El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: RESPONSABILIDAD CIVIL / DIFERENCIA ENTRE LA CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL / PRINCIPIO DE CONGRUENCIA / ENTRE LO PRETENDIDO Y LA SENTENCIA / SE DENIEGAN LAS PRETENSIONES / LOS ACTOS INVOCADOS COMO SUSTENTO DE LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL TIENEN RESPALDO EN LOS CONTRATOS CELEBRADOS ENTRE LAS PARTES.**

Antes de empezar a definir la cuestión…, considera el Tribunal menester determinar lo relacionado con la clase de responsabilidad, contractual o extracontractual, que se invocó como fundamento de las pretensiones, para determinar si la sentencia resulta congruente. (…)

… es que la demanda y su contestación, en cuanto recogen las posturas de las partes en el proceso, delimitan el contenido del litigio y es por ello que… el juez, al desatar la controversia, debe sujetarse a ellas, sin que esté autorizado para hacerlo desbordando los linderos que los contendientes fijaron, porque en tal forma produce un fallo extra petita que desconoce el principio de la congruencia. (…)

… la facultad del juez para definir el litigio no es absoluta, encuentra límites en las pretensiones que le plantea el demandante y en los hechos sobre los que ellas se edifican; también en las excepciones que propone el demandado, sin perjuicio de las facultades oficiosas que la ley le otorga. (…)

En este caso, a juicio de la Sala el juzgado incurrió en incongruencia, pues expresamente se dijo en el escrito por medio del cual se formuló la acción que se intentaba una responsabilidad de naturaleza extracontractual, fue esta la que se invocó como fuente de las indemnizaciones que se reclaman…

Sin embargo, el juzgado trató la cuestión como si de una responsabilidad civil contractual se tratara, y así decidió el litigio, situación que se remediará en esta providencia, en la que se definirá con sustento en la responsabilidad que efectivamente alegó el actor…

En materia de responsabilidad civil extracontractual, las obligaciones indemnizatorias que pueden surgir encuentran su fundamento en un hecho que causa daño a otra persona, que no está sustentado en relación negocial alguna y esa es la razón fundamental que la diferencia de la de naturaleza contractual, en la que el daño se produce por incumplimiento de un convenio. (…)

El análisis en conjunto de esas pruebas acredita la existencia de dos contratos, de fechas 7 de mayo y 7 de junio de 2004, celebrados entre las partes, por medio de los cuales el demandante entregó a la demandada valores en administración y custodia, siendo ese su objeto principal.

Lo pactado en esos contratos, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes “y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales”.

Por tanto, las operaciones en bolsa, a que se refiere la demanda como no consentidas y sobre las que se edificaron las pretensiones elevadas para reclamar el actor las indemnizaciones por los daños que dice sufrió, encuentran sustento en los referidos contratos, los que subsisten jurídicamente…

La existencia de esos contratos impide entonces al demandante ejercer la acción de naturaleza extracontractual a la que efectivamente acudió para obtener se le indemnicen los perjuicios que reclama y que se causaron, dice, porque no otorgó permiso para realizar transacciones en bolsa de valores, pues las pruebas referidas acreditan lo contrario, mediante contratos que no han sido resueltos ni declarados nulos.

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO: DOCTORA CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

A mi juicio, han debido tasarse las agencias en derecho en el fallo porque así lo dispone el numeral 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 19 de la ley 1395 de 2010, y liquidarse las costas en esta sede, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 393 de la misma obra, aunque en la actualidad esté vigente el Código General del Proceso que ya no manda hacerlo así y con fundamento en las reglas sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo.

En efecto, como el recurso de apelación contra la providencia proferida en primera instancia se interpuso en vigencia del Código de Procedimiento Civil, es ese estatuto el que debe aplicarse durante todo el trámite de la alzada de acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el 624 del Código General del Proceso…

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

**SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrada Ponente: Claudia María Arcila Ríos

Pereira, julio treinta y uno (31) de dos mil veinte (2020)

Acta No. 249 del 31 de julio de 2020

Expediente No. 05001-31-03-016-2006-00381-01

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA19-11327, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura el 26 de junio de 2019, procede esta Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, el 30 de noviembre de 2012, en el proceso ordinario instaurado por el señor Gabriel Jaime Agudelo Gómez contra la sociedad Pichincha Valores S.A. Comisionista de Bolsa, hoy Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa.

**ANTECEDENTES**

1. Solicita el demandante, por los trámites de un proceso de responsabilidad civil extracontractual, se declare que la sociedad demandada debe responder por los perjuicios que le causó, con motivo de las operaciones realizadas en la bolsa de valores, por valor de $120.000.000.000, desde mayo de 2004, sin su autorización y en consecuencia, se le condene a pagarle $5.000.000 por daño emergente, con sus intereses desde el 29 de septiembre de 2005; $30.000.000 por concepto de lucro cesante y $50.000.000 por daño moral. Además solicitó que tales sumas fueran indexadas y se condenara a la accionada a pagar las costas del proceso.

2. Como fundamento de esas pretensiones, se relataron los hechos que admiten el siguiente resumen:

2.1 Pichincha de Valores S.A. Comisionista de Bolsa tiene acceso a la bolsa de valores para realizar transacciones a nombre de personas que efectivamente se lo soliciten y lo hizo a nombre del demandante, desde el 10 de mayo de 2004, sin su autorización, por la suma de $120.000.000.000.

2.2 La supuesta vinculación tiene fecha del 7 de junio de 2004, un mes después del inicio de operaciones a su nombre y se realizó mediante el diligenciamiento de un formulario con su mínima información. El 2 de ese mes, oficial de cumplimiento de esa entidad le solicitó explicación sobre las transacciones hechas desde el 10 de mayo, lo que indica que para justificarlas, la demandada “indujo a mi poderdante para inscribir su nombre en esa sociedad”.

2.3 La referida sociedad, por medio de uno de sus empleados, realizó a nombre del actor, operaciones de especulación en la bolsa de valores, por la suma atrás indicada, sin su permiso y en clara suplantación de su persona; como empleador tiene a su cargo la obligación de vigilancia y control sobre sus empleados y debe responder no solo por el hecho de sus dependientes, sino por el hecho propio, en virtud de la teoría de los órganos, pues las personas jurídicas comprometen su responsabilidad por los hechos de los órganos de administración y ejecución.

2.4 El demandante hubo de adelantar gestiones para aclarar su situación mediante derechos de petición que dirigió a la sociedad demandada, con el fin de que certificara que las operaciones en cuestión se realizaron sin consentimiento y recursos suyos; no obstante, se abstuvo de hacerlo.

2.5 Toda esa situación le generó perjuicios, toda vez que se atentó contra su buen nombre, honorabilidad, honestidad e imagen social, lo que además afecta su nombre comercial y capacidad para contratar; le causó preocupación, angustia y sentimiento de impotencia por las posibles implicaciones penales y/o civiles que se pudieren desencadenar; se ha marginado de la actividad comercial y financiera, que lo afecta de manera económica, al verse privado de generar utilidades con su patrimonio.

3. Por auto del 2 de febrero de 2007 se admitió la demanda.

4. Trabada la relación jurídica procesal, la sociedad accionada dio respuesta al libelo. Negó los hechos demandada relacionados con la responsabilidad que se le endilga; se opuso a las pretensiones y como excepciones de fondo propuso las de inexistencia perjuicios materiales; inexistencia de perjuicios morales; responsabilidad personalísima de quien realiza los hechos; buena fe de la demandada y diligencia como empleadora, falta de prueba de la culpa de la demandada, prescripción y compensación.

5. Sin ningún resultado práctico se realizó la audiencia prevista por el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil; posteriormente se decretaron y practicaron en lo posible las pruebas solicitadas; luego se dio traslado a las partes para que formularan sus alegatos, oportunidad que solo aprovechó la parte demandante.

##### SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La dictó el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, el 30 de noviembre de 2012. En ella se declaró la ausencia del daño como elemento de la responsabilidad; se desestimaron las pretensiones y se condenó en costas al demandante.

Para decidir así empezó a referirse a los presupuestos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual y se concluyó que en este caso se acudió a la primera, pues aunque se invocaron como fundamentos jurídicos los artículos 2341 y 2347 del Código Civil, los hechos invocados como fuente de responsabilidad ocurrieron en vigencia de una relación contractual que surgió entre las partes, la que no se desvirtuó.

Luego hizo mención a algunos preceptos que regulan lo relacionado con el contrato de comisión para la compra y venta de valores en bolsa, el que consideró existió entre las partes con las copias del formulario único de vinculación y contrato para la administración de valores, de fechas 10 de mayo y 7 de junio de 2004, respecto de los cuales concluyó se reunían los requisitos de validez señalados en el Código Civil. Además, dijo que aunque el demandante desconoce esa relación contractual, existe prueba documental por él aportada, que no desconoció ni tachó; consideró probado el incumplimiento de la demandada de una obligación a su cargo, ya que como lo alegó el actor, no otorgó instrucciones para comprar y vender valores en bolsa; lo contrario dedujo respecto del daño, pues no hay prueba de aquellos que relató el actor en la demanda se produjeron.

##### IMPUGNACIÓN

Inconforme con la sentencia, la apoderada del demandante la apeló. En síntesis, porque considera que el daño, como elemento de la responsabilidad, sí quedó demostrado.

**CONSIDERACIONES**

1. Es lo primero afirmar que este asunto se resolverá con fundamento en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, pues aún no ha hecho tránsito legislativo.

2. Se hallan satisfechos en su integridad los presupuestos procesales y como ninguna causal de nulidad se ha configurado, se dictará sentencia de mérito.

3. Antes de empezar a definir la cuestión y de analizar lo relacionado con la legitimación en la causa, considera el Tribunal menester determinar lo relacionado con la clase de responsabilidad, contractual o extracontractual, que se invocó como fundamento de las pretensiones, para determinar si la sentencia resulta congruente.

El artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, vigente para cuando se interpuso el recurso que por medio de esta providencia se decide, en su parte pertinente enseña: “*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta…”*

Y es que la demanda y su contestación, en cuanto recogen las posturas de las partes en el proceso, delimitan el contenido del litigio y es por ello que de conformidad con la norma transcrita, el juez, al desatar la controversia, debe sujetarse a ellas, sin que esté autorizado para hacerlo desbordando los linderos que los contendientes fijaron, porque en tal forma produce un fallo extra petita que desconoce el principio de la congruencia.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia, cambiando lo que hay que cambiar, ha dicho:

*“… si bien es cierto que a los jueces les ha sido reservada la misión de efectuar la correcta calificación jurídica de los hechos litigados que resulten probados, labor en la que satisfechas ciertas condiciones (G. J, Ts. XLI, Bis, pág. 233, y XLIX, pág. 229) no los atan por principio las equivocaciones en que haya podido caer la parte interesada al citar normas destinadas apenas a ilustrar la cuestión planteada, también es verdad que siendo la demanda pieza esencial en el común de los procesos de naturaleza civil y las declaraciones categóricas en ella contenidas pauta de forzosa observancia al momento de fallar (G. J, T. LXVI, pág. 76), aquellos funcionarios no cuentan con autoridad ninguna para, en correría ilimitada y arbitraria, llegar hasta desestimar las susodichas declaraciones, seleccionando de oficio acciones y vías legales no utilizadas por las personas legitimadas para hacerlo, luego salta a la vista la especial importancia que tiene la escogencia de la acción y la manera de enderezarla…*

La misma Corte, en fallo de 16 de julio de 2008[[1]](#footnote-1), reiterada el 15 de julio de 2010**[[2]](#footnote-2)**, concluyó:

*“En fin, lo que aquí se quiere significar es que cuando el actor ha explicitado de manera unívoca y contundente la especie de responsabilidad que quiere hacer valer contra el demandado, no le es dado al fallador desdeñar esa elección ni alterar a su gusto, sin importar los móviles que lo alienten, la clara y expresa decisión del demandante.”*

De acuerdo con esa jurisprudencia, la facultad del juez para definir el litigio no es absoluta, encuentra límites en las pretensiones que le plantea el demandante y en los hechos sobre los que ellas se edifican; también en las excepciones que propone el demandado, sin perjuicio de las facultades oficiosas que la ley le otorga.

En este caso, a juicio de la Sala el juzgado incurrió en incongruencia, pues expresamente se dijo en el escrito por medio del cual se formuló la acción que se intentaba una responsabilidad de naturaleza extracontractual, fue esta la que se invocó como fuente de las indemnizaciones que se reclaman.

En efecto, así se dijo de manera expresa al identificar la clase de intentada y antes de relatar los supuestos fácticos; estos, dan cuenta de la falta de autorización por parte de la sociedad demandada para negociar a su nombre valores en bolsa, desconocen la existencia de convenio alguno entre ellos con tal finalidad; no incluyen perjuicios provenientes del incumplimiento de obligaciones que hubiesen tenido su origen en un contrato; ni algún deber en este pacto se invoca como fundamento de responsabilidad; en los fundamentos jurídicos se citaron normas relacionadas con la responsabilidad extracontractual y para iniciar acción de esta naturaleza, otorgó poder el demandante.

Sin embargo, el juzgado trató la cuestión como si de una responsabilidad civil contractual se tratara, y así decidió el litigio, situación que se remediará en esta providencia, en la que se definirá con sustento en la responsabilidad que efectivamente alegó el actor, teniendo en cuenta que en el escrito por medio del cual se sustentó el recurso, como se hizo desde la demanda misma, desconoce la existencia del contrato a que se refiere la providencia que se revisa, lo que además permite concluir que ese escrito es claro y por ende, no es menester interpretarlo.

4. Corresponde entonces a este Tribunal determinar si la sociedad demandada incurrió en responsabilidad civil extracontractual por haber negociado valores en la bolsa de valores, a su nombre, sin facultad para hacerlo.

5. Las partes están legitimadas en la causa, de acuerdo con el artículo 2431 del Código Civil, pues el demandante reclama se declare la responsabilidad civil extracontractual en que considera incurrió la sociedad demandada, que debe indemnizarle los perjuicios que dice le causó.

6. En materia de responsabilidad civil extracontractual, las obligaciones indemnizatorias que pueden surgir encuentran su fundamento en un hecho que causa daño a otra persona, que no está sustentado en relación negocial alguna y esa es la razón fundamental que la diferencia de la de naturaleza contractual, en la que el daño se produce por incumplimiento de un convenio.

Al analizar la diferencia de esas responsabilidades, dijo la Corte Suprema de Justicia:

*“Estas dos clases de responsabilidades están consagradas en nuestro Código Civil, en los artículos 2341 y siguientes la denominada extracontractual y en los artículos 1604 a 1617 y en reglas especiales para ciertos negocios, la contractual. Esta Corte ha dicho:*

*«El principio universal ya expresado, nemo laederi, en tratándose de la responsabilidad civil, se bifurca, porque el perjuicio puede venir de un acto contractual, violación o incumplimiento del contrato, ley de las partes, o de un hecho extracontractual, voluntario o no, que perjudique a terceros.*

*De modo, pues, que la responsabilidad civil y por lo tanto la profesional, puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro. Esto da lugar y nacimiento a la responsabilidad contractual reglamentada en el Código Civil especialmente en el título 12 del libro 49 y a la extracontractual o aquiliana a que se refiere el título 34 también del libro 49 de dicha obra». (CSJ SC del 5 de marzo de 1940).*

*En época más reciente en relación con la diferencia que existe entre las responsabilidades contractual y extracontractual sostuvo:*

*«En múltiples ocasiones la jurisprudencia de la Corte ha reiterado la notoria diferencia que existe entre la culpa contractual y la aquiliana, fundamentalmente en cuanto a su origen y trato jurídico, pues la primera tiene por venero el incumplimiento de una obligación convencional al paso que la segunda nace con prescindencia de todo vínculo contractual y tiene lugar cuando una persona, con motivo de una conducta ilícita (dolosa o culposa), le irroga daño a otra.*

*2. En el campo civil, la primera se encuentra regulada en el título 12 del libro 4 y la segunda por el título 34… Por tal virtud, se ha dicho que la diferente naturaleza de ambas responsabilidades explica y justifica que el legislador las haya reglamentado de manera distinta y separada, en tal forma que los principios legales o reglas establecidas para la una no pueden indistintamente aplicarse a la otra. En efecto, la Corte ha sostenido que "dado el distinto tratamiento que el estatuto civil da a una y a otra en títulos diversos del mismo y la manifiesta diferencia que hay entre ellas (la culpa contractual y la aquilina), no ha aceptado que se puedan aplicar a la culpa contractual los preceptos que rigen la extracontractual, ni al contrario, sino que cada una se regule por las disposiciones propias" (Cas. Civ. De 17 de junio de 1970, CXXXIV, 124)»* (CSJ SC de 30 de mayo de 1980)…”[[3]](#footnote-3)

7. Como se expresara en los antecedentes de esta providencia, refiere el demandante que desde el 10 de mayo de 2004, la sociedad demandada realizó operaciones en bolsa, a su nombre, sin autorización para ello, por valor de $120.000.000.000 y que su supuesta vinculación con la entidad tiene fecha del 7 de junio siguiente, mediante el diligenciamiento de un formulario con la información mínima sobre él.

8. En el proceso obran los siguientes documentos:

8.1 Copia inauténtica del formulario único de vinculación, a Pichincha Valores S.A., Comisionista de Bolsa, por parte del señor Gabriel Jaime Agudelo Gómez, el 7 de junio de 2004. En tal documento se expresa que la primera como administradora y el segundo como propietario, celebran un contrato de administración de valores. En la cláusula primera se señala su objeto, que consiste en que este le entrega a aquella valores en administración y custodia; en las demás, se especifican las condiciones del referido convenio. Ese documento está suscrito por las partes en este proceso, cada una de las cuales lo aportó en las oportunidades otorgadas por el legislador para tal cosa[[4]](#footnote-4).

8.2 Copia inauténtica de ese mismo documento, de fecha 10 de mayo de 2004, suscrito exclusivamente por el demandante[[5]](#footnote-5) y que se aportó con la respuesta a la demanda.

8.3 Copia inauténtica de un requerimiento de información, dirigido por Oficial de cumplimiento de la entidad demandada, al señor Juan Andrés Moreno Ruiz, el 2 de junio de 2004, en el que se expresa que para verificar y controlar el adecuado cumplimiento de las normas que cita, al analizar el movimiento y extracto del señor Gabriel Jaime Agudelo Gómez, vinculado el 10 de mayo de 2004, con un patrimonio de $50.000.000 y sin ingresos mensuales, debe justificar los movimientos realizados por el citado señor, pues las cuantías y características de las operaciones no guardan relación con sus ingresos y patrimonio, considerándose dichas operaciones como inusuales[[6]](#footnote-6). Ese documento lo aportaron ambas partes.

8.4 Copia informal de la respuesta a ese requerimiento, en el que informa el señor Andrés Moreno, en escrito de fecha 4 de junio de 2004, que conoce personalmente al señor Gabriel J. Agudelo, así como sus actividades comerciales y da fe del origen y procedencia de sus recursos. Tal documento se aportó por el demandado al dar respuesta al libelo[[7]](#footnote-7).

Con tales documentos justifica la sociedad demandada la autorización conferida por el actor para realizar las transacciones que dice se hicieron sin su consentimiento y considera la Sala que en realidad acreditan ese hecho.

En efecto, se les concede mérito demostrativo, aunque no fueron autenticados en alguna de las formas previstas en el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, siguiendo precedente reciente de la Corte Suprema de Justicia, en el que dijo:

*“No obstante, la aportación de reproducciones mecánicas o fotostáticas no podía realizarse de cualquier modo, por cuanto el canon 254 del Estatuto Procesal Civil, condicionaba su importancia denotativa, entre otros casos, “(…) cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada (…)”…*

*Con todo, hoy día, la anotada regla probatoria, reafirmada por la jurisprudencia de esta Corte[[8]](#footnote-8), debe comprenderse en contextos procesales donde haya duda en el origen o en el contenido del instrumento escrito de que se trate, pero no cuando la conducta de los sujetos en contienda, respecto de los duplicados informales de documentos públicos, despejan cualquier incógnita acerca de su creación o significado…*

*El cumplimiento de las formalidades tendientes a hallar la autenticidad, resulta esencial frente a las copias simples, siempre que exista incertidumbre sobre el autor o procedencia del documento, sea público o privado, y deja de serlo en sentido contrario, esto es, cuando no se controviertan; pues lo realmente importante es confirmar la autenticidad de éste, cual ocurre, según el tenor del inciso 1º del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, cuando hay “(…) certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado (…)”.[[9]](#footnote-9)*

Además, porque al aportar aquel de fecha 10 de mayo de 2004, dijo el apoderado de la sociedad demandada, concretamente al responder el hecho 2º de la demanda, que ese documento reposa en sus archivos, suscrito por el demandante y que a pesar de que este desconoce haberlo suscrito, no demostró ese hecho, ni lo ha denunciado ante las autoridades competentes. De otro lado, dentro del término de traslado de las excepciones, el actor no lo tachó de falso.

Al documento de fecha 7 de junio de 2004 se le concede además mérito demostrativo, de acuerdo con el artículo 276 del Código de Procedimiento Civil, en razón a que los reconocieron de manera implícita las partes que los aportaron, sin que hubieran alegado ser falsos.

En esas condiciones puede considerarse acreditada la existencia de los contratos que ligaron a las partes desde el 10 de mayo de 2004 para realizar transacciones en bolsa, y eso aunque el primer convenio, de aquella fecha, no lo haya suscrito la sociedad demandada, pues fue quien aportó el documento que lo contiene y porque otras pruebas descritas la demuestran, concretamente el requerimiento de información que se le hizo por funcionario de esa entidad, al señor Juan Andrés Moreno Ruiz, el 2 de junio de ese año, para que justificara los movimientos realizados por el actor, que considera inusuales. Es decir, antes de la suscripción del segundo de tales contratos.

El análisis en conjunto de esas pruebas acredita la existencia de dos contratos, de fechas 7 de mayo y 7 de junio de 2004, celebrados entre las partes, por medio de los cuales el demandante entregó a la demandada valores en administración y custodia, siendo ese su objeto principal.

Lo pactado en esos contratos, de acuerdo con el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes *“y no puede ser invalidado sino por su consentimiento o por causas legales”.*

Por tanto, las operaciones en bolsa, a que se refiere la demanda como no consentidas y sobre las que se edificaron las pretensiones elevadas para reclamar el actor las indemnizaciones por los daños que dice sufrió, encuentran sustento en los referidos contratos, los que subsisten jurídicamente, pues no se demostró que hayan sido resueltos o invalidados, y por ende, continúan generando efectos para quienes lo celebraron.

Desconoce el citado señor esos convenios, se reitera, con el argumento de que no facultó a la compañía comisionista de bolsa para realizar operaciones a su nombre, de donde infiere la Sala que a su juicio, no otorgó consentimiento con tal finalidad y como ese es uno de los requisitos para obligarse, de conformidad con el artículo 1502 del Código Civil, ha debido solicitar su invalidez, acudiendo a los artículos 1540 y siguientes del Código Civil que regulan la materia.

La existencia de esos contratos impide entonces al demandante ejercer la acción de naturaleza extracontractual a la que efectivamente acudió para obtener se le indemnicen los perjuicios que reclama y que se causaron, dice, porque no otorgó permiso para realizar transacciones en bolsa de valores, pues las pruebas referidas acreditan lo contrario, mediante contratos que no han sido resueltos ni declarados nulos.

Por ende, no puede decirse que se esté frente a una responsabilidad de naturaleza extracontractual, que fue la que se planteó en la demanda como fundamento de las pretensiones, que solo por ese motivo estaban llamadas a fracasar.

9. A la misma conclusión se hubiese llegado de tratarse de una de la especie contractual, pues como lo concluyó la funcionaria de primera sede, el daño no se demostró. En efecto:

9.1 Por perjuicios patrimoniales en la modalidad de daño emergente, se reclamó la suma de $5.000.000. En el hecho 8º se discriminaron así los conceptos de ese perjuicio, que en realidad suman $4.985.000: $700.000 valor de la conciliación practicada en la Cámara de Comercio; $80.000 por diligencias notariales y papelería; $15.000 por transporte para visitar al abogado; $2.690.000 por honorarios del abogado y $1.500.000 por honorarios a contador público.

El juzgado consideró que no se demostraron las erogaciones relacionadas, conclusión que comparte esta Sala porque en realidad ninguna se solicitó o arrimó con tal fin, a lo que cabe agregar que algunas de ellas más bien corresponden al valor de las costas que debe sufragar quien afronta un proceso y que deben ser desembolsadas por la parte que resulta vencida, en los términos del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

No sobra anotar que al sustentar el recurso que ahora se decide, la apoderada de la parte actora no controvirtió aquella conclusión.

9.2 Por lucro cesante se solicitó la suma de $30.000.000 con motivo de los negocios que en su calidad de comerciante dejó de realizar el demandante por temor a una posible investigación.

El juzgado estimó que la prueba recaudada no evidencia el lucro que el demandante obtenía al servicio de la sociedad Doris Ltda. o como comerciante independiente y que “hubiera dejado de percibir en razón al incumplimiento de la demandante (sic)”.

Considera el actor que el daño por ese concepto sí se probó con el dictamen pericial que rindió el señor Jorge Ignacio Amaya Jiménez, que fue objetado por la parte demandada y a pesar de que se nombró un nuevo experto, “no promovió dicha carga procesal” y el juzgado declaró desistida la objeción.

En su peritaje[[10]](#footnote-10) se limitó aquel señor a actualizar las sumas de dinero reclamadas en la demanda por concepto de perjuicios; por esa razón la parte demandada lo objetó[[11]](#footnote-11); el juzgado nombró un nuevo perito[[12]](#footnote-12), al que no se le notificó su designación; por auto del 16 de agosto de 2012 se requirió al apoderado de la parte demandada para que en el término de cinco días informara los trámites realizados para obtener un nuevo dictamen, so pena de entenderse desistida la objeción[[13]](#footnote-13). Ninguna otra actuación obra en el proceso relacionada con ese tema.

Es claro entonces que el peritaje de que se trata no acredita el daño por lucro cesante a que se refiere el actor, y valga decirlo, ningún otro, pues no fueron objeto del trabajo realizado.

Sostiene el apelante que la prueba testimonial y la documental aportada, sin especificar cuál o cuáles de ellas, demuestran ese daño.

A pesar de ello, ninguna de esas pruebas lo acredita, pues no guardan relación con el hecho de que a raíz de las negociaciones en bolsa de valores, a que se refieren los hechos de la demanda, el actor haya dejado de realizar negocios en calidad de comerciante.

En efecto, las personas que a instancias de la parte demandante fueron llamados a declarar, sus hermanos Jorge Hernán y Carlos Mario Agudelo Gómez, su sobrino Juan Camilo Agudelo Nanclares, Juan Carlos diez Guerra y Jhon Jairo Ramírez Zapata, nada dijeron sobre esa pérdida, aspecto sobre el que no si quiera se les interrogó.

9.3 Por perjuicios morales pide el demandante se condene a la empresa demandada a pagarle $50.000.000 por la carencia de sueño provocado por la angustia causada; por su condición, al estar abatido; por el temor que experimenta al salir del país, debido al riesgo latente de su eventual captura y posterior privación de la libertad; por el temor a sufrir daño en su vida e integridad física, lo mismo que su familia; por el temor a realizar inversiones con la potenciabilidad de aumentar considerablemente el patrimonio; por disminución de la calidad de vida y la de su familia y por el desprestigio de importancia alta que el asunto le ha acarreado, lo que repercute en el despliegue de sus relaciones comerciales y negociales.

A aspectos como esos se refirieron los mismos testigos atrás referidos, así:

Jorge Hernán Agudelo Gómez dijo que el actor sufrió mucho cuando se dio cuenta de los movimientos en bolsa de valores que se estaban haciendo sin su autorización; se mantenía muy angustiado, dejó de ir al trabajo, tenía miedo de que se tratara de un lavado de activos y el nombre de la familia y de la empresa que tenían, resultaran involucradas

Juan Carlos Diez Guerra expresó que el citado señor sintió angustia, lo notó deprimido, sin saber qué hacer y bastante conmovido ante esa situación; su trabajo no fue optimo y tuvo problemas con sus hijos y la esposa; sus temores eran afectar la vida de la familia, la de sus hermanos, hijos y esposa

Juan Camilo Agudelo Nanclares, dijo que su tío se vio muy afectado por la situación, de lo que se habló mucho en la familia, se veía muy nervioso, lloraba todos los días y no podía dormir bien.

Jhon Jairo Ramírez Zapata dijo que lloraba, no dormía, no trabajaba, su angustia era muy grande al ver semejantes movimientos a nombre de él, sin saber de dónde, sus temores eran porque se podían generar problemas con la justicia y con la Dian, entre otros.

Carlos Mario Agudelo Gómez dijo que tuvo un periodo de mucha angustia, hasta el punto de llorar en muchas ocasiones y con problemas para dormir, inestabilidad laboral y emocional, se volvió muy callado, temía que lo requirieran la Dian y la Fiscalía, que lo acusaran de lavado de activos, que lo embargaran y le quitaran lo poco que tenía; que se viera afectada la empresa y toda la familia e ignora si estuvo en tratamiento psicológico o psiquiátrico.

Aunque todas esas personas se refirieron a la angustia por la que atravesó el demandante con motivo de los hechos que se relataron en la demanda, ninguno de ellos dio la razón de la ciencia de sus dichos como lo exigía el numeral 3º del artículo 228 del Código de Procedimiento Civil. Ni el juzgado ni los apoderados de las partes los interrogaron al respecto. De esa manera las cosas, desconoce la Sala cómo se percataron de los hechos que narraron y por ende, sus expresiones no pueden ser apreciadas.

Aceptando en gracia de discusión que pudieran serlo, encuentra la Sala que con fundamento en esos testimonios tampoco resultaría posible hacer una condena como la pretendida, porque la angustia y el dolor a que se refirieron, lo encontraba el actor en el temor de tener que verse enfrentado a la DIAN o a Fiscalía y que se viera dañada su imagen, la de su familia o la de la empresa familiar para la cual labora, pero en el proceso no se demostró que alguna de esas entidades lo hubiese investigado o sancionado con fundamento en los hechos sobre los que se edificaron las pretensiones.

A todo lo anterior puede agregarse que, como ya se expresara en otro aparte de esta providencia, a la sociedad demandada no se le acusó de haber incumplido algún deber contractual para con el demandante.

10. Tampoco está de acuerdo el demandante con la cuantía en que fueron tasadas las agencias en derecho, las que considera excesivas.

Empero, asunto sobre ese no corresponde decidir en la sentencia, pues de acuerdo con el numeral 3º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, vigente para cuando se interpuso el recurso que ahora se decide, solo puede reclamarse sobre aspecto como ese mediante la objeción a la liquidación de costas, y de acuerdo con el numeral 5º del artículo 366 del Código General del Proceso, ello procede mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

**CONCLUSIONES Y DECISIÓN**

De conformidad con lo expuesto, aunque por los argumentos plasmados en esta providencia, se confirmará la sentencia impugnada y se condenará al demandante a pagar las costas causadas en esta instancia. No se fijarán agencias en derecho en esta providencia, porque considera la mayoría de la Sala que sobre ese aspecto, debe aplicarse el Código General del Proceso.

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**1º CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Descongestión de Medellín, el 30 de noviembre de 2012, en el proceso ordinario instaurado por el señor Gabriel Jaime Agudelo Gómez contra la sociedad Pichincha Valores S.A. Comisionista de Bolsa, hoy Global Securities S.A. Comisionista de Bolsa.

**2º** Costas en esta instancia a cargo de la demandante y a favor del demandado, las que se liquidarán por el juzgado de primera sede, de acuerdo con el artículo 366 del Código General del Proceso, previa fijación de las agencias en derecho, lo que se hará por auto posterior.

**Notifíquese,**

Los Magistrados,

 **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

 (Con salvamento parcial de voto)

 **DUBERNEY GRISALES HERRERA**

 **EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, julio 31 de 2020

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Magistrado Ponente : Claudia María Arcila Ríos

Expediente No. : 05001-31-03-016-2006-00381-01

Proceso : Ordinario

Demandante : Gabriel Jaime Agudelo Gómez

Demandados : Pichincha Valores S.A. y otro

Con todo el respeto que merecen mis demás compañeros de Sala, a continuación expongo la razón por la que me aparté parcialmente de la decisión que por mayoría se aprobó, en la sentencia proferida en la fecha, en el proceso de la referencia, concretamente la que se relaciona con lo relativo a la condena en costas que en ella se impuso.

A mi juicio, han debido tasarse las agencias en derecho en el fallo porque así lo dispone el numeral 2º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el 19 de la ley 1395 de 2010, y liquidarse las costas en esta sede, de acuerdo con el numeral 1º del artículo 393 de la misma obra, aunque en la actualidad esté vigente el Código General del Proceso que ya no manda hacerlo así y con fundamento en las reglas sobre la aplicación de la ley procesal en el tiempo.

En efecto, como el recurso de apelación contra la providencia proferida en primera instancia se interpuso en vigencia del Código de Procedimiento Civil, es ese estatuto el que debe aplicarse durante todo el trámite de la alzada de acuerdo con el artículo 40 de la ley 153 de 1887, modificado por el 624 del Código General del Proceso, que dice:

“*Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.*

*Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones.*

*La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad”.*

De acuerdo con esa disposición, las normas procesales son de aplicación inmediata, aun respecto de los procesos pendientes, pero esa regla general admite algunas excepciones, concretamente aquellas que enlista en el inciso 2º, dentro de las cuales se incluye, para hacer referencia al caso concreto, la de los recursos interpuestos, que se rigen por la ley vigente para la fecha en que se propusieron.

Esa excepción ordena entonces aplicar la ultractividad de la ley antigua respecto de los recursos interpuestos bajo su imperio. En esas condiciones, como el de apelación que formuló la parte demandante lo fue en vigencia del Código de Procedimiento Civil y no se había desatado cuando entró a regir el Código General del Proceso, su trámite ha de terminar regulado por el primero, lo que permite obtener un orden procesal.

Y es que el trámite del recurso finaliza con la ejecutoria de la providencia que lo defina, pero si se impone condena en costas, lo será con la del auto que apruebe su liquidación, pues el numeral 1º del artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, atrás citado, ordena liquidarlas al Tribunal o juzgado de la respectiva instancia o recurso, inmediatamente quede ejecutoriada la providencia que las imponga.

En conclusión, no podía aplicarse el Código General del Proceso en la propia sentencia que desató el recurso, pues el trámite de este no había terminado.

En relación con ese tránsito legislativo, dijo la Corte Suprema de Justicia:

*“1.- Cuestión de primer orden es precisar el referente adjetivo al que se acudirá, en lo que fuere pertinente, habida cuenta que mientras que este litigio comenzó con el Código de Procedimiento Civil (julio de 2014), en la fase del recurso extraordinario cobró vigencia integral el General del Proceso, producto de la expedición por el Consejo Superior de la Judicatura del Acuerdo No. PSAA15-10392 de 1° de octubre de 2015, que en su artículo 1° dispone: “El Código General del Proceso entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país el día 1º de enero del año 2016, íntegramente”.*

*La sucesión temporal o tránsito legislativo luego de la iniciación de un juicio apareja interrogantes complejos y, por lo mismo, en ocasiones, de difícil solución. En el campo teórico, esa problemática puede resolverse de tres formas: (i) aplicando la ley anterior hasta la definición del pleito; (ii) incorporando la nueva a todos los actos posteriores a su vigencia; o (iii) empleando para unas actuaciones la novel normativa y para otras la que le precedió.*

*La Ley 1564 de 2012 sigue, en los artículos 624 y 625, que son los que tratan puntualmente el asunto, un sistema mixto.*

*En efecto, el primer canon, modificatorio del artículo 40 de la ley 153 de 1887, trae una regla general sobre la aplicación inmediata de la ley procesal, con ciertas salvedades relativas a la ultractividad, taxativamente señaladas a saber: “los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones”.*

*El segundo, apartándose del postulado general, ofrece unas orientaciones específicas destinadas a preservar la vigencia temporal y excepcional de la norma derogada, no en todos los procesos, sino en los ordinarios, abreviados, verbales y ejecutivos, y sólo hasta determinadas etapas. Y, también aquí, el legislador se cuidó de repetir las salvedades del 624 en lo concerniente a recursos interpuestos, pruebas decretadas, audiencias convocadas, diligencias iniciadas, términos que estén corriendo, incidentes en curso y notificaciones que se estén surtiendo.*

*En ese orden de ideas, el funcionario judicial frente a un caso de sucesión o tránsito de legislación, debe preguntarse, en primer término, la clase de proceso que se está tramitando, luego la etapa que se está surtiendo y después cotejarla o compararla con las pautas del 625 id.*

*Acá, por ejemplo, se trata de un juicio ordinario que cuenta con fallos de primera y segunda instancia, de manera que ese precepto indica en el numeral 1, literal c), que “proferida la sentencia, el proceso se tramitará conforme a la nueva legislación”. Sería, entonces, el Código General del Proceso el llamado a gobernar las actuaciones postreras al veredicto, lo que finalmente no ocurre, en atención a que la excepción legislativa, inserta en ese canon y en el 624, determina que cuando se ha interpuesto un recurso (no se precisa cual, luego ello cobija ordinarios y extraordinarios), la preceptiva aplicable será la del tiempo de su formulación, que aquí es el C. de P. C., atendiendo que la impugnación extraordinaria se planteó el 8 de junio de 2012.*

*Consecuencia necesaria y natural de la precitada inferencia, es la de que al transitar esta casación por el camino del Código de Procedimiento Civil, todo lo que se derive de su discurrir y resolución, incluso la expedición de copias o certificaciones, el reconocimientos de personería, la condena en costas y su tasación, el decreto y práctica de pruebas (si ello se ordena previa sentencia sustitutiva), cumple rituarlo con esa codificación.*

*Lo contrario implicaría mezclar en un mismo escenario y con alternancia, dos codificaciones procesales, lo que atentaría con el mínimo de seguridad o certeza jurídica que debe acompañar la sustanciación de los litigios. Para los usuarios del sistema de administración de justicia, que buscan la tutela efectiva de sus derechos, debe ofrecerse una hermenéutica que les provea certidumbre sobre las normas que regulan el conflicto jurídico respecto del cual se solicita la decisión...*”*[[14]](#footnote-14)*

Y no es ese un criterio aislado. Lo mismo dijo en sentencia del 26 de octubre de 2016: “*Resulta pertinente precisar, que de acuerdo con el artículo 624 del Código General del Proceso, modificatorio del precepto 40 de la Ley 153 de 1887, para resolver el recurso se tomarán en cuenta las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, al hallarse este vigente para cuando comenzó su trámite…*”*[[15]](#footnote-15)* En esa providencia también fijó las agencias en derecho y ordenó liquidar las costas con sujeción al artículo 393 del Código de Procedimiento Civil. En la misma forma procedió el 11 de noviembre del año citado[[16]](#footnote-16), el 18 de abril de 2017[[17]](#footnote-17), el 13 de diciembre de este último año[[18]](#footnote-18), el 6[[19]](#footnote-19), el 13[[20]](#footnote-20), y el 23 de agosto de este año[[21]](#footnote-21).

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

Magistrada

1. MP. Dr. Octavio Munar Cadena. [↑](#footnote-ref-1)
2. Reiterada en sentencia del 15 de julio de 2010, MP. Dra. Ruth Marina Días Rueda 1100131030132005-00265-01 [↑](#footnote-ref-2)
3. Sala de Casación Civil, sentencia SC5170-2018 del 3 de diciembre de 2018, MP. Dra. Margarita Cabello Blanco [↑](#footnote-ref-3)
4. Folios 6, 78 y 79, cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-4)
5. Folios 76 y 77, cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-5)
6. Folios 7 y 22, cuaderno No. 1 [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 123, cuaderno No 1. [↑](#footnote-ref-7)
8. *Ídem*. [↑](#footnote-ref-8)
9. Sala de Casación Civil, sentencia SC3862-2019 del 20 de septiembre de 2019, MP. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 7 a 29, cuaderno No. 4 [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 31 y 32, cuaderno No. 4 [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 38, cuaderno No. 4 [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 40, cuaderno No. 4 [↑](#footnote-ref-13)
14. Sala de Casación Civil del 26 de abril de 2016, MP. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez, sentencia SC-8845-2016, expediente 6600131030032010-00207-01. [↑](#footnote-ref-14)
15. #  MP. Dr. Luis Alonso Rico Puerta, sentencia SC13400-2016, expediente 08001-3103-013-2001-00093-01

 [↑](#footnote-ref-15)
16. MP. Dr. Ariel Salazar Ramírez, sentencia SC16283-2016, Radicación n° 11001-02-03-000-2012-02237-00 [↑](#footnote-ref-16)
17. MP. Dr. Luis Alfonso Rico Puerta, sentencia SC5208-2017, radicación No. 11001-02-03-000-2013-01881-00 [↑](#footnote-ref-17)
18. MP. Dra. Margarita Cabello Blanco, sentencia SC21078-2017, radicación 11001-02-03-000-2012-00663-00 [↑](#footnote-ref-18)
19. MP. Dr. Octavio Augusto Tejeiro Duque, sentencia SC3017-2019, expediente 76147-31-10-002-2011-00027-02 [↑](#footnote-ref-19)
20. MP. Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, sentencia SC3140-2019, expediente 05-001-31-10-009-2008-00867-01 [↑](#footnote-ref-20)
21. MP. Álvaro Fernando García Restrepo, sentencia SC3404-2019, expediente 11001-31-10-008-2011 [↑](#footnote-ref-21)