él designó como su beneficiaria.

Así las cosas, no se presta a equívocos que la voluntad de Esmeraldo Alfonso Gil *ab initio* fue la de limitar su propiedad hasta el cumplimiento de la condición establecida, la cual una vez ocurrió, llevó a que se trasladara la titularidad del bien a la fideicomisaria.

7.2. En ese orden de ideas, la primera prueba para comprobar la veracidad de lo declarado en la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016 es, precisamente, lo manifestado por el señor Esmeraldo en el acto escriturario; por lo tanto, por más de que la parte demandante pretenda tergiversar lo que él plasmó en el documento o desconocer su contenido, lo cierto es que tras el fallecimiento de aquél el único testimonio que se puede extraer de su parte es que constituyó el fideicomiso civil para favorecer a la señora Angélica Rueda y salvaguardar su patrimonio.

Y es que esa intención de pretender transferirle el dominio del inmueble a la señora Rueda no resultó fortuito, sino completamente entendible, pues basta con revisar la declaración extrajuicio fechada el 24 de marzo de 2015, elevada ante la Notaría Primera del Círculo

¹² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia calendada el 24 de abril de 2009, M.P. Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar. Exp. C-1100131030122001-02206-01.

de Facatativá (*Cundinamarca*), para advertir que Esmeraldo Alfonso Gil y Angélica Rueda aseguraron al unísono que desde el 15 de octubre de 1954 iniciaron una vida juntos como compañeros permanentes¹³.

Si lo anterior no fuera poco, vale destacar que el 26 de marzo de 2015 contrajeron matrimonio para “*formalizar*” su unión¹⁴, lo que denota la estrecha relación que forjaron durante más de sesenta (60) años.

Entonces, si el bien fue adquirido por el señor Esmeraldo en el año 1969, es evidente que estaba inmerso como activo en la sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho y, por lo tanto, se concluye que el fideicomitente lo único que quería era que su otrora compañera permanente y posteriormente esposa, fuera la única dueña del inmueble después que él falleciera, como en efecto ocurrió.

Bajo esa premisa, la condición de esposos de los contratantes, lejos de ser una prueba de la simulación como lo sostuvo la parte censurante, en realidad refuerza el contrato y lo allí anotado, pues permite entender el móvil que tuvo el fideicomitente para asegurar la entrega ulterior del predio a su cónyuge, a fin de que ella ostentara su titularidad en solitario.

Siendo así, los testigos que depusieron en sentido contrario, solo expresaron su visión subjetiva de las razones que llevaron a Esmeraldo Gil a crear el fideicomiso; por lo tanto, sus apreciaciones nunca podrán sustituir la declaración que únicamente él, bajo sus precisas convicciones, plasmó en el documento fustigado.

¹³ Cuaderno 42 Correo 29 SEPT2020. Archivo denominado Declaración Extrajuicio Angélica Rueda.

¹⁴ Cuaderno 42 Correo 29 SEPT2020. Archivo denominado Registro Civil de Matrimonio.

Un indicio que también debe tenerse en cuenta es que, por lo general, el valor pírrico en una negociación o la falta de capacidad económica de un adquirente puede ser un factor indicativo de la falta de seriedad del acto celebrado; sin embargo, como la citada escritura pública no tuvo cuantía, dicho aspecto deja de tener relevancia en el *sub lite*, más aún al reparar en que si el mismo propietario del inmueble es que quien constituyó el fideicomiso, no necesitaba recibir suma alguna por parte de la beneficiaria, pues esta lo recibiría sin ningún tipo de contraprestación. Entonces, si la señora Angélica Rueda no laboraba o no percibía ingresos para esa data, es un asunto que en nada afectaba al fideicomiso ni, tampoco, lo invalidaba, pues su capacidad económica no la requería para constituirse como beneficiaria ni para después obtener la restitución del inmueble.

Otra prueba de que Esmeraldo Alfonso Gil tenía la plena voluntad de constituir el fideicomiso, es que para esa época contaba con la capacidad para hacerlo, pues no se demostró lo contrario, veamos:

El artículo 1503 del Código Civil prevé que “[t]oda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la ley declara incapaces”, lo que significa que, en general, quien no esté catalogado como un sujeto de características excepcionales (*verbi gratia*, los impúberes), no está imposibilitado para realizar actos jurídicos con el ánimo de obligarse.

Ahora, aunque la edad puede ser un indicativo de la pérdida de capacidad, mientras no se acredite que una persona ya no tiene la facultad de discernir con claridad, no se puede restar mérito a los negocios o actos en los que participe.

En ese orden de ideas, si bien se indicó en el escrito genitor que el señor Esmeraldo Alfonso Gil tenía 88 años de edad y padecía de

demencia senil, lo cierto es que no se acreditó con suficiencia que, en primer lugar, su avanzada edad conllevó a su disminución sensorial o psíquica, y en segundo, que en verdad sufriera de algún tipo de “*demencia*”.

Revisado el acervo probatorio, de entrada se advierte que para suscribir la escritura pública No. 1232 y 1233, se aportó el documento suscrito por el galeno José Manuel Rojas el 17 de mayo de 2016, en el que manifestó que el señor Gil no padecía para esa fecha de ninguna enfermedad mental y se encontraba en pleno uso de sus facultades. Ahora bien, el “*pantallazo*” allegado con el escrito que describió el traslado de las excepciones, no tuvo la fuerza suficiente para desvirtuar la calidad de médico del doctor Rojas, pues solo hace referencia a un registro que en ningún momento impide que él pudiera ejercer su profesión.

Aunado a ello, de la historia clínica adosada¹⁵ tampoco se desprende ninguna razón fehaciente para colegir que el señor Esmeraldo careciera de las facultades necesarias para celebrar negocios jurídicos ni para disponer de sus bienes, así como tampoco obra prueba de haber sido declarado interdicto por alguna autoridad.

Por ende, no basta con aseverar que una persona es incapaz para obligarse, sino que esa manifestación debe probarse con suficiencia, a través de cualquiera de los medios que la ley procesal dispone para el efecto, pues de no hacerse, se estaría contraviniendo el precepto “*onus probandi incumbit actori*”, según el cual, en el actor recae la carga de probar tanto los hechos como las pretensiones que sustentan su demanda.

¹⁵ Cuaderno 1. Principal. Archivo denominado “*Historia clínica completa.pdf*”.

7.3. De otro lado, tampoco logró acreditarse que la señora Angélica Rueda desconocía los alcances del fideicomiso civil, toda vez que en la escritura No. 1232 del 20 de mayo de 2016, se indicó con suma claridad que ella adquirió la calidad de fideicomisaria o beneficiaria y que recibiría la propiedad fiduciaria a la muerte de Esmeraldo Alfonso Gil; contenido que ella misma avaló y aceptó al hacerse presente al momento de su constitución.

Y como si fuera poco, después de que falleció el mencionado señor Alfonso Gil, la beneficiaria dio cumplimiento integral al contrato de fideicomiso civil a través de la escritura No. 1453 del 28 de marzo de 2018, al restituir a su favor el inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-391495, con lo que se finiquitó lo pactado en el acto de constitución.

Ahora bien, aunque es cierto que el mismo día en que se protocolizó la escritura pública No. 1232, se generó la No. 1233 de características similares, pero en la que se invirtió la calidad de fideicomitente y fideicomisario, pues en este caso la constituyente era la señora Angélica Rueda y el beneficiario el señor Esmeraldo Alfonso Gil, para la Sala tampoco representa una prueba contundente de la simulación, por varias razones, a saber:

En primer lugar, a pesar de que los intervinientes crearon la escritura pública No. 1233 del 20 de mayo de 2016, la misma adoleció *ab initio* de las exigencias mínimas que se requerían para su legal formación, toda vez que, i) la señora Rueda allí se anunció como la propietaria del inmueble identificado con el folio de matrícula No. 50C-391495 cuando evidentemente no lo era, ii) también se adjudicó la calidad de constituyente para disponer del bien fideicomitado (inmueble), cuando en realidad no tenía su disposición y, iii) se indicó que el señor Esmeraldo Alfonso Gil gozaría del usufructo vitalicio del

predio; sin embargo, al ser el verdadero propietario del inmueble esa cláusula devenía en ilógica.

Es así que además de ser inexistente, esa escritura no tuvo ningún efecto en el mundo jurídico, pues además de las crasas inconsistencias en lo allí plasmado [ya que no se acompasaban con la situación jurídica del inmueble], cuando se intentó registrar fue devuelta por la oficina correspondiente bajo el argumento de que Angélica Rueda, al no ser la propietaria, no podía constituir el fideicomiso.

Por lo tanto, como no surtió ningún efecto por los vicios que tenía desde su creación, nunca tuvo ningún impacto para los contratantes ni frente a terceros, para quienes únicamente resultó válida y efectiva la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016.

En segundo, aunque se calificó a la escritura No. 1233 como un intento de generar una “*doble escrituración*”, al efectuar un análisis sistemático de los hechos que rodearon la No. 1232, se puede colegir que el señor Esmeraldo simplemente pretendió asegurar la devolución del inmueble en el evento en que la señora Angélica Rueda lo adquiriera de alguna forma y falleciera antes que él.

Pero más allá de eso, no existe ningún motivo para colegir que esa escritura No. 1233, de un lado, desdibujó la verdadera intención de celebrar un contrato de fideicomiso civil a favor de Angélica Rueda, y del otro, intentó dejar “*sin valor ni efecto*” la No. 1232 pues, como ya se anunció, aquélla no tuvo ninguna repercusión jurídica ya que ni siquiera se pudo registrar en el folio de matrícula inmobiliaria.

8. En lo que respecta al concierto simulatorio, se recuerda que “*no basta que en el negocio actúe una persona para ocultar al*

verdadero contratante, sino que se requiere que concurren las circunstancias que caracterizan la simulación, una de las cuales es el **concierto estipulado ‘...de manera deliberada y consciente entre los contratantes efectivo y aparente con la contraparte para indicar quiénes son los verdaderos interesados y el papel que, por fuerza precisamente de esa inteligencia simulatoria trilateral, le corresponde cumplir al testafarro, esto bajo el entendido que cual ocurre por principio en todas las especies de simulación, la configuración de este fenómeno tampoco es posible en el ámbito de los extremos subjetivos del contrato si no media un ‘pacto para simular’ en el cual consientan el interponente, la persona interpuesta y el tercero, pacto cuyo fin es el de crear una falsa apariencia ante el público en cuanto a la real identidad de aquellos extremos y que no necesita para su formación,** que se produzca en un momento único, habida consideración que su desarrollo puede ser progresivo y, por ejemplo, terminar consumándose mediante la adhesión por parte de un tercero adquirente a la farsa fraguada de antemano por quien enajena y su testafarro, aceptando por consiguiente las consecuencias que su interposición conlleva”¹⁶.

Con ese marco, es claro que no existió entre Esmeraldo Alfonso Gil y Angélica Rueda ningún “*pacto para simular*” porque no se avizora que hubieran querido ocultar su auténtica voluntad de constituir el fideicomiso; así como tampoco la de generar un contrato aparente o alterno.

Es así porque el contrato plasmado en la escritura pública No. 1232 del 20 de mayo de 2016, emanó directamente de la declaración de voluntad del señor Esmeraldo, quien al actuar como fideicomitente

¹⁶ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Providencia calendada el 1º de marzo de 2021, M.P. Dr. Francisco Ternera Barrios. Exp. 23001-31-03-001-2011-00042-01.

de manera autónoma limitó su propiedad y señaló la condición para desprenderse definitivamente de la titularidad del bien.

De hecho, como la constitución del fideicomiso es un acto personal e intransferible del dueño del bien, la beneficiaria en realidad no tuvo injerencia alguna en su creación.

En ese orden de ideas, si la señora Angélica Rueda no ejerció un rol determinante en la manifestación de voluntad de Esmeraldo Alfonso Gil, ya que su papel se limitó a aceptar la calidad de eventual beneficiaria, qué “*maquinación*” o “*artilugio*” pudieron fraguar entre sí, cuando es evidente que la decisión de uno y otro ni siquiera requirió de algún pacto entre ellos.

9. Finalmente, según la parte recurrente, la intención del señor Esmeraldo Alfonso Gil y la demandada siempre fue la de causarle un perjuicio para privarlo de la herencia al ser su único hermano.

Sobre este aspecto, es importante anotar que, si bien es cierto, Evangelino Alfonso Gil tiene vocación hereditaria en el tercer orden, no lo es menos que no se reputa como un “*heredero forzoso*” del causante, pues tal atributo únicamente se predica de los descendientes y ascendientes del difunto de conformidad con lo previsto en el artículo 1240 del Código Civil que reza: “*Son legitimarios: 1. Los descendientes personalmente o representados. 2. Los ascendientes*”.

Por tal razón, si el hermano del *de cujus* no está catalogado como un heredero forzoso, no puede afirmarse que con la constitución del fideicomiso se pretendió privarlo de su herencia, puesto que, en estricto sentido, si por ejemplo el señor Esmeraldo Alfonso hubiera

otorgado un testamento, no estaba obligado a incluir a Evangelino como el destinatario de sus bienes, ya que al no ser “forzoso”, la voluntad del testador quedaba a su libre albedrío.

Al margen de lo anterior, la aseveración efectuada por el demandante acerca de la intención del señor Esmeraldo de dejarlo por fuera de la herencia corresponde a una apreciación eminentemente subjetiva, no solo por lo señalado en líneas precedentes, sino también porque el fideicomiso civil obedeció a un acto “*entre vivos*” que por su misma naturaleza resulta ajeno a los actos que surgen “*por causa de muerte*”.

Es más, aunque hubiera sido cierto que la escritura contentiva del fideicomiso civil se le “ocultó” a Evangelino Alfonso Gil, ello tampoco comportaría una prueba de la simulación, no solo por lo anotado en materia sucesoral, sino porque ese presunto celo que se guardó al acto escriturario en nada modifica o altera el querer de los contratantes ni, mucho menos, su declaración de voluntad.

10. Con base en lo expuesto no queda un camino diferente al de confirmar la sentencia de primer grado, con la consecuente condena en costas a la parte recurrente, acorde con lo previsto por el numeral 1° del artículo 365 del CGP.

III. 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Seis Civil del Circuito de Bogotá D.C., por lo anotado en precedencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante.

TERCERO: En firme esta determinación, por Secretaría devuélvase el diligenciamiento al Juzgado 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:
95bc2d020b65940092dda7b4ce60089d6a9e30b07f16e42cee70813694af9cb3

Documento generado en 05/10/2021 04:31:35 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., cinco () de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Proceso N.º 110013103037201900470 01
Clase: VERBAL – PERTENENCIA
Demandantes: JOSÉ JOAQUÍN REYES TOVAR y MARÍA
EUGENIA DÍAZ HERNÁNDEZ
Demandados: ALICIA RESTREPO DE BOTERO y DEMÁS
PERSONAS INDETERMINADAS

El suscrito magistrado negará la solicitud probatoria que la parte demandante formuló dentro del término de ejecutoria del auto que antecede, si se tiene en cuenta que no se realizó al amparo de alguna de las causales que en forma taxativa prevé el artículo 327 del CGP para el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia, vicisitud que, por sí sola, le cierra el paso a la petición enarbolada por los memorialistas.

En todo caso, de analizar el contenido del pedimento probatorio y colegir que lo ambicionado encuentra soporte en la hipótesis del numeral 3º de dicho precepto, la consecuencia no sería distinta, porque las probanzas documentales cuya inserción se pretende, no se refieren a hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia.

En efecto, con dicha documental se quiere hacer ver, de un lado, que la posesión de los usucapientes despuntó desde la firma del contrato de promesa de compraventa de data **20 de marzo de 1990**; y, de otro, que los pagos efectuados por el promitente comprador para la adquisición del inmueble objeto del litigio lo fueron desde esa misma fecha y hasta el **30 de mayo de 1991**.

Por lo tanto, no hay duda que los supuestos fácticos cuya acreditación se aspira lograr con los mencionados elementos de convicción ocurrieron mucho antes de la oportunidad para solicitar pruebas en primera instancia, que para el presente asunto, lo fue hasta el vencimiento del término de cinco días a que alude el artículo 370 del CGP para que los demandantes recorrieran el traslado de las excepciones perentorias propuestas por el curador *ad litem* que

representa los derechos de la demandada y las personas indeterminadas, sin perjuicio de la oportunidad de aportar pruebas con la demanda, conforme lo prevé el artículo 82.6 del CGP, lo cual descarta de tajo la configuración en el presente asunto de la hipótesis prevista en el numeral 3º del artículo 327 *ibídem*¹.

Por lo demás, tampoco se avizora configurada la hipótesis del numeral 4º del último de los preceptos citados², pues si bien la apoderada de los actores manifestó que “dicha prueba no se generó con anterioridad puesto que para el proceso de la referencia no resultaba relevante realizar la aclaración de que la posesión se empezó a contar desde el momento mismo de la celebración del contrato referido” y “respecto del recibo donde se consignaban las fechas, sumas y medios de pago que los [demandantes] realizaban a Gerardo Zuluaga en cumplimiento del contrato de promesa de compraventa celebrado... no fue sino hasta dictada la sentencia y concedido este recurso de apelación que... el señor Gerardo Zuluaga... les confesó que tenía una relación detallada... de los pagos...”, dichas manifestaciones no se erigen en circunstancias imprevisibles e irresistibles de aquellas que puedan catalogarse como fuerza mayor o caso fortuito, al punto que la primera lo que devela es que la falta de acopio de la prueba se debió, en criterio del profesional del derecho que representa a los gestores, a su falta de relevancia, y la segunda, a su ausencia de aportación en el momento procesal oportuno, aun a sabiendas de que el curador *ad litem* en su escrito de réplica había cuestionado el inicio de la posesión.

Repárese en que es imprevisible “*un acontecer intempestivo, excepcional o sorpresivo*”, e irresistible “[lo], *imposible, fatal, inevitable de superar en sus consecuencias (CSJ SC, 2 dic. 1987, G.J. t. CLXXXVIII, pág. 332)*, sin que ninguna de tales características que estereotipan la fuerza mayor y el caso fortuito se desgaje de lo argüido por la apoderada de los demandantes. Téngase en cuenta que “...*es indispensable anotar la diferencia existente entre la imposibilidad para resistir o superar el hecho y la dificultad para enfrentarlo. Porque un hecho no constituye caso fortuito o fuerza mayor, por la sola circunstancia de que se haga más difícil o más onerosa de lo previsto inicialmente*” (sentencia de 16 de septiembre de 1961, G.J. T. XCVII; se resalta).

Bajo ese horizonte, y ya para terminar, debe recordarse que la posibilidad de pedir el decreto y práctica de pruebas en segunda instancia se encuentra circunscrita a la configuración de las hipótesis

¹ Según el cual: “Sin perjuicio de la facultad oficiosa de decretar pruebas, cuando se trate de apelación de sentencia, dentro del término de ejecutoria del auto que admite la apelación, las partes podrán pedir la práctica de pruebas y el juez las decretará **únicamente** en los siguientes casos: (...) 3. **Cuando versen sobre hechos ocurridos después de transcurrida la oportunidad para pedir pruebas en primera instancia**, pero solamente para demostrarlos o desvirtuarlos” (se subraya y resalta).

² “Cuando se trate de documentos que no pudieron aducirse en la primera instancia por fuerza mayor o caso fortuito, o por obra de la parte contraria”.

taxativas que prevé el artículo 327 del CGP, sin que por esta vía se pueda abrir la compuerta para la incorporación de probanzas que no fueron allegadas, solicitadas o practicadas en las precisas oportunidades consagradas para ello, pues, según el artículo 164 *ejusdem*, [t]oda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. (...), imperativo que refuerza el artículo 173 *ibídem*, en el entendido de que “para que sean apreciadas por el juez, las pruebas deberán solicitarse, practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código”.

Así que como las probanzas solicitadas no se adujeron en las oportunidades probatorias que consagra la ley para la primera instancia, deviene improcedente su acopio en segunda.

Bajo ese horizonte, se desestima la solicitud probatoria formulada por la parte demandante.

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:

9feb474c4a6c061997efedec38aacc219f89eb4d20fcaae076957b014751d3ab

Documento generado en 05/10/2021 08:17:42 AM

**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 DE DECISIÓN**

MAGISTRADA PONENTE: LIANA AIDA LIZARAZO VACA
CLASE DE PROCESO: EJECUTIVO
DEMANDANTE: HIDROSAN SAS
DEMANDADO: PATROMONIO AUTONOMO
ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-
RADICADO: 110013103 038 2019 00563 01
DECISIÓN: CONFIRMA
FECHA: Cuatro (4°) de octubre de 2021

I.OBJETO

La Magistratura decide el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la entidad demandante contra el auto proferido en audiencia del 22 de septiembre de 2021, mediante el cual el Juzgado 38° Civil del Circuito de Bogotá, rechazó la prueba de exhibición de documentos solicitada por el extremo demandante.

II. ANTECEDENTES

En el trámite del proceso Verbal promovido por Hidrosan SAS contra el Patrimonio Autónomo Asistencia Técnica -Findeter Fiduciaria Colombiana S.A. mediante auto del 24 de octubre de 2019¹ se admitió el libelo genitor, ordenando notificar a la entidad

¹ Folio 290 Cuaderno principal.

demandada, quien dentro de la oportunidad contestó, proponiendo los medios exceptivos que consideró pertinente.

El 22 de septiembre de 2021, se adelantó la audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P., diligencia en la cual, entre otros, la juez de instancia resolvió rechazar la prueba de exhibición de documentos solicitada por el apoderado de la parte demandante, tras considerar que la misma no fue solicitada conforme lo establecido en el artículo 266 del C.G.P.

Inconforme con tal determinación, el procurador judicial del extremo activo, formuló el recurso de reposición y subsidiariamente el de apelación, bajo el argumento que la solicitud de la prueba fue formulada ciñiéndose a lo regulado en el artículo 265 del Estatuto general del Proceso, pues la procedencia de la exhibición tiene lugar cuando (i) se solicite dentro de la oportunidad legal para ello, (ii) se indiquen los hechos que se pretenden demostrar y (iii) afirmar que el documento o la cosa se encuentra en poder de la persona llamada a exhibirlos.

Agregó que lo que se busca con el decreto de la prueba de exhibición es poder revisar las actas levantadas por ese Comité Fiduciario que contractualmente se identificó como el órgano máximo de decisión del patrimonio autónomo demandado, para identificar las decisiones que hubiese podido adoptar, en lo que tiene que ver con la ejecución del denominado *“CONTRATO DE CONSULTORÍA CELEBRADO ENTRE FIDUCIARIA BOGOTÁ ADMINISTRADORA Y VOCERA DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA –FINDETER E HIDROSAN LTDA”* celebrado el 2 de diciembre de 2013, cuyo objeto fue el *“AJUSTE Y COMPLEMENTACIÓN DE LOS DISEÑOS*

PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA DE ABASTECIMIENTO ENTRE LA ESTRUCTURA DE CAPTACIÓN Y LA PLANTA DE TRATAMIENTO EN EL MUNICIPIO DE SOCORRO – SANTANDER” .

La *a quo* mediante auto emitido en la misma diligencia, mantuvo incólume la decisión y concedió el recurso de apelación para que fuera resuelta la pugna por esta magistratura.²

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El recurso de apelación, tal y como es menester de ley, tiene por objeto que el superior jerárquico examine la decisión tomada en primera instancia, con el fin de revocar o reformar dicha decisión si es el caso, únicamente cimentado en aquellos reparos formulados por el recurrente apelante.

Descendiendo al caso en concreto, de entrada, advierte esta Magistratura que la decisión adoptada por la Juez de instancia debe ser confirmada, dado que la “exhibición de documentos” que imploró la entidad demandante, no era procedente, pues tal pedimento no se aviene a las exigencias que contempla el ordenamiento jurídico en punto a ese específico medio probatorio.

En efecto, dispone el artículo 266 del C.G.P, “*Quien pida la exhibición expresará los hechos que pretende demostrar y deberá afirmar que el documento o la cosa se encuentran en poder de la persona llamada a exhibirlos, su clase y la relación que tenga con aquellos. **Si la solicitud reúne los anteriores requisitos**, el juez*

² 11.AutoConcedeRecurso.pdf.

ordenará que se realice la exhibición en la respectiva audiencia y señalará la forma en que deba hacerse” (subrayada fuera de texto)

Lejos de atender la precitada carga de especificidad, el apoderado de la demandante se limitó a pedir “*A la sociedad FIDUCIARIA BOGOTA S.A., se le deberá exigir que en audiencia exhiba copias: De todas y cada una de las actas, fechadas y numeradas en forma consecutiva del comité fiduciario del PATROMONIO AUTONOMO FIDEICOMISO ASISTENCIA TÉCNICA -FINDETER-, desde su creación hasta la fecha de notificación de esta demanda reformada, documentos en su poder”*; sin especificar los hechos que pretendía demostrar a través de las actas solicitadas, exigencia que al no evidenciarse, hacía procedente el rechazo de tal medio de prueba.

Y es que no es de recibo, que en sede de apelación se adecue la solicitud de medio de prueba, indicando los hechos que se pretenden probar, pues la oportunidad procesal ya feneció, dado que tales especificidades debieron establecerse en el escrito de la demandada.

Si bien, le asiste razón al opugnante al afirmar que la solicitud la efectuó conforme a lo señalado en el artículo 265 del C.G.P. es decir, en la oportunidad para pedir pruebas, no es menos cierto que al momento de decretar lo solicitado, el juez de instancia debe examinar que cumpla con las previsiones establecidas en el artículo subsiguiente, lo que a todas luces no acaeció en el sub iudice.

Puestas de esta manera las cosas, se confirmará el proveído apelado, pues ningún reproche puede merecer la negativa del decreto de prueba de exhibición de documentos solicitada por el extremo demandante.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrada**

Firmado Por:

**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:

**9951cb25dc71386e6384753a6cf3be92b9e11e480ddbfff9d4e014c
2376fa061**

Documento generado en 04/10/2021 03:04:56 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**

Bogotá D.C., cinco (05) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Rad. 042-2020-00235-01

Como quiera que la parte apelante no sustentó el Recurso de apelación dentro del término ordenado en auto del 23 de septiembre de 2021, el suscrito Magistrado Sustanciador **DECLARA DESIERTAR** la alzada que se presentó contra la Sentencia de primera instancia, de conformidad con el numeral 3° del artículo 322 del Código General del Proceso, conforme con el párrafo 3° del artículo 14 del decreto legislativo 806 de 2020.

Por secretaría devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

Notifíquese,


CARLOS AUGUSTO ZULUAGA RAMÍREZ
MAGISTRADO
(042-2020-00235-01)

**República de Colombia
Rama Judicial**



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

MAGISTRADA PONENTE:	LIANA AIDA LIZARAO VACA
CLASE DE PROCESO:	EJECUTIVO SINGULAR
DEMANDANTE:	GERMAN MOISES PIÑEROS PIÑEROS
DEMANDADO:	LUIS CARLOS CALA CORREAL
RADICADO:	110013103 043 2010 00125 02
DECISIÓN:	CONFIRMA
FECHA:	Cuatro (4) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

I.OBJETO

Decide la Magistratura el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial del ejecutante, contra el auto que el 02 de marzo de 2021 emitió el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias, mediante el cual, decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito.

II. ANTECEDENTES

1. En el trámite del proceso Ejecutivo incoado por German Moisés Piñeros Piñeros contra Luis Carlos Cala Correa, se libró mandamiento de pago mediante auto del 15 de marzo de 2010¹; notificado el demandando de manera personal el 03 de septiembre

¹ Folio 8. 01CuadernoDigitalizado.pdf.

siguiente, contestó la demanda proponiendo el medio exceptivo que denominó “Excepción de Caducidad”. Agotado el trámite probatorio, mediante Sentencia del 31 de enero de 2012² se dispuso: **i)** Declarar no probadas las excepciones propuestas por el ejecutado, **ii)** Ordenar seguir adelante la ejecución en la forma dispuesta en el mandamiento de pago, determinación que fue apelada por el extremo demandado, siendo confirmada en segunda instancia por esta Corporación³.

2. Efectuada por la Secretaría del despacho la liquidación de costas, en proveído del 28 de enero de 2013, fue aprobada por encontrarse ajustadas a derecho (fl. 115 C.1).

3. El *a quo* mediante auto del 02 de marzo de 2021 decretó la terminación del proceso por desistimiento tácito, tras considerar que el juicio no tuvo actuación alguna durante el plazo de dos (2) años, permaneciendo inactivo en la secretaría, razón por la cual se cumplen las exigencias del artículo 317 numeral 2 del C.G.P.

4. El apoderado de la parte demandante, inconforme con tal determinación, formuló recurso de reposición y en subsidio de apelación, argumentando que se encuentra pendiente el resultado de las medidas cautelares decretadas a saber:

- i)** Que el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, informe al despacho sobre la medida cautelar del embargo del remanente dentro del

² Folios 96 a 102. 01CuadernoDigitalizado.pdf.

³ Sentencia del 05 de julio de 2012.

Proceso Ejecutivo 2011-902 de Juan Diego Jurado Tachack contra Luis Carlos Cala.

- ii) Que el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias, informe sobre el trámite dado al oficio 7306 de mayo de 2017, mediante el cual se le requería para que informara sobre el embargo de los remanentes que se decretaron dentro del proceso 2012-038.

En este sentido adujo que, al encontrarse pendientes actuaciones encaminadas a consumir medidas cautelares, no era dable decretar la terminación del proceso por desistimiento tácito, con base a lo consagrado en el inciso 3° numeral 1° del artículo 317 del C.G.P.

5. El Juez de primer grado, en proveído del 10 de junio de 2021 mantuvo incólume el auto objeto de censura y concedió la alzada para que fuera resuelta la pugna por esta magistratura

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1. El recurso de apelación, tal y como es menester de ley, tiene por objeto que el superior jerárquico examine la decisión tomada en primera instancia, con el fin de revocar o reformar dicha decisión si es el caso, únicamente cimentado en aquellos reparos formulados por el recurrente apelante.

3.2. Se ha sostenido por la jurisprudencia que el desistimiento tácito, constituye *“una forma de terminación anormal del proceso, que se sigue como consecuencia jurídica del incumplimiento de una carga procesal a cargo de la parte que promovió un trámite, y de la cual*

depende la continuación del proceso, pero no la cumple en un determinado lapso, con la cual se busca sancionar no sólo la desidia sino también el abuso de los derechos procesales. No todo desistimiento tácito significa la terminación del proceso, ya que la decisión judicial a tomar dependerá de la clase de trámite que esté pendiente de adelantarse.”⁴.

3.3. Se erige de esta forma, como una institución sancionatoria de tipo eminentemente procesal, cobijada por los mandatos constitucionales –arts.29 y 229- que abogan por el otorgamiento de una justicia pronta y eficaz, en aras de materializar los asuntos sometidos a consideración de la jurisdicción, respecto de los cuales, las partes muestran interés en su resolución dando cumplimiento a las cargas que les imponen las normas adjetivas. Así, se erradican las dilaciones injustificadas, la inobservancia de los términos procesales, proscribiendo de tajo el mantenimiento eterno de medidas cautelares y la sujeción indefinida de los demandados a la lid.

3.4. En este sentido, el artículo 317 del Código General del Proceso, estableció la figura del desistimiento tácito en dos modalidades de aplicación, a saber: **i)** el subjetivo, consagrado en el numeral 1° de la norma en cita que impone la terminación del proceso o de la actuación, si el demandante o interesado no cumple con el requerimiento realizado por el juez relativo a que en 30 días se satisfaga la carga pendiente para la continuidad del trámite y **ii)** el desistimiento objetivo, que tiene lugar sin necesidad de requerimiento previo y sin miramiento en culpa alguna, toda vez que sanciona con terminación del proceso la mera inactividad total del trámite por un

⁴ 1 C-1186-08, Mg. Pte. Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, sala Plena de la Corte Constitucional

lapso superior a un año cuando en primera o en única instancia no se ha proferido sentencia u ora, cuando han transcurrido dos años desde la ejecutoria de la sentencia hallándose el expediente bajo completo abandono.

3.5. En el presente asunto, nos ubicamos en el segundo de los escenarios planteados en el citado art. 317 y corresponde a este despacho determinar si se cumplió el término de 2 años de inactividad del proceso del epígrafe, para dar aplicación al desistimiento tácito.

3.6. En este caso se tiene que el 31 de enero de 2012 se profirió sentencia en la que dispuso “*seguir adelante la ejecución*”; de lo que se colige que el plazo establecido en el primer aparte citado de la referida premisa legal “*será de dos (2) años*” en el presente asunto, los cuales se cumplirían el 26 de octubre de 2020, en la medida en que la última actuación data del 25 de octubre de 2018⁵, notificada en estado del 26 de octubre siguiente, sin que entre esta fecha y aquella se hubiese solicitado o realizado actuación alguna.

3.7. Ahora, en el cuaderno de demanda acumulada, obra auto del 26 de abril de 2017, por medio del cual se ordenó librar comunicación con destino al juzgado tercero Civil del Circuito de Ejecución de Sentencias a fin de que se sirviera informar el estado actual del proceso 2012-00038 y de ser el caso, indicar si quedaron remanentes para ser puestos a disposición del proceso de marras, orden que se hizo efectiva mediante el Oficio N° 7306 del 8 de mayo de 2017⁶, reiterada en oficio del 20 de abril de 2018⁷, sin que obre

⁵ Folio 61. Cuademo 01Digitalizado. Demanda Acumulada. Auto ordena desglose del Oficio obrante a folio 59.

⁶ Folio 38. Cuademo 01Digitalizado. Demanda Acumulada.

⁷ Folio 42. Cuademo 01Digitalizado. Demanda Acumulada. Oficio OCCES18-GB1763

respuesta del despacho requerido, ni actuación desplegada por el demandante frente a tales cartulares.

Situación semejante ocurre con el Oficio OCCES18-AZ1513 del 25 de julio de 2018, por medio del cual se comunicó al juzgado 4 Civil municipal de Descongestión, el decreto de embargo de los remanentes y/o bienes que se llegaren a desembargar al demandado Luis Carlos Cala dentro del proceso 2011-00902.

3.8. Y es que si bien, hay medidas *“pendientes por practicar”*, ello no tiene la virtud revocatoria de la decisión de primer grado, en la medida que, el término al que hace alusión el literal b del numeral 2 del artículo 317 del Código General del Proceso es objetivo, es decir, aplica para aquellos casos en que el expediente ha permanecido inactivo por dos años y, vencido ese término, convierte al ejecutante en acreedor de la sanción de terminación del proceso por desistimiento tácito, como ocurrió en este caso.

3.9. Es más, el referido argumento aplica cuando no se ha notificado al ejecutado, tal como lo prevé inciso tercero del numeral 1 del referido canon, valga decir, que no es posible requerir la notificación del demandado cuando *“estén pendientes actuaciones encaminadas a consumir medidas previas”*

3.10. Tema objeto de estudio por parte de la Corte Suprema de Justicia, que en Sentencia STC11191 del 9 de diciembre de 2020 refirió:

“Recuérdese que el «desistimiento tácito» consiste en «la terminación anticipada de los litigios» a causa de que los llamados a

impulsarlos no efectúan los «actos» necesarios para su consecución. De suerte que a través de la medida, se pretende expulsar de los juzgados aquellos pleitos que, en lugar de ser un mecanismo de resolución de conflictos se convierten en una «carga» para las partes y la «justicia»; y de esa manera: (i) Remediar la «incertidumbre» que genera para los «derechos de las partes» la «indeterminación de los litigios», (ii) Evitar que se incurra en «dilaciones», (iii) Impedir que el aparato judicial se congestione, y (iv) Disuadir a las partes de incurrir en prácticas dilatorias - voluntarias o no- y a propender porque atiendan con lealtad y buena fe el deber de colaboración con la administración de justicia”

3.11. Con el cariz descrito, el auto atacado será confirmado, como quiera que los fundamentos esbozados por el recurrente no cuentan con vocación de prosperidad.

III. DECISIÓN:

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Liana Aida Lizarazo Vaca
Magistrada

Firmado Por:

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: **be51bb2ef91920e6105933253c762cc6e5eaa4b4bc86134ede99c3a80965876b**

Documento generado en 04/10/2021 03:41:44 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., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: RICARDO ACOSTA BUITRAGO

PROCESO : Verbal – Acción de Protección al Consumidor
DEMANDANTE : Condominio Campestre Bambú P.H.
DEMANDADO : Gales Asociados S.A.S., Mariluz Escucha
Maldonado y Jhon Fredy Galindo Vargas
RECURSO : Apelación auto

ASUNTO.

Se deciden los recursos de apelación interpuestos por la sociedad demandada contra las providencias de 9 de junio de 2020 (auto No. 38139) y 4 marzo de 2021 (auto No. 27816), proferidas la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC-.

ANTECEDENTES.

Condominio Campestre Bambú P.H., promovió acción de protección al consumidor en contra de la sociedad Gales Asociados S.A.S., Mariluz Escucha Maldonado y Jhon Fredy Galindo Vargas por incumplimiento de la “garantía decenal” en concurso con las “deficiencias constructivas” que afectan de forma gravísima la propiedad horizontal¹. Simultáneamente pidió una medida cautelar innominada para que: “adopten y ejecuten las medidas necesarias entre las que se cuentan los estudios, análisis y las obras conforme las recomendaciones técnicas entregadas por la firma Jiménez Castro S.A.S., geotécnica especializada en el estudio de

¹ Cfr. Carpeta “01.-Demanda”, Archivo “20060714—0000000001”

‘amenaza y riesgo por procesos de remoción de masa` para el Condominio Bambú, realizado en el mes de junio de 2019, para construir e implementar las medidas de mitigación y control” sobre las construcciones y la infraestructura, a fin de “impedir que continúen con los movimientos de tierra que se están presentando en los taludes, controlar las corrientes de agua superficiales y subsuperficiales que están generando la remoción en masa del terreno y evitar la caída de los muros de contención en concreto, así como el deterioro de los muros en tierra armada ocasionando el colapso de los taludes... situación que tiene en peligro a los habitantes, bienes comunes y privados del condominio por la probabilidad de colapso... movimientos que se han presentado en la parte alta del condominio”.

La demanda se admitió el 9 de junio de 2020², y en otro auto, el No. 38139, previo análisis de los requisitos, anticipó que “la medida cautelar encaminada a garantizar el cese a las vulneraciones descritas por la demandante... será la que a continuación se indica y no la solicitada con el escrito de demanda” (que el demandado preste caución), y ordenó: “a la parte actora, como requisito previo al decreto de medidas cautelares” otorgar “caución por la suma de \$170.701.626”. Cumplida la carga impuesta, en auto No. 27816 de 4 de marzo de 2021, se decretó “la medida cautelar anunciada en Auto No. 38139 del 9 de junio de 2020” y dispuso que Gales Asociados S.A.S., constituyera “caución a favor del demandante Condominio Campestre Bambú P.H., por la suma de... \$853.508.132”.

Los autos Nos. 38139 y 27816 fueron notificados a la sociedad demandada el 20 de abril de 2021³, contra los que interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación.

LOS RECURSOS.

² Cfr. Carpeta “02.-AutoAdmite”, Archivo “2020038135AU0000000001”

³ Cfr. Carpeta “19.-Comunicación”, Archivo “20060714--0004000001”

El abogado censor alegó que⁴: (i) La funcionaria enunció cada uno de los requisitos del art. 590 del C.G.P. pero decretó una medida totalmente distinta a la solicitada, (ii) la cautela tenía como fin tomar medidas para mitigar los riesgos que presentan las construcciones, por una supuesta remoción de masa, pero sin razón alguna se cambió por una caución para salvaguardar prestaciones económicas, si se supone que la integridad de los habitantes del condominio es más importante, (iii) llama la atención por qué el demandante aceptó la medida cautelar cuando en el escrito de demanda precisó que “se reserva el derecho de solicitar perjuicios a través de otra acción judicial”, anteponiendo la pretensión económica a la medida cautelar, (iv) esa conducta a la luz del art. 280 del C.G.P., es un indicio grave que muestra que no existe un riesgo de remoción de masa que ponga en peligro los bienes del condominio y sus habitantes, lo que por “lógica debería ser la preocupación principal de la demandante”, (v) no puede darse por probada la existencia de peligro o vulneración del derecho con base en el documento denominado “Estudios de amenaza y riesgo por procesos de remoción de masa – Condominio Bambú”, pues carece de la firma de quienes dicen haberlo elaborado, lo que le resta credibilidad según el art. 176 del C.G.P., ni cumple con las exigencias del art. 226 *ibidem*, y tiene fecha de elaboración de junio de 2019, pero la demanda se presentó después de 6 meses, (vi) no se da el presupuesto de apariencia de buen derecho, “pues es carga del demandante allegar un dictamen pericial actualizado y acorde con las normas procesales aplicables” y el presentado no es “concluyente”, afirmación que sustentó en el informe, que allegó con su recurso⁵, realizado por el ingeniero Hildebrando Ciendúa de la firma SODICO S.A.S., mostrando las “anomalías”, del documento con base en el cual se decretó la medida cautelar, y (vii) frente al presupuesto de necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida, en la providencia de 2020, no se justificó el cambio, sobre todo cuando se antepone la vida

⁴ Cfr. Carpeta “20.-Recurso”, Archivo “20060714--0004200002” y Carpeta “25.-MemorialSustentaRecurso”, Archivo “20060714--0004800002”

⁵ Llamado “OBSERVACIONES AL ESTUDIO DE AMENAZA Y RIESGO POR PROCESOS DE REMOCION EN MASA - CONDOMINIO BAMBU LA VEGA CUNDINAMARCA. JUNIO DE 2019 presentado por la firma JIMENEZ CASTRO S.A.S.”

e integridad a una prestación económica y no se hace ninguna alusión a los argumentos que demuestren la proporcionalidad.

El *a quo* mantuvo su decisión el 9 de junio de 2021 y concedió la alzada. El expediente se radicó en el Tribunal el 22 de julio de 2021.

CONSIDERACIONES

CUESTIÓN PREVIA

Antes de abordar el tema que concierne directamente a este recurso, resulta indispensable para el despacho hacer observación respecto de actuar de la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales. Veamos: El propósito del auto No. 38139 del 9 de junio de 2020, según el encabezado que le puso la entidad es “prestar una caución”⁶, para lo cual el artículo 603 del C.G.P. solo impone indicar “la cuantía y el plazo en que debe constituirse, cuando la ley no as señale”. Así concebida la providencia, el demandante es quien tiene interés para cuestionar su valor o el plazo. Allí no tiene cabida ninguno de la parte demandada. En cambio, la providencia que decreta la cautela, debe cumplir al menos dos formalidades argumentativas, una la calificación de la suficiencia de la caución (art. 604 del C.G.P.) y la otra, al tratarse de medidas innominadas, el estudio de procedibilidad de su decreto (literal c) del artículo 590, ib). En esa segunda decisión cualquiera de las partes encuentra legítimo interés para recurrir; el actor por la forma en que se haya decretado y, el contradictor, por la evaluación de aptitud de la caución, lo mismo que por el decreto mismo de la medida cuatrear.

La SIC concedió la apelación de la sociedad demandada contra la providencia que estudió los requisitos y condicionó su decreto a la prestación de una caución por el demandante y de la que decretó la

⁶ Cfr. Carpeta “04.-AutoOrdenaPrestarCaución”, Archivo “Auto38139”

anunciada en auto anterior, la primera apelable por haber fijado el monto de la caución al demandante, en la que no tiene interés la convocada y carece de legitimación en los términos del artículo 322 del C.G.P, y la segunda por haber ordenado una medida cautelar, habilitándolo para recurrirla porque contra él se dio la orden, aunque la justificación está en la inicial, que no podía cuestionar. Con el proceder de la Delegatura el Tribunal enfrenta un dilema: estudiará un recurso contra la providencia que decretó la medida cautelar, aunque encuentra su justificación en otra providencia, de modo que si la confirma o revoca no es por lo que el auto recurrido dice, sino por lo que se expuso en el que ordenó prestarla al actor, asunto que el demandado no está disputando. Pero, como el auto 27816 del 4 de marzo de 2021 consideró que la caución aportada cumplía con las condiciones exigidas, de lo que no discrepó la recurrente, y dispuso “decretar la medida cautelar anunciada”, sin más motivación que la expuesta en otra providencia, no podría, en estricto sentido, ser atacado por el demandado, pues su verdadero desacuerdo es con la argumentación del auto 38139.

La SIC motiva el auto que no la requiere y la omite en el que sí debe. Si el primer auto simplemente anuncia, bajo la condición de prestar una caución, y el segundo es el que decreta la cautela es este el que necesita justificación. Si no llegare a decretarla simplemente ordenará cancelar la caución advirtiéndole que no existió riesgo amparado, para que el otorgante pueda recuperar la prima pagada (art. 604 num. 4 C.G.P.).

Sin embargo, considera este Despacho que el equívoco anotado no debe acarrear una consecuencia negativa al apelante por el entendimiento del tema en discusión, ya que ha sido ocasionado por la Delegatura con la ambigüedad de las frases empleadas en las decisiones y la división en dos autos de lo que debería estar en uno.

En consecuencia, en aras de la protección de los derechos de las partes el Despacho decidirá el asunto en una sola providencia pues solo uno es el

auto que debe estudiarse. Así lo hizo la Delegatura demostrando que la conjugación de dos providencias para decretar una medida no tiene ningún propósito real ni práctico, aunque sí expone el proceso a un trámite innecesario que debería evitar (art. 11 C.G.P.).

ESTUDIO DEL FONDO DEL ASUNTO.

Las medidas cautelares son instrumentos procesales para asegurar la efectividad de los derechos judicialmente declarados, han sido consideradas como un componente del debido proceso y de acceso a la administración de justicia, que comprende no solo la posibilidad de obtener un pronunciamiento judicial oportuno sino, también su materialización y efectividad. De manera general, la medida cautelar se decreta cuando se justifica adoptar las acciones necesarias para la salvaguarda de ese derecho y se fundan, entre otras razones, en el peligro que entraña la demora en decidir un pleito judicial y la probabilidad de que se haga imposible la ejecución del fallo definitivo.

En los procesos declarativos el literal c), del artículo 590 del C.G.P. establece que para decretar medidas cautelares el juez deberá tener en cuenta la legitimación de quien las solicita, la existencia de la amenaza o vulneración del derecho, la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida cautelar, así como la apariencia de buen derecho del pedimiento esbozado en la demanda. La “necesidad” supone la “existencia de un riesgo que requiere pronta atención”; la “efectividad” hace referencia a la “protección contundente del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar sus consecuencias, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”; y la “proporcionalidad” comprende la “ponderación de los derechos del demandado aún no vencido en juicio, con los del demandante que enfrenta

el riesgo de obtener una sentencia inútil, porque el daño se produjo o no se puede ejecutar materialmente”⁷.

Ahora bien, frente a la apariencia de buen derecho esta se refiere a que, por regla general, toda orden de medida cautelar debe tener como fundamento la plausibilidad del objeto de la pretensión, es decir, que “si el derecho cuya protección o satisfacción se reclama luce factible o probable, si el juez encuentra que el soporte probatorio da pie para considerar *prima facie* que la pretensión eventualmente podría ser concedida; si, en fin, la reclamación ofrece una apariencia ‘racional de buen derecho, es viable decretar una medida cautelar, con apego a la autorización legal”⁸, lo que no significa “acreditar los hechos de la demanda”, sino justificar la protección en la verosimilitud del derecho invocado por quien las solicita, tal lo hizo en el *sub lite* la Delegatura toda vez que el reclamo de la garantía al constructor parte del supuesto de la existencia de una afectación que se encuentra presuntamente acreditada.

Pero, recuérdese que la propiedad horizontal demandante invocó el incumplimiento de la “garantía decenal” y la existencia de “deficiencias constructivas” que afectan de forma gravísima la propiedad horizontal y como cautela la ejecución de “estudios, análisis y las obras conforme a las recomendaciones técnicas” soportadas en el documento elaborado por la firma JIMENEZ CASTRO S.A.S., “con el fin de impedir que continúan los movimientos de tierra... evitar la caída de los muros de contención en concreto... el colapso de los taludes... situación que tiene en peligro a los habitantes, bienes comunes y privados del condominio”.

La Delegatura realizó el análisis de los presupuestos previstos en el literal c) del art. 590 del C.G.P., en auto No. 38139 de 9 de junio de 2020, y pese a que encontró “en la etapa cautelar la existencia de una amenaza cierta y

⁷ Parra Quijano, Jairo. Código General del Proceso Ley 1564 de 2012. Medidas Cautelares Innominadas. Págs. 310 y 311.

⁸ Álvarez Gómez, M.A.: Las Medidas Cautelares en el Código General del Proceso.

latente a los derechos de los propietarios de los inmuebles” que “de no ser intervenidas podrían llegar a causar daños a la integridad física y bienes de los habitantes”, mutó la solicitada a una caución monetaria -de \$853.508.132 que ordenó a “título de medida cautelar” en el auto 27816-, considerando que está “encaminada a garantizar el cese a las vulneraciones descritas”, porque es “el monto de las pretensiones solicitadas por el extremo demandante”.

Ahora bien, es indiscutible lo dicho por la SIC en esa decisión, que las “las medidas cautelares se erigen como un instrumento a través del cual la parte afectada obtiene un remedio, aunque temporal, le otorga solución a la situación de desequilibrio mientras se promueve el proceso” y que aparece necesaria para “proteger el derecho que le asiste al demandante en su condición de consumidor de un eventual desequilibrio injustificado o de un perjuicio a sus derechos”. Pero lo que aparece incomprensible es que haya concluido, que, si “la naturaleza de las medidas cautelares es proteger de manera provisional, la integridad de un derecho que será controvertido”, la caución en dinero “resulta suficiente para la realización del derecho sustancial”. O que, al resolver el recurso que se le propuso por la caución impuesta, sabiendo que la institución cautelar es una forma de tutela de “carácter instrumental y preventiva que va encaminada a garantizar la efectividad del derecho de acceso a la justicia... cuyo fin es asegurar el cumplimiento cabal de las decisiones adoptadas en el proceso, y afianzar la tranquilidad jurídica y social de los intervinientes”, sin que “con ello pueda asegurarse que haya accedido a las pretensiones formuladas”, termine por afirmar que ante los hechos descritos por el actor, apoyados el con documento denominado “*Estudios de amenaza y riesgo por procesos de remoción en masa – Condominio Bambú*”, decida ‘limitar a una caución’ la protección que quiere dar al demandante, luego de haber dicho, sobre la “necesidad, efectividad y proporcionalidad”, que “se requiere la implementación de medidas tendientes a evitar posibles complicaciones y acrecentamiento de daños en el terreno del desarrollo urbanístico que de no llevarse a cabo pueden estar vulnerando los derechos... en tanto hay

un asomo de certeza respecto de la necesidad de proceder con medidas tendientes a salvaguardar la seguridad del inmueble, su contenido y el de sus residentes”. Por supuesto, la reflexión obligada es ¿cómo una caución logrará esto? Acaso el dinero caucionado se va a destinar, mientras dura el juicio, a ejecutar alguna de esas salvaguardas a los bienes y las personas. Y como eso no aparece consecuente, motivo tuvo el recurrente para sorprenderse ante de decisión que antepone “la vida e integridad a una prestación económica” y cuestionarse por el silencio del demandante. Y le asiste razón cuando recurre por la falta de justificación en el cambio de la cautela pedida por la caución ordenada, pues la SIC se limitó a afirmar que *“lo cierto es que para establecer cuáles son las medidas de mitigación necesarias y eficaces, se requiere un estudio profundo y una verificación probatoria detallada de las posibles falencias, así como de la responsabilidad en cabeza de la pasiva, y por tanto no pueden ser objeto de orden en esta etapa apenas inicial del plenario”*, olvidando que, precisamente, la petición fue esa: hacer los “estudios” y “análisis”, según las “recomendaciones” de JIMENEZ CASTRO S.A.S., Geotecnia Especializada, para luego ejecutar “las obras” necesarias. Y para ello no necesita verificar la responsabilidad de la demandada pues, como lo manifestó en su auto la Delegada y lo comparte el Tribunal, la cautela del literal c) del artículo 590 del C.G.P. solo exige “pruebas sumarias que sustentan la petición” y “humo” o “apariencia de buen derecho”.

Olvidó la funcionaria que la pretensión no es dineraria sino de efectividad de la garantía, la que comporta, en primer lugar, la reparación (art. 2.2.2.32.3.3. Decreto 1074 de 2015). La económica fue subsidiaria, en caso de no lograr que se ordene al demandando hacer los estudios y las obras que conjuren el peligro a que se ven expuestos los bienes jurídicos que la acción de consumidor pretende tutelar, para que “en su defecto, se entregue a la demandante el valor correspondiente de las obras para construir e implementar las medidas de mitigación y control del riesgo”. Esto es accesorio, no lo principal.

Se equivocó la Delegatura en su juicio de necesidad, efectividad y proporcionalidad pues todo en su argumentación apuntaba a que la medida cautelar solicitada era la apropiada y que la caución no cumplía el propósito de proteger los derechos del reclamante. El motivo que adujo para considerar inviable el decreto cautelar reclamado por el actor no tuvo justificación válida dado que consideró acreditada sumariamente las deficiencias de las construcciones del proyecto realizado por la sociedad, que pone en riesgo los bienes adquiridos por los copropietarios del conjunto y su misma integridad física, e intuyó la probabilidad de prosperidad de la reclamación, Y, para seguir sus propias palabras, teniendo la potestad de decretar la medida cautelar que “encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio”, como el poder para “el diseño de la cautela que resulte ser un remedio más eficiente”, le faltó ingenio para idear la forma de disponer el mandato pues sí de ordenar las obras que mitigarán el riesgo que se cierne sobre los bienes de la copropiedad y sus mismos habitantes, la caución que debería ser proporcional a las pretensiones es la del actor, para que en caso de ser absuelto al demandado los estudios y las obras que ejecutó como consecuencia de la medida cautelar le puedan ser resarcidos posteriormente con amparo en la garantía que prestó el demandante con ese propósito.

Por lo tanto, considera el Despacho que la caución aquí decretada como medida cautelar, en el caso concreto que se analiza, no cumple la función prevista en el literal c) del art. 590 del C.G.P.

En lo que tiene razón la funcionaria es que las “observaciones al estudio de amenaza y riesgo por procesos de remoción en masa”, donde el ingeniero de SODICO S.A.S.⁹ discrepa de las conclusiones del aportado con la demanda (num. 3 art. 84 C.G.P.), que se apreció como una prueba sumaria y permitió a la autoridad administrativa con funciones judiciales -a través de un juicio provisional e indiciario- inferir la alegada vulneración del

⁹ Cfr. Carpeta “25.-MemorialSustentaciónRecurso”, Archivo “20060714—0004800002”

derecho, es inadmisibles en el trámite de un recurso judicial dado que no se pueden aducir pruebas que no estaban en el proceso cuando el juez tomó la decisión que se discute y porque no es la etapa procesal para someterlo a contracción.

Se revocará la medida cautelar por inoperante, como lo hizo ver el demandado, pero no será el Tribunal el que pueda disponer si hay lugar a otra, pues esa es la tarea del juez de conocimiento porque suyo es el deber de analizar las que pida el demandante o de encontrar la más adecuada al caso que se le propone, de acuerdo con el artículo 590 del C.G.P., sin olvidar que se trata de una acción de protección al consumidor.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá-Sala Civil, **REVOCA** las providencias de 9 de junio de 2020 (auto No. 38139) y 4 marzo de 2021 (auto No. 27816), proferidas la Delegatura para asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio., la primera por anticipar una medida cautelar inapropiada para el caso concreto y la segunda por decretarla.

Sin costas en segunda instancia ante la prosperidad de la alzada.

Devuélvanse las diligencias a la oficina de origen.

NOTIFÍQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL

Bogotá, D. C., cinco (5) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Las partes atiendan lo que se decidió en auto de la misma fecha dentro del radicado 11001-31-99-001-2020-60714-01.

NOTIFÍQUESE,


RICARDO ACOSTA BUITRAGO
Magistrado