

REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE LA GUAJIRA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE RIOHACHA
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH
Magistrado Ponente

Sentencia Civil

Viernes, cinco (5) de marzo de 2021

Aprobado por Acta No.006 del 5 de marzo de 2021

RAD: 44-001-31-03-001-2017-00063-02. Proceso Verbal promovido por MÓNICA LISET COLMENARES PÉREZ contra ALMACENES ÉXITO S.A.

1. OBJETO DE LA SALA

En Riohacha, hoy 5 de marzo de 2021, esta Sala de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, integrada por los magistrados **CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ, PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO y JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH**, quien funge en calidad de ponente, procede a desatar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia, proferida el día 31 de julio de 2019; dando cumplimiento a lo señalado en el artículo 14 del decreto 806 de 2020.

2. ANTECEDENTES.

2.1. DEMANDA Y CONTESTACIÓN

2.1.1. HECHOS

2.1.1.1. Que el 22 de abril de 2015, la demandante y su esposo al darse cuenta que ALMACENES ÉXITO S.A. estaba construyendo un centro comercial, solicitaron información respecto a un local, isla o burbuja pequeña y sus requisitos para tomar en arrendamiento.

2.1.1.2. Luego de varias comunicaciones EL ÉXITO S.A., les envió las ofertas basadas en renders y planos arquitectónicos del proyecto del centro comercial correspondiente al local 103, que era el que quedaba disponible.

2.1.1.3. Que los rendes mostraban 3 adicionales llamativos, un espejo de agua, unos jardines verticales, y una fuente de agua, lo que los convenció para tomar la oferta, por cuanto quedaban con mitigadores de calor y confort para los visitantes.

2.1.1.4. El contrato de arrendamiento fue firmado el día 30 de agosto de 2015; sin embargo, el local comercial fue entregado el 15 de octubre de 2015, pese a que la entrega se estipuló el 2 de octubre del mismo año.

2.1.1.5. La Demandante y su esposo se percató que el local comercial no había quedado como ellos les había prometido entregar, concretamente con la fuente de agua, espejo de agua y jardines verticales, lo cual, lo hicieron saber al ingeniero de la obra, el cual, les manifestó que todo iba de acuerdo a los planos.

2.1.1.6. Hicieron saber que también los parqueaderos tienen acceso subterráneo cuando les dijeron que todas las personas pasarían por el sitio del local, lo cual lo consideran un engaño y quedando la demandada en mora de cumplir lo que se obligó.

2.1.1.7. Pese a que el demandado, les aseguro que el local iba a tener éxito por las proyecciones de estudio de mercado que hicieron vieron las desventajas del local, por su ubicación, zona excesivamente caliente, no mitigantes de calor no fue atractiva la terraza que vendieron.

2.1.1.8. Refiere que las altas temperaturas dañaron las máquinas y materias primas con que trabajaba la demandante lo cual, se hubiera podido contrarrestar con la fuente de agua, el espejo de agua y los jardines verticales.

2.1.1.9. Considera que almacenes ÉXITO S.A. los engañó para realizar el negocio jurídico porque informaron y prometieron diseños que nunca se realizaron.

2.1.1.10. Luego de múltiples reclamaciones, almacenes ÉXITO S.A. accedió al cambio de local, pero con abuso del derecho, los trasladaron a una isla en la segunda planta, pero exigiendo el pago de cánones de arrendamiento atrasados y el pago del mismo arriendo del local, cuando la isla no tenía las condiciones locativas al local inicial.

2.2. PRETENSIONES.

2.2.1. La resolución por incumplimiento del contrato de arrendamiento.

2.2.2. Por perjuicios materiales:

Daño emergente: \$194.230.467

Lucro cesante: \$306.783.320

2.2.3. Indemnización por perjuicio por daños morales 70 SMLMV para la demandante y 70 SMLMV para su esposo.

2.3. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

2.3.1. De la demandada ALMACENES ÉXITO S.A.

2.3.1.1. Acepta ser cierto la fecha de la firma del contrato de arrendamiento, indicando que cada comerciante puede conocer la ubicación del local y las condiciones técnicas del mismo ya que cada negociación se hace con los planos de cada uno de los locales.

2.3.1.2. Refiere que la entrega del local se realizó el 16 de octubre de 2015 y se realizó en dicha fecha teniendo en cuenta que la demandante tenía varios pendientes por cumplir como queda evidenciado en el comunicado que se le envió el 7 de marzo de 2017.

2.3.1.3. Indica que no debía conocer las maquinas a instalar, ni mucho menos el producto que se comercializaría, por el simple hecho de firmar el contrato de arrendamiento, y que el mismo, nada tiene que ver con mitigar el riesgo, debiendo el arrendatario conocer y estudiar cuales eran los riesgos que presentaba su negocio. Agregó que no se demuestra que, con la construcción de una fuente de agua, un espejo de agua y jardines verticales sus equipos y productos no sufrirían daños.

2.3.1.4. El cambio del local fue un mutuo acuerdo de las partes, donde se suscribió otro si al contrato de arrendamiento.

2.3.1.5. Manifiesta que si bien es cierto que a la demandante se le compartió un render donde se visualiza una fuente de agua, un espejo de agua y jardines verticales, el mismo tuvo que ser variado debido a que la arena caía en la fuente de agua y estaba generando el crecimiento de mosquitos, lo que ponía en riesgo la seguridad de los visitantes y esto se le manifestó a la demandante en el comunicado de fecha 6 de febrero de 2017. Aunado a lo anterior, en el contrato de arrendamiento se incluyen las condiciones físicas del local, pero no se establece que las zonas comunes permanezcan iguales al render.

2.3.1.6. Se opone a las pretensiones de la demanda y propone como medios exceptivos, que denomina: *"INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE LA DEMANDADA"*, argumentando que dentro del contrato de arrendamiento nunca se estipuló la construcción de una fuente de agua, un espejo de agua o jardines verticales. *"BUENA FE Y BUEN NOMBRE DE NEGOCIOS"* y la, *"GENÉRICA"*.

2.4 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Juez de primera instancia negó las pretensiones de la acción, declarando probada la excepción de mérito denominada “*INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE PARTE DE LA DEMANDADA*”.

Para llegar a la decisión anterior, señaló como problema jurídico -determinar si hay lugar a declarar la resolución del contrato de arrendamiento de local comercial suscrito entre la señora MÓNICA LISET COLMENARES PÉREZ y ALMACENES ÉXITO- ¿VIVA GUAJIRA, en razón del incumplimiento relacionado con presuntas obligaciones adquiridas en forma precontractual y que no trascendieron al contrato celebrado-

Inicia trayendo a colación el artículo 1973 del Código Civil, sobre el contrato de arrendamiento y las disposiciones especiales contenidas en los artículos 518 a 524 por expresa disposición del artículo 2 ibidem, las cuestiones que no se encuentren allí contempladas y que no puedan resolverse por analogía de sus normas en los casos no regulados expresamente, deberán ser resueltas con las disposiciones que en relación con el punto en cuestión determine el Código Civil.

Refiere que en lo atinente a la acción incoada, por cuanto la pretensión principal está encaminada a la resolución del contrato de arrendamiento de local comercial, se remite al artículo 1546 del Código Civil, el cual consagra la condición resolutoria tácita, que consiste en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, en uno y otro caso, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió.

Frente al reparo concreto del incumplimiento contractual en la ejecución del contrato de arrendamiento del local comercial por lo cual deprecia la resolución del mismo con la correspondiente indemnización de perjuicios, por cuanto el referido contrato fue celebrado en ocasión de las características que tendría el Centro Comercial Viva Guajira en relación con las zonas comunes ubicadas frente al local comercial arrendado entró a determinar si esas situaciones que se presentaron en forma previa al contrato, es decir participan de una naturaleza precontractual y que presuntamente dieron origen al contrato se pueden vincular a la ejecución del mismo y en sentido permitir su resolución por el incumplimiento de una de las partes, para lo cual menciona la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia STC15340-2018 con ponencia de la doctora MARGARITA CABELLO BLANCO, determinando que cuando se trata de las discusiones o aspectos negociales que surgen en ocasión de un contrato, estas no se deben mirar de forma restrictiva, pues estas se dan en virtud de toda una carta de navegación que en vuelve distintos momentos que conllevan a la firma del contrato y que comienza cuando alguien sugiere o propone a otro la celebración del mismo, concluyendo que fue lo que ocurrió en el presente caso.

Indica que las pretensiones de la demanda se sustentan en la etapa precontractual, en el incumplimiento de la oferta, aclarando que pese a no estar plasmados en el contrato de arrendamiento si hacían, según el dicho de la parte demandante, si se asumieron en la etapa precontractual; manifestando que según lo dispone el artículo 863 del código de comercio las situaciones precontractuales efectivamente pueden ocasionar unos daños, que deben ser resarcidos, sin embargo, el cuestionamiento es si esas situaciones pueden ser debatidas dentro de un proceso de responsabilidad contractual y aniquilar la existencia del contrato como se solicita, para lo cual, trae sustento jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en sentencia expediente No. 19001-3103-003-2000-00183-01 del 5 de julio de dos mil once (2011). MP Magistrada Ponente Dra. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA y sentencia SC10103-2014, con ponencia de la doctora MARGARITA CABELLO BLANCO para afirmar que Jurisprudencialmente se ha identificado que las circunstancias que en la fase “precontractual o en los tratos preliminares” puedan ocasionar daño a quienes intervienen en los mismos quedan subsumidos en supuestos propios de la “responsabilidad extracontractual” con independencia como lo dijo la misma Corte del perfeccionamiento del contrato, pues como igualmente lo señalo dicha corporación la concepción que la misma acoge descarta a priori la posibilidad de que en tal fase se traben ‘vínculos jurídicos’ que puedan admitir el tratamiento propio de la responsabilidad contractual.

Concluye no puede pretender válidamente la prosperidad de una acción de resolución de contrato de arrendamiento por la inejecución de los compromisos emanados de la fase precontractual es decir anteriores a la celebración del mismo, aunque alegue que dichos compromisos forman parte integral de dicho convenio o que el mismo se debe interpretar en atención a la real intención de los contratantes, este el caso la intención de la demandante quien se dice lo que la llevo a contratar fueron los aditamentos que le prometió la demandada tendría el exterior del local comercial con anterioridad a la celebración del contrato, pues el incumplimiento de los mismos al generar algún tipo de daño en palabras de la Corte generan responsabilidad civil extracontractual, en eso orden de ideas no pueden afectar la existencia del contrato como aquí se solicita, pues el mismo solo se puede ver afectado con ocasión de hechos que constituyan un incumplimiento de lo pactado en dicho negocio jurídico y no por situaciones que anteceden su creación.

La responsabilidad contractual sólo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está en mora de cumplir artículo 1615 del Código Civil como lo ha estimado la Corte Suprema Sala Civil en la citada sentencia; Infiérase entonces de lo dicho, que los incumplimientos alegados son cuestiones ajenas a esta especie de responsabilidad y no hay lugar a interpretar lo contrario como lo solicita el demandante, toda vez que la obligaciones contractuales contraídas por la sociedad demanda se encuentran claramente establecidas en el contrato de arrendamiento visible a folios 62 al 71 del cuaderno No. 1; en ese orden de ideas la falta de construcción de un espejo y fuente de agua, jardines verticales, según se ha dicho no configuran incumplimientos de tipo contractual, pues estas tocan

con situaciones o tratativas que se presentaron antes de la formación de la obligación.

3. SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Surtidos los traslados respectivos y dentro el término legal según constancia secretarial la parte demandante procedió a sustentar el recurso, en cumplimiento del artículo 322 numeral 3 inciso 3, indicando, en síntesis, indica:

En la sentencia no se tuvo en cuenta, las pruebas documentales obrantes en el proceso y los interrogatorios absueltos, las cuales debieron ser valoradas y tenidos en cuenta por el A-Quo; en relación del porque se hizo ahínco en la etapa preliminar como fundamento del incumplimiento contractual.

Durante la llamada formación progresiva del contrato, las negociaciones preliminares son de utilidad para la interpretación del contrato que con base en ellas se haya firmado; la integración del contrato, con base en la buena fe, trayendo a colación sentencia Corte Suprema de Justicia, sentencia de agosto 12 del 2002, Sala de Casación Civil, exp. núm., 6151, M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

En este caso se pidió la interpretación del contrato por que, contrario a lo que afirma la parte demandada, no fue diseñado bajo el principio de la negociación, todo lo contrario, fue un contrato típico o con cláusulas predispuestas, en donde la parte débil solo aceptó. Y donde existieron unos anexos – planos- como obligaciones contractuales que no fueron respetados.

El ÉXITO S.A. por medio de correo electrónico de fecha 9 de junio de 2015 envió la carta de vinculación del PROYECTO VIVA WAJIIRA en Riohacha: documento elaborado por esta sociedad, enviado solo para su firma, y como anexos los planos. Luego en el correo de fecha 6 de agosto de 2015 envían el CONTRATO DE ARRENDAMIENTO, elaborado por el mismo.

El ÉXITO S.A. anexando los planos; indicó que el contrato se firma el 13 de agosto de 2015 cuando el Centro Comercial VIVA WAJIIRA RIOHACHA aún estaba en construcción y sus locales no habían sido terminados, mucho menos entregados y loteados por los clientes en este caso la señora MÓNICA LISET.

En esta clase de contratos para efectos que se logre la unidad de voluntades, es decir, de varios contratantes del PROYECTO VIVA WAJIIRA, las partes no tienen que agregar más que su firma, además las adiciones o modificaciones que puedan sugerirse y hacerse, no son indispensables para que pueda haber lugar a la estipulación del contrato. Esta afirmación la observamos en la carta de vinculación citada del PROYECTO VIVA WAJIIRA en Riohacha.

La señora MÓNICA COLMENARES contactó al GRUPO ÉXITO S.A. para conocer el proyecto y solicitar información del mismo; inicialmente manifestaron el deseo de una burbuja o isla o un local pequeño; se les envió información del tipo de

negocio que se quería montar en el Centro Comercial VIVA WAJIIRA en Riohacha, las personas encargadas de la comercialización de los locales solicitaron un portafolio de productos a vender, para así poder estudiar la marca Churros & Cookies y colocarla en un lugar idóneo ya que el GRUPO ÉXITO S.A. estudiaba la marca y su portafolio de productos para tomar la decisión si se admitía en el proyecto, además para asignarle una ubicación acorde e idónea para la correcta comercialización de sus productos. A partir de ese momento las partes empezaron a intercambiar información vía correo electrónico, por parte de la señora MÓNICA: se le solicitó el envío de la razón social de la marca, documentos, tipo de negocio, productos a comercializar, "Renders", "Planos", etc y por parte del GRUPO ÉXITO S.A. enviaron información del local disponible para dicho tipo de negocio, la ubicación, planos y renders, etc. En este punto es importante resaltar que en el correo de fecha 9 de junio la sociedad ÉXITO S.A. manifestó que solo les quedaba disponible era el local 103 – por lo tanto, la afirmación de la demandada que la demandante pudo escoger el local no tiene asidero-. Esto se acompasa con la declaración de la señora MÓNICA: quien manifestó que a ella le dijeron que afuera era lo mejor y que solo le quedaban un local en la terraza del Centro comercial.

Entonces el GRUPO ÉXITO S.A. envió toda la información del centro comercial a MÓNICA COLMENARES, por medio de planos, renders arquitectónicos, correos electrónicos y llamadas telefónicas, para que ella pudiera conocer con detalle el proyecto. (Ubicación, medidas del Local Comercial, almacenes ancla, atractivos en zonas comunes, etc) y con esta información suministrada y confiando en la buena fe y seriedad del GRUPO ÉXITO S.A. poder tomar una decisión al respecto ya que el Proyecto del centro comercial VIVA WAJIIRA estaba en Construcción; era la única manera que tenía la demandante de conocer el proyecto y tomar una decisión.

Se itera que el ÉXITO S.A. nunca se manifestó que esas no eran obligaciones contractuales, que eso no estaba en el contrato, esto lo podemos 4 de enero del 2016, – esta situación solo se planteó en la contestación de esta demanda-. La posición fue tan desventajosa para la demandante que no pudo siquiera arrancar el negocio. La inconformidad se evidenció y se manifestó desde el inicio de la ejecución. El incumplimiento se dio desde que se comenzó a ejecutar.

Como el incumplimiento se dio al comienzo de su ejecución se pidió la resolución de este no importando que fuera de ejecución sucesiva por que no hubo disfrute de esta local, porque las condiciones no fueron las acordadas, y por supuesto las ideales, desde el principio de la operación: *"Si bien en el contrato sinalagmático de ejecución sucesiva, la terminación no opera sobre el tiempo pasado cuando el contrato ha sido ejecutado regularmente, la resolución judicial por falta de cumplimiento o por incumplimiento imperfecto desde un principio, entraña el aniquilamiento retroactivo del contrato"*

El GRUPO ÉXITO S.A. aceptó que se enviaron los renders y planos, pero siempre se excusaron que el diseño tuvo que ser cambiado por la arena o basura que caía en la fuente o que esto generaba crecimiento de mosquitos; la realidad fue que la

fuelle de agua “nunca se colocó”, tampoco colocaron los tubos hidrosanitarios para los chorros de agua de la misma; el espejo de agua según el plano y renders debía ir hacia abajo (como una piscina) y lo construyeron hacia arriba (como un jardín) y en un correo enviado por el señor JOHNNY BLISS ESTRADA el día 4 de Enero del 2016 (allegado como material probatorio), el cual en palabras textuales dice lo siguiente al respecto “*Los visitantes del centro comercial desafortunadamente no saben darle uso al espacio y es preferible tenerlo sin agua a lleno de basura flotando, no colaboraría a la estética.*”. Tal referencia indica un indicio fuerte de que lo ofrecido si estaba estipulado como obligación contractual, ya que este correo fue enviado mucho tiempo después de la firma del contrato.

El ÉXITO S.A. no solo arrendó un local comercial, en el, iba ligado inescindiblemente al mismo PROYECTO VIVA WAJIIRA que se dejaba ver en los renders y luego plasmado en los planos: unos jardines colgantes, un ojo de agua, una fuente, mitigadores del clima y que era llamativo y comfortable para los clientes, un acceso peatonal y una terraza como ninguna en la ciudad de Riohacha. No es posible aceptar el criterio de la demandada al decir que solo tenía la obligación del local; como propietaria del proyecto VIVA WAJIIRA, tiene que saber que las clientes arrendatarios o compradores se hacen a estos locales por el ambiente, no por arrendar un local o un cajón, aquí lo que atrae es el proyecto, donde va aparejado la marca, un lugar favorable para desarrollar un negocio, los almacenes anclas, lo bonito del paisaje, el aire acondicionado o para nuestro caso la terraza, lo rico que huele, lo limpio que se ve, la seguridad, lo aseado, donde se puedan conservar los productos y las máquinas de los negocios; que esa es la dinámica del centro comercial, el comerciante paga un alto costo de arrendamiento y administración, pero recibe a cambio beneficios que le puedan garantizar una clientela y esto se llama Costo/Beneficio.

En este sentido, para representación del incumplimiento contractual es necesario interpretar el contrato, “*interpretar, estricto sensu, es auscultar, desentrañar, precisar y determinar el sentido jurídicamente relevante del negocio el alcance de su contenido y la identificación de los fines perseguidos con su celebración para imprimirle eficacia final.*”

la Corte Suprema en varias oportunidades ha expresado que la fase precontractual comprende no solamente la oferta, sino también, según el avance de las negociaciones, una serie de relaciones y contactos entre las partes que puede dar origen a una relación vinculante. Esto significa que la Corte ha aceptado que durante las tratativas puede surgir una relación vinculante, donde se aplica el régimen de la responsabilidad contractual, pues existe vínculo obligacional que trasciende al contrato, una relación entre las partes que culmina con la celebración del contrato.

La sentenciadora de primera instancia no valoró en debida forma las pruebas documentales y testimoniales arrimadas donde se prueban las obligaciones prometidas de las zonas de agua y jardines, cerramiento y que eran obligaciones contractuales y no precontractuales. Esto se encuentra probado en el trasegar procesal. Por medio de correo electrónico de fecha 6 de agosto de 2015 el cual

fue enviado por el ÉXITO S.A. a la demandada el contrato y sus anexos –plano y pagare- para su conocimiento y firma. Ese plano que también fue enviado en la etapa precontractual, lo anexan al contrato, esto quiere decir que sí estaba en el contrato las obligaciones como: el espejo, la fuente de agua y las zonas de vegetación y las condiciones de la terraza, y son pruebas fehacientes del incumplimiento contractual; todo cruce de información desde el inicio de la negociación hasta la firma del contrato e inclusive su ejecución fue realizada por correos electrónicos.

Este contrato fue firmado antes de que se hiciera entrega formal del local 103, ya que, el centro comercial aún se encontraba en construcción y ningún arrendatario tenía acceso al mismo en esos momentos y los arrendatarios no tenían manera de saber a ciencia cierta cómo estaba quedando en realidad el proyecto, por lo tanto, la única manera de conocer el proyecto era por medio de los planos, información suministrada y renders, los cuales están determinados en los anexos del contrato. Insisto que toda la negociación se realizó vía correo electrónicos y llamadas telefónicas, los cuales fueron los medios de intercambio de información y documentos, todo los correos y documentos enviados y recibidos por este medio se encuentran en el acervo probatorio.

Para mayor evidencia que el plano fue enviado y tenido anexo, en la cláusula primera del contrato 2015 -1207 se determina que: *OBJETO: Mediante el presente contrato LA ARRENDADORA concede a EL ARRENDATARIO el uso y goce del Local Comercial N° 103 (en adelante “el Local” o “el Inmueble”) que formará parte del Centro Comercial Viva Wajjira, el cual será construido sobre el lote de terreno identificado con el Folio de Matrícula Inmobiliaria N° 210-482 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Riohacha, ubicado en la calle 15 N° 18-274 de la ciudad de Riohacha. El Local contará con un área aproximada de 22.86 metros cuadrados y se describe provisionalmente en el plano anexo (Anexo N°3).*

El mismo contrato en la cláusula **Vigésimo Séptima** señala: **ANEXOS. El presente contrato es suscrito por las partes con los siguientes anexos: entre otros el anexo #3 es el de los planos.** Entonces queda totalmente claro que todo lo prometido en la etapa precontractual también quedo soportado en el contrato; es por este hecho que mi cliente acede a la firma del mismo, ya que, ella siempre se representó que lo pactado y prometido en la etapa precontractual estaba incluido en el contrato.

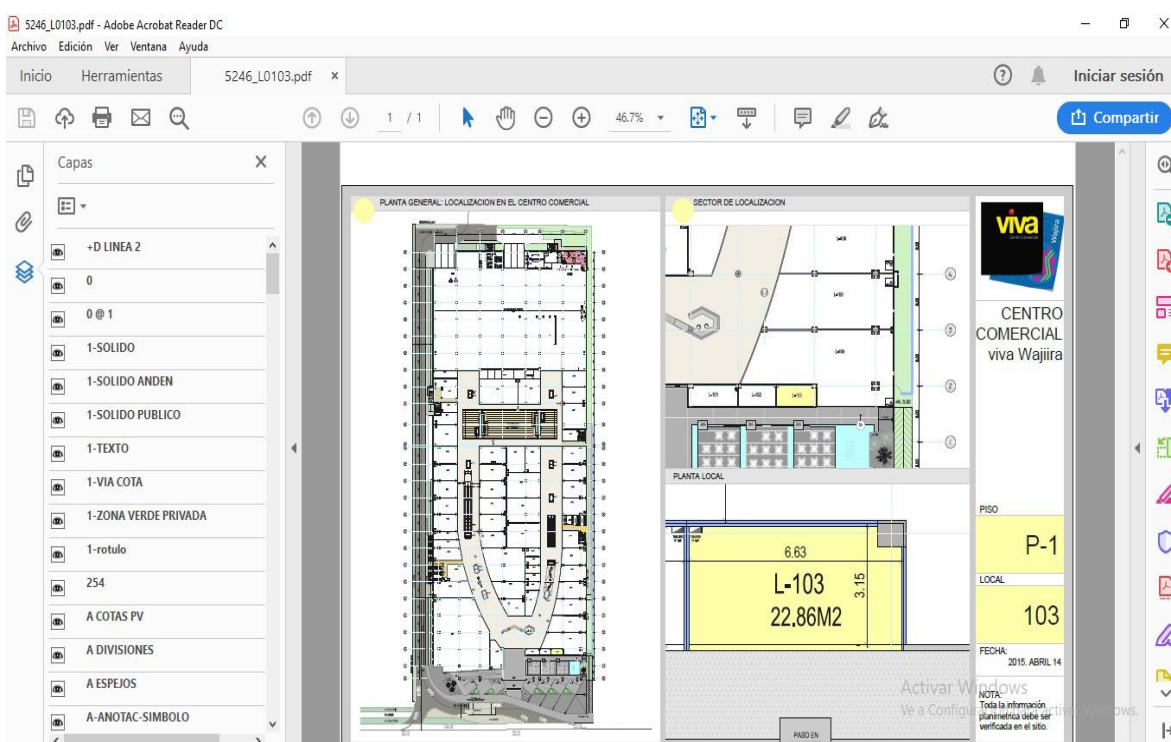
También la Declaración de la apoderada con facultades para surtir interrogatorio, Dra. ANDREA DEL PILAR ORTIZ PUELLO, en la audiencia inicial – se puede escuchar en recording audio 1:07:16 a 1:08:54 – la apoderada manifiesta que se le compartió a la señora MÓNICA un documento: plano, en las negociaciones previas y posteriormente para el contrato; es así que la apoderada en esa audiencia aporta un documento y en ese plano no aparecen los jardines verticales, un ojo de agua, una fuente, un acceso peatonal y la terraza prometida. Ese documento aparece a folio 559 del Cuaderno principal, en audiencia inicial se dejó constancia ante el Juez Primero del Circuito de Riohacha que no se podía ser

apreciado; tal situación tiene su fundamento en el artículo 203 último inciso del CGP “(..); *estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del interrogatorio y no como documentos.*”

Pero, peor aún, es que ese plano que exhibió la apoderada SIN TRAZABILIDAD ALGUNA no fue el enviado a la señora MÓNICA COLMENARES, ni en la etapa precontractual, como tampoco fue el que se anexó al contrato y se nota a simple vista que en el plano suministrado por la apoderada del GRUPO ÉXITO, en lo correspondiente a la terraza exterior no aparece. La empresa ÉXITO S.A. como se afirma y se ha probado siempre actuó de mala fe; sin miramientos se aporta un documento totalmente diferente al que se envió en los correos electrónicos y sin determinar: la fecha en que fue enviado, porque medio fue enviado, por quien fue enviado, quien lo recibió; hace constar la mala fe que se acusó. Para detallar esta situación plasmamos el documento que aparece al folio 559 del C.P.

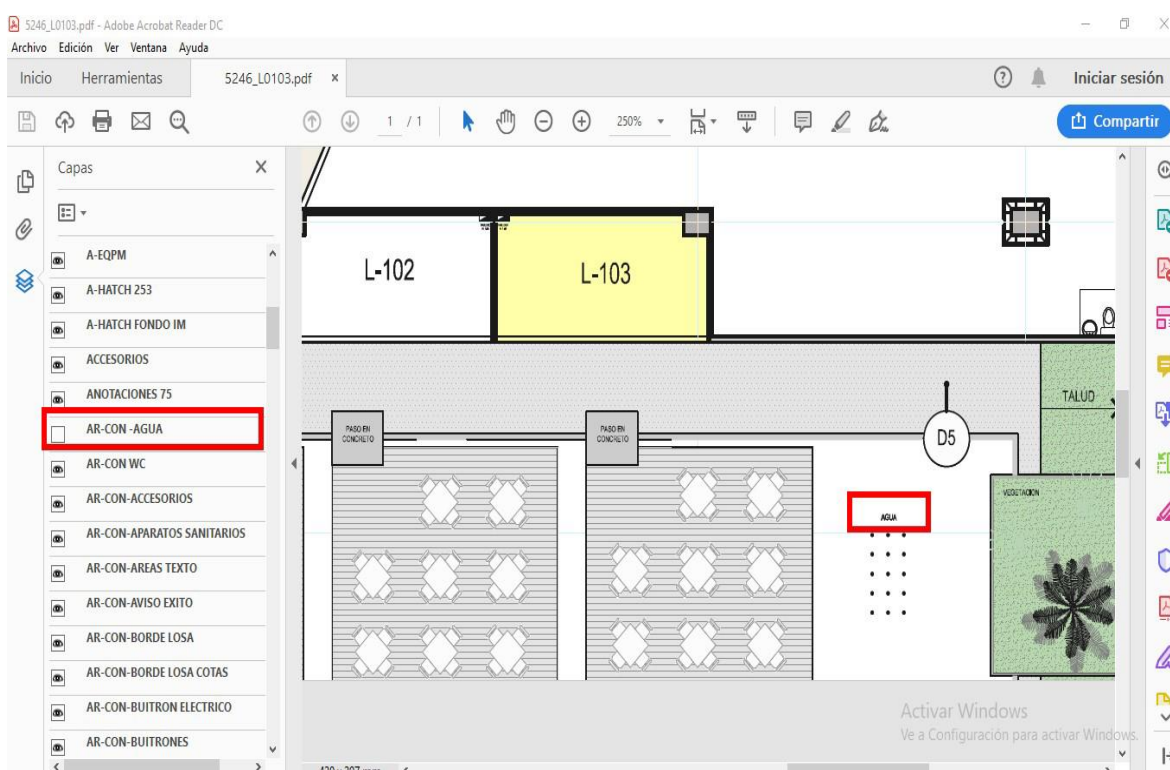
El plano que fue entregado en las negociaciones por medio de correo electrónico de fecha 9 de junio de 2015 y luego enviado anexo al contrato 2015-1207, por medio de correo electrónico de fecha 6 de agosto de 201520, para leerlo y detallarlo no hay que ser experto, se especifica claramente la fuente y el espejo de agua y las zonas de jardines; se aprecia a simple vista y para mayor constancia, en ese plano al hacer un acercamiento la palabra “AGUA” encima de los puntos hidrosanitarios en donde debió instalarse la fuente de agua; adicional el plano está dividido por capas y “claramente”, existe un capa llamada “AR-CON-AGUA”, que quiere decir “arquitectura con agua” y al desconectar esa capa desaparece el color azul del espejo y fuente de agua de la terraza exterior.

Plano como fue enviado:



El GRUPO ÉXITO S.A. se justifica, excepción que acogió la Juez AQUO, diciendo que en el contrato no se incluyen las condiciones físicas y técnicas de las áreas comunes, lo anterior no es de recibo, en virtud a que los planos si estaban anexos al contrato, fueron enviados a mi cliente como se dijo *supra* por medio de correo electrónico el día 06 de agosto del 2015 – Visto a folios 64-65 Y 66 Co Pruebas-, por el señor ESTEBAN VANEGAS RAVE, en dicho correo se especifica lo siguiente palabras textuales “ **Envío contrato de concesión y/o arrendamiento, pagaré (si aplica), plano y anexo ambiental para el Almacén y/o Centro Comercial que relacionamos a continuación**”. El plano anexo al contrato que le fue enviado a la señora MÓNICA fue en formato digital PDF, en capas y a todo color.

Considera para abreviar que dentro del plano la zona de agua estaba estipulada lo cual es el “espejo de agua” y además encima de los puntos que simbolizan la fuente de agua está “claramente” la esta palabra “AGUA”, por lo tanto, no queda la menor duda que dentro del plano anexo al contrato enviado a mi cliente si estaba contemplado el espejo y fuente de agua



Las anteriores imágenes fueron ratificadas por JAVIER BALLESTEROS en audiencia de instrucción – recording audio 1.24 a 1.26:47 y en adelante-; además del testimonio del señor ORLANDO NAVARRO como conocedor de los hechos y con conocimientos en temas relacionados en lectura de renders y planos, asesor de la señora MÓNICA COLMENARES y del señor JAVIER BALLESTEROS.

La Juez de primera instancia, que no conoció el proceso desde su inicio y que no palpo ni tuvo inmediatez de la prueba, manifiesta que esas obligaciones no están integradas en el contrato y son de naturaleza precontractual; posición esta que va en contravía de lo dispuesto en el artículo 1603 del C.C., según el cual, los

contratos deben ejecutarse de buena fe y, por lo tanto, obligan no solamente a lo que se acordó en forma expresa sino a *“todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”*.

En la causa que se presenta las partes celebraron un contrato, que hubo un daño producto de un incumplimiento de obligaciones pactadas por las partes o de los deberes no expresados pero sí acordados que se desprenden del principio general de la buena fe, que así como se presenta no era fácil desentrañar si estábamos en frente de una responsabilidad contractual o extracontractual; el juez civil, en este caso, como juez constitucional, es compelido aplicar esta normatividad aplicando la regla *iura novit curia*.

Es deber del Juez entender la demanda, adecuarla y fallar en plena forma, así no haya instruido el proceso. En este escenario nos encontramos de cara a un incumplimiento, predicado por la falladora de primera instancia, de una parte – la parte demandada- que no pudo demostrar su cumplimiento a otra que fue cumplidora – la demandante - La decisión no puede ser que sí existió un incumplimiento, pero en sede extracontractual y no contractual; por el cúmulo de circunstancias que se presentan al margen de este contrato no es fácil descifrar tal situación, aunque la juez AQUO se aventuró a decir que era extracontractual sin socavar minuciosamente cada prueba – documental y testimonial- y cada etapa.

Indica que es deber del Juez entender la demanda, adecuarla y fallar en plena forma, así no haya instruido el proceso. En este escenario nos encontramos de cara a un incumplimiento, predicado por la falladora de primera instancia, de una parte – la parte demandada- que no pudo demostrar su cumplimiento a otra que fue cumplidora – la demandante-. La decisión no puede ser que sí existió un incumplimiento, pero en sede extracontractual y no contractual; por el cúmulo de circunstancias que se presentan al margen de este contrato no es fácil descifrar tal situación, aunque la juez AQUO se aventuró a decir que era extracontractual sin socavar minuciosamente cada prueba – documental y testimonial- y cada etapa.

4. DE LOS ALEGATOS DE LOS NO RECURRENTE

4.1. ALMACENES ÉXITO S.A.

4.1.1. Refiere que no hay duda que correspondía a dicho extremo demandante probar, como efecto era su carga, el supuesto incumplimiento al contrato de arrendamiento por parte de la demandada. Insistiendo de nuevo en que, el simple hecho de afirmar, sin más elementos de convicción, que la Demandada supuestamente generó un daño a la Demandante por la supuesta falta de instalación de una fuente de agua, de un espejo de agua y de unos jardines verticales en la zona común de la terraza del Centro Comercial Viva Wajira no resultan ser motivos suficientes para predicar un incumplimiento contractual y ni mucho menos, una responsabilidad civil contractual.

4.1.2. Si se revisa el texto del contrato suscrito y el acta de entrega del local, tal cual como lo hizo el a quo, nunca se pactó obligación contractual alguna de construir una fuente de agua, un espejo de agua o unos jardines verticales.

4.1.3. Como bien lo explicó el juzgado de primera instancia, mi representada en ningún momento realizó una oferta formal a la Demandante, toda vez que los renders y demás apoyos publicitarios fueron concebidos como circulares publicitarias o prospectos de las mismas, dirigidas a personas indeterminadas, las cuales no son vinculantes para quien las hace, de conformidad con lo estipulado en el artículo 847 del Código de Comercio.

4.1.4. Es débil tratar de argumentar un desempeño deficiente a nivel comercial por el apelante atribuible a mi representada, justificándose en elementos arquitectónicos totalmente ajenos al negocio jurídico, ya que, una fuente de agua, un espejo de agua o unos jardines verticales, no garantizan en ningún momento que dicho local pudiese tener un mayor nivel de ventas, ya que hay acciones que se salen de la esfera de control del arrendador y una de ellas –claramente- es desplegar todas las estrategias de mercadeo posibles para que el negocio sea exitoso, tareas que son única y exclusivamente responsabilidad del arrendatario.

A continuación, esta corporación, previa deliberación de sus miembros, profiere la Sentencia que se contrae a desatar el recurso de apelación formulado por las partes

Por disposición del artículo 279 y 280 del CGP, esta sentencia será motivada de manera breve, en virtud a que la demanda, la contestación y las actuaciones procesales son suficientemente conocidas por las partes del proceso, para iniciar el argumento desde la sentencia de primera instancia.

5. CONSIDERACIONES.

Inicialmente debe indicarse que los presupuestos del proceso concurren todos y no se advierte causal de nulidad alguna que pueda incidir en lo actuado.

5.1. COMPETENCIA.

Este tribunal tiene competencia tal como se asigna en el artículo 26 del Código General del Proceso.

5.2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Los renders y planos que contenían un espejo de agua, unos jardines verticales, y una fuente de agua anunciados en fase precontractual, hacen parte integral del contrato de arrendamiento de local comercial que suscribió la demandante con almacenes ÉXITO S.A. y al no ser incluido los anteriores en el proyecto final del centro comercial VIVA GUAJIRA da lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de local comercial por incumplimiento del mismo y el correspondiente pago de perjuicios?

Así los insumos que se tendrán para evaluar de forma crítica el problema sumido serán los siguientes:

5.3. PREMISAS NORMATIVAS.

Son premisas normativas y jurisprudenciales que soportan la decisión a tomar las siguientes:

5.3.1. El Código Civil:

Artículo 1546. Condición resolutoria tacita En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

5.3.2. Del Código de comercio.

Artículo 845. Oferta elementos esenciales. La oferta o propuesta, esto es, el proyecto de negocio jurídico que una persona formule a otra, deberá contener los elementos esenciales del negocio y ser comunicada al destinatario. Se entenderá que la propuesta ha sido comunicada cuando se utilice cualquier medio adecuado para hacerla conocer del destinatario.

Artículo 870. Resolución o terminación por mora. En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

5.4. JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, Expediente No. 6151, MP DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ

La práctica comercial demuestra que en no pocas ocasiones los contratos no surgen a la vida jurídica de un momento a otro, sino que suelen estar precedidos de ciertas etapas en que las partes discuten y consideran distintos aspectos del negocio en ciernes de celebración, itinerario que bien puede culminar con el advenimiento de un proyecto de negocio jurídico que alguien somete a otra persona o a personas indeterminadas (oferta), para su aceptación o rechazo. Mas, si el destinatario o destinatarios deciden aceptar la propuesta comercial, en forma pura y simple, desde entonces el contrato surgiría a la vida jurídica, si es de aquellos que para su perfeccionamiento no requiere cumplir ninguna solemnidad. Esto no acaecería, como lo tiene dicho la Corte, “si se trata de un contrato solemne, pues en este caso, la existencia de éste sólo se inicia ‘desde que se cumple la formalidad externa que la ley exige para su perfección’, conforme lo tiene sentado la jurisprudencia desde antiguo (Sent. Cas. Civil, 11 de octubre de 1929, G. J. Tomo XXXVII, pág. 283), la que conserva todo su vigor. De manera pues que, si lo ofrecido y aceptado es la celebración futura de un contrato

solemne, a la aceptación habrá de seguir la promesa de contrato con el lleno de los requisitos legales, si así lo quieren las partes, o, si lo prefieren, la celebración directa del contrato a que se refiere la oferta”, directriz que, por supuesto, sólo tendría aplicación en los eventos de haberse establecido la formalidad como requisito ad-sustantiam actus, mas no como presupuesto ad-probationem.

(...)

Lo anterior significa que si la responsabilidad prevista en el artículo 863 del Código de Comercio, es la que compromete a cualquiera de las partes cuando no se comportan de buena fe exenta de culpa, en el interregno que va desde la ocurrencia de los “tratos preliminares encaminados a lograr un acuerdo y hasta cuando esos tratos se rompan o hasta cuando el negocio se celebre”, la responsabilidad que en dichos extremos surge, debe regirse por las “reglas de la responsabilidad extracontractual y no por las de la llamada responsabilidad contractual, como quiera que estas no se aplican sino para regular el contenido indemnizatorio de una obligación incumplida previamente nacida de un contrato válido y plenamente eficaz, al tenor de lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil”.

(...)

Entendido así el cargo, para resolverlo debe dejarse por averiguado que en esta parte de la impugnación sentenciador y recurrente coinciden en que el negocio proyectado no nació a la vida jurídica, razón por la cual la discrepancia, como ya quedó dicho, se concreta a definir el tipo de reglas que gobiernan la responsabilidad civil en el ámbito de la fase precontractual, pues en sentir del impugnante el Tribunal aplicó indebidamente normas de la responsabilidad contractual

(...)

En las oportunidades en que la Corte ha tratado el punto, ha optado por la teoría extracontractualista. Así lo expuso en la sentencia de 11 de mayo de 1970 cuando anotó: “Así entendida la responsabilidad contractual, su denominación tradicional resulta impropia, como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar de fuentes distintas de los contratos. Pero, en todo caso, el concepto de la misma circunscribe el campo de su operancia, cual es el de la ejecución de las obligaciones. Con otras palabras, cuando de ella se trata, el punto de partida de la valoración jurídica pertinente se encuentra en el momento en que la obligación ya nacida se ha hecho exigible y debe ser ejecutada. Más aún, en nuestro sistema la responsabilidad contractual sólo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está en mora de cumplir. (Art. 1615). Infiérese de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de la responsabilidad aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formación de la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, v. gr., la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa in contrahendo en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana”.

Posteriormente en sentencia de 28 de junio de 1989, reiteró la tesis diciendo: “durante el decurso de tales actos, tratos o conversaciones las partes están ligadas por unas reglas jurídicas tendientes a asegurar una cierta protección contra la mala fe o la ligereza de su contraparte, pues no pueden considerarse vinculadas por un contrato hasta que no se haya producido el consentimiento respectivo; por ello, los mecanismos de la responsabilidad extracontractual pueden ser utilizados para impedir que una parte abuse de su libertad para concluir o no el contrato proyectado, en daño de aquella otra cuyo interés ha sido solicitado por ella”.

El criterio expuesto por la Corte en la sentencia anterior, ratificado en la sentencia de 27 de junio de 1990 , parte de la idea de que antes del ajuste del contrato, es decir, en la etapa de los tratos preliminares o prenegociales, o sea aquella que antecede el contrato mismo que se proyecta realizar, la responsabilidad que eventualmente se pudiera deducir se enmarca en la tesis de la responsabilidad “precontractual”, distinta ella a la contractual que sólo puede derivarse a partir de la celebración efectiva del contrato, porque en aquella “solamente se van configurando las bases correspondientes para la consolidación paulatina de mayor o menor grado, de la contratación proyectada...”. De manera que esta concepción descarta a priori la posibilidad de que en tal fase se traben “vínculos jurídicos” que puedan admitir el tratamiento propio de la responsabilidad contractual, con independencia del perfeccionamiento del contrato, olvidándose del criterio sentado por la Corte en la sentencia de 11 de mayo de 1970, antes referenciada, el cual ratificó la sentencia de 13 de diciembre de 2001, porque como lo explica algún sector de la doctrina, según se vio, el tratamiento jurídico de la responsabilidad contractual no supone necesariamente la existencia de un contrato, sino más bien la presencia de un “vínculo jurídico” con abstracción del momento en que éste surge, el cual, se itera, puede aparecer en la fase precontractual, como expresamente lo anotó la sentencia de 13 de diciembre de 2001, cuando expuso a propósito del punto, que los actos y tratos que venía examinando bien pueden “válidamente ubicarse en la fase precontractual, por cuanto ésta comprende, itérase, un conjunto de relaciones y de contactos entre las partes, cuya relevancia puede ser diversa, según el avance de la negociación (con el nacimiento eventual de una relación vinculante) y no solamente de la oferta, como una etapa de mayor acercamiento entre los interesados” (subraya fuera de texto).

6. DEL CASO EN CONCRETO

En el presente asunto, no cabe duda, que la parte activa de la acción pretende a través del recurso de alzada, se determine que en la formación progresiva del contrato de arrendamiento del local comercial, que celebró con la empresa ÉXITO S.A., las negociaciones preliminares, hacían parte del mismo, ya que el anterior no fue diseñado bajo el principio de negociación, sino que fueron cláusulas predispuestas en donde la parte débil solo aceptó y por tal motivo al no incluirse las obligaciones contractuales plasmadas en los renders y planos puestos en conocimiento de la demandante existió un incumplimiento contractual.

Sobre el anterior tópico, debe iniciarse realizado ciertas apreciaciones, para entender que la génesis del presente asunto es el contrato de arrendamiento de local comercial, el cual, está regulado en el artículo 1973 y siguientes del Código Civil Colombiano, para el caso del arrendamiento de inmuebles, y el Código de Comercio en sus artículos 518 a 524 contiene las disposiciones especiales para el arrendamiento de locales comerciales.

Ahora bien, debe tenerse claro que para salir avantes las pretensiones de la actora, esto es la resolución del contrato, debe verificarse que se esté ante la responsabilidad contractual, la cual, tiene su origen en un contrato que ha sido firmado por dos partes, y una de ellas incumple con las obligaciones que asumió, causando un perjuicio o daño a la otra.

En consecuencia, quien sea responsable de causar el daño o perjuicio, debe compensar o indemnizar a la otra parte, claro está demostrando el incumplimiento de las cláusulas contractuales.

La responsabilidad civil contractual tiene su origen en el artículo 1602 del código civil colombiano, que otorga al contrato la calidad de ley para las partes, que quedan obligada a cumplir lo pactado, de manera que, si una de las partes incumple, se hace responsable por las consecuencias que genere ese incumplimiento a la otra parte.

En el presente asunto, está más que demostrado que lo pretendido como responsabilidad contractual, realmente trata sobre las negociaciones previas o aquellas de naturaleza precontractual, siendo necesario determinar si pueden ser resueltas bajo la modalidad de la responsabilidad contractual, como inicialmente fue abordado por la Juez de primera instancia.

Para tal fin, la resolución de un contrato se encuentra contenida en el artículo 1546 del Código Civil el cual consagra la condición resolutoria tácita, que consiste, como lo indicó al a-quo en la facultad a favor del contratante cumplido para pedir la resolución o el cumplimiento del pacto, con indemnización de perjuicios, frente al extremo contrario del negocio que no respetó las obligaciones que adquirió.

Debe entenderse de manera general que un contrato a las luces del artículo 1495 del Código Civil, se conoce como al acto voluntario de una persona de adquirir una obligación para con otra persona y la responsabilidad contractual solo nace del incumplimiento de obligaciones derivadas de un contrato válidamente celebrado.¹

Teniendo claro lo anterior, debe identificarse si las negociaciones previas o precontractuales comportan dicho acto voluntario de obligarse y aquí la jurisprudencia de nuestro máximo

¹ Tamayo Jaramillo, Javier, Tratado de responsabilidad civil, T. 1, 2ª edición, Legis, Bogotá, D.C., 2007, pág. 69. Véase igualmente Trigo Represas, Felix A, "Responsabilidad precontractual", en López Mesa, Marcelo; Trigo Represas, Felix A., Tratado de la responsabilidad civil, cuantificación del daño, La ley, Buenos Aires, 2006, pág. 547.

órgano de cierre da una respuesta al presente asunto y que adicional es la que esta Sala adoptará para resolver el caso de marras.

Ha dicho la Corte como se indicó en el acápite de apoyo jurisprudencial que en la práctica comercial demuestra que en no pocas ocasiones los contratos no surgen a la vida jurídica de un momento a otro, sino que suelen estar precedidos de ciertas etapas en que las partes discuten y consideran distintos aspectos del negocio en aperturas de celebración, itinerario que bien puede culminar con el advenimiento de un proyecto de negocio jurídico que alguien somete a otra persona o a personas indeterminadas (oferta), para su aceptación o rechazo y se perfecciona con el contrato, en este caso con el contrato de arrendamiento de local comercial.

Aquí es importante resaltar que todos los actos, tratos o conversaciones preliminares llevados a cabo con el fin de perfeccionar el acuerdo de voluntades, en un momento dado resultarían trascendentales, no sólo para desentrañar la verdadera intención de las partes, sino para ver cuáles fueron las reglas de juego, inclusive jurídicas, a las que se iban a someter, conductas que, desde luego, cobrarían mayor relevancia si después de ocurrida la propuesta, así como su aceptación por el destinatario, aparecen ratificadas de modo expreso o tácito, situación que en el presente asunto no ocurre, es decir, si bien es cierto, que la parte accionada aceptó haber enviado renders y planos de cómo quedaría las zonas comunes del centro comercial Viva Guajira, los mismos no fueron ratificados dentro del contrato de arrendamiento en mención y mucho menos puede concluirse que ellos eran un requisito indispensable o esencial para la validez o existencia del contrato evocado.

Es claro, para este cuerpo colegiado que el proceso de formación del consentimiento y por consiguiente de perfeccionamiento del contrato, se divide en varias etapas, en una fase preliminar se encuentra la circunstanciada por los tratos previos al negocio, es decir, una etapa precontractual y pese a que varios tratadistas acudieron al principio de buena fe opinan que a dicha fase debe dársele el mismo tratamiento de contractual, la Corte Suprema de Justicia ha optado por la teoría extracontractualista considerando :

Así entendida la responsabilidad contractual, su denominación tradicional resulta impropia, como quiera que el vínculo obligatorio que ella presupone puede emanar de fuentes distintas de los contratos. Pero, en todo caso, el concepto de la misma circunscribe el campo de su operancia, cual es el de la ejecución de las obligaciones. Con otras palabras, cuando de ella se trata, el punto de partida de la valoración jurídica pertinente se encuentra en el momento en que la obligación ya nacida se ha hecho exigible y debe ser ejecutada. Más aún, en nuestro sistema la responsabilidad contractual sólo comienza, en punto de obligaciones positivas, cuando el deudor está en mora de cumplir. (Art. 1615). Infiérese de lo dicho que son cuestiones ajenas a esta especie de la responsabilidad aquellas que tocan con situaciones que se hayan presentado antes o al tiempo de formación de la obligación cuyo incumplimiento ellas sancionan, v. gr., la cuestión tocante con la conducta observada por las partes en la etapa precontractual, el dolo o la culpa in contrahendo en que ellas hubieran incurrido entonces, etc., temas estos que

encuadran en las regulaciones propias de la responsabilidad extracontractual o aquiliana”.

Proceso jurisprudencial que ha venido sosteniendo la Corte a través de los años, siendo enfáticos que el origen del incumplimiento no tiene su origen en **una obligación** sino en un **hecho jurídico**, como lo sería un ilícito de carácter civil.

Todo lo anterior hace concluir inequívocamente que, al estar discutiéndose cuestiones previas o precontractuales al contrato en sí, la responsabilidad objetiva en el presente asunto no puede ser discutida bajo en ámbito de la responsabilidad contractual, si no la extracontractual y por tal motivo el raciocinio que utilizó el a-quo, es acertado y ajustado a derecho, no encontrando error en su interpretación normativa y jurisprudencial.

Es apenas lógico, que las pretensiones de la acción van dirigidas a dejar sin efectos un contrato, pero al estar probado que la responsabilidad endilgada no tiene su origen en dicho acto jurídico sino en la etapa precontractual de mismo, no es jurídicamente procedente concluir las consecuencias adversas que se pretenden, más aún cuando no había nacido a la vida jurídica el contrato; es decir, no se puede dejar sin efectos lo que no existía.

En el recurso de alzada se manifiesta que lo anterior nunca se dijo que no fueran obligaciones contractuales, pero, dicha afirmación se cae por su propio peso, se ha determinado que no se había perfeccionado el negocio jurídico en el entendido que no se había firmado ningún contrato expresando la voluntad de las partes y obligándose entre sí y se encontraban en la etapa precontractual, por tanto, no era necesario indicar que no era una obligación contractual.

Del mismo modo, el recurso de alzada indica que era deber del Juez entender la demanda, adecuarla y fallar en plena forma, así no haya instruido el proceso y considerando que la decisión no puede ser que sí existió un incumplimiento, pero en sede extracontractual y no contractual.

Sobre lo anterior debe indicar esta Corporación que si bien es cierto el deber del Juez de interpretar la demanda, en presente asunto era diáfano lo pretendido por la parte actora, lo cual, era determinar el incumplimiento de un contrato de arrendamiento y por tal motivo, la resolución del mismo, es decir, no era necesario adecuar nada y si de entrada se procediera a valorar probatoriamente que lo pretendido no estaba estipulado en el contrato en sí, si no, que hizo parte de la etapa precontractual, estaría prejuzgado la instancia, pues recordemos que la pretensión está en cabeza de la parte y de conformidad con el artículo 167 del CGP incumbe a probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen y para el presente caso no ha sido probado en incumplimiento contractual anunciado, por tanto, no se evidencia transgresión al debido proceso.

Aunado a lo anterior la sentencia de instancia, no determinó que existiera un incumplimiento de carácter extracontractual, estableció que lo pretendido era del resorte de la responsabilidad civil extracontractual y que al no encontrarse acreditado en el plenario un incumplimiento de las obligaciones asumidas en el contrato de arrendamiento de local comercial N° 2015-1207 por parte de la demandada que

permita acceder a la resolución del mismo y la consecuente condena al pago de los perjuicios demandados, por cuanto estudiadas las obligaciones contractuales asumidas por ésta se encontró que no faltó a ellas, negó las pretensiones, decisión que se comparte.

Tampoco puede pretenderse que estudiada la responsabilidad contractual y al no encontrarse la misma, se proceda hacer un estudio de la responsabilidad extracontractual, determinado el hecho, el daño y el nexo causal, pues ello si sería violatoria de las garantías procesales de las partes, pues enfilan baterías para la defensa de un asunto, pero son sorprendidos con soluciones a pretensiones que no fueron formuladas, ni mucho menos discutidas probatoriamente, por tanto, se reitera que la sentencia de primera instancia debe confirmarse.

Con el argumento anterior es suficiente para confirmar la sentencia.

Sin embargo y pese a todo lo anterior, no resulta menos importante el hecho de haber recibido el inmueble **aun sin las especificaciones acordadas precontractualmente, entendiéndose bajo el dicho del accionante que hacían parte integral del contrato**, entonces: si no se alegan vicios del consentimiento o de error en el objeto, ¿Por qué se recibió el bien?

Para oscurecer mas el panorama del incumplimiento contractual bajo la vista del demandante, ¿Por qué se aceptó el cambio del objeto contractual (cambio de inmueble), si el supuesto incumplimiento derivaba del hecho que el arrendador no cumplió con las características del inmueble prometido en arrendamiento? ¿No constituye esta una novación (*Art 1687 la novación es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida*)?, dejando atrás la discusión si la fase precontractual debe tenerse como contractual o extracontractual, (pues ya se decantó y no tiene relevancia para este argumento) **constituía la base para la firma del primer contrato de arrendamiento, es decir que la fase precontractual y contractual es una misma (según el arrendatario)**, al aceptar un nuevo inmueble cambia el objeto, novando la obligación, dejando extintas las obligaciones del primer contrato y surgiendo un nuevo pacto; un nuevo régimen de obligaciones privado; por tanto haciendo inexigible las contenidas en el primero de ellos.

En mérito de lo ampliamente expuesto la Sala de Decisión Civil-Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Riohacha, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

Condena en costas en esta instancia por resultar desfavorable el recurso de apelación (art. 365 C. G. del P.).

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en su integralidad.

SEGUNDO: CONDENAR en costas, por no resultar avante el recurso de apelación propuesto por la parte demandante. Condénese en costas al recurrente en la suma de un salario mínimo, los cuales deberán ser liquidados de forma concentrada en el Juzgado de Origen.

TERCER: NOTIFIQUESE por estado, para lo pertinente, remítase a la secretaria del Tribunal.

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2, Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28; Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

JHON RUSBER NOREÑA BETANCOURTH

Magistrado Ponente

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2, Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28; Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

PAULINA LEONOR CABELLO CAMPO

Magistrada

SIN NECESIDAD DE FIRMAS

(Art. 7, Ley 527 de 1999, Arts. 2 inc. 2, Decreto Presidencial 806 de 2020 Art 28; Acuerdo PCSJA20-11567 CSJ)

CARLOS VILLAMIZAR SUÁREZ

Magistrado