

TEMA: CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN – es una forma de cooperación económica, que consiste en que una persona oculta, participa en los negocios de otra, quien es la única que se manifiesta de manera externa / **CONTRATO DE DEPÓSITO** – su finalidad principal es la restitución de la cosa cuando lo disponga el depositante, en las mismas condiciones en que fue entregada / **CONTRATO ATÍPICO** – autonomía de la voluntad de las partes / **TERMINACIÓN UNILATERAL Y ANTICIPADA DEL CONTRATO** – reconocimiento de perjuicios, restitución por equivalente / **FALTA DE TUTELA JURÍDICA** /

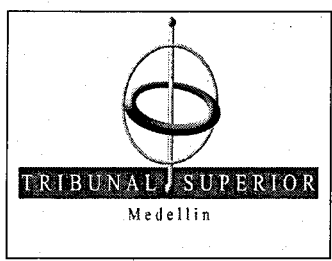
TESIS: “La forma de extinguir por incumplimiento los contratos de ejecución instantánea es la resolución y la de los de ejecución o tracto sucesivo, es la terminación. Cuando esta última implique la restitución de viene ante la terminación, la normatividad procesal civil, establecía ventilar el conflicto por la cuerda abreviada, pudiendo además solicitarse la correspondiente indemnización. (...) Dicho contrato tiene como características principales, las siguientes: - **Es un negocio jurídico de colaboración.** Dado que los partícipes buscan una finalidad común. – **Es de participación en pérdidas y beneficios.** Esto es, que se distribuyen tanto las pérdidas, de presentarse y las utilidades que genere dicho negocio. -**Es consensual.** Su existencia puede demostrarse por cualquier medio, dado que su formación no requiere de alguna exigencia legal, basta el acuerdo entre las partes. – **Es de duración.** Por cuanto las partes permanecen vinculadas al negocio durante el tiempo que se requiera para efectuar las operaciones propias del mismo y la respectiva liquidación del mismo. – **El carácter oculto de una de los contratantes debe persistir durante toda la vigencia del contrato.** No puede adoptarse una razón comercia común a todos los participantes, ni adquirirse créditos que involucren a los comerciantes ocultos, es decir, por ninguna razón el gestor oculto puede revelar el nombre del oculto. (...) Ahora, analizándose el contenido del contrato celebrado entre los demandantes y los demandados denominado “DE GANADO A PARTIR UTILIDADES”, advierte esta Corporación que, si bien tiene semejanzas con el contrato de cuentas en participación, no puede ser calificado como tal (...) Así las cosas, considera esta Corporación que, no existiendo acuerdo entre las partes sobre la modificación de la cláusula relacionada con la duración del contrato, se mantenía la misma en la forma que inicialmente se había estipulado, por lo que, de persistir la parte demandada en finiquitar el negocio, debía asumir, como consecuencia de ello, la indemnización de los perjuicios que dicha terminación generara. (...) En consecuencia, no había justificación para que la funcionaria de primera instancia resolviera declarar una falta de tutela jurídica concreta, cuando los jueces deben procurar resolver la controversia que se les plantea haciendo uso de las herramientas legales y constitucionales que se le otorgan para tal efecto, en aras de solucionar el conflicto de la manera más equitativa y justa posible.

M.P. GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ

FECHA: 05/03/2020.

PROVIDENCIA: SENTENCIA.

SALVAMENTO DE VOTO. MARTHA CECILIA LEMA VILLADA



AL SERVICIO DE LA JUSTICIA Y DE LA PAZ SOCIAL

MAGISTRADA PONENTE: GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ

**TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN,
SALA SEGUNDA CIVIL DE DECISIÓN.
Medellín, cinco de marzo de dos mil veinte.**

PROCESO: Abreviado. Restitución Tenencia.

DEMANDANTES: Juan Santiago Villa Villa y Otros

DEMANDADOS: Delascar Gómez Noreña y Otro

PROCEDENCIA: Juzgado 14 Civil Circuito Medellín

C.U.D.R.: 05001 31 03 014 **2005 0256 -01.**

RADICADO INTERNO: 015-09

PROVIDENCIA: S.S. 001/20.

Acta N° 013 de Marzo 5 de 2020.

TEMA: La forma de extinguir por incumplimiento de los contratos de ejecución instantánea es la resolución y la de los de ejecución o tracto sucesivo, es la terminación. Cuando esta última implique la restitución de bienes ante la terminación, la normatividad procesal civil, establecía ventilar el conflicto por la cuerda abreviada, pudiendo además solicitarse la correspondiente indemnización.
REVOCA.

Conoce la Sala de la APELACIÓN interpuesta por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, dentro del proceso ABREVIADO

instaurado por los señores MARTA INÉS PÉREZ MEJÍA, JUAN SANTIAGO VILLA VILLA, ANDRÉS VILLA MARTÍNEZ y JORGE ALONSO PÉREZ MEJÍA, en contra de los señores DELASCAR GÓMEZ NOREÑA Y URIEL GÓMEZ NOREÑA, la cual se procede a desatar en los siguientes términos:

1.0. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS Y PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Los señores JUAN SANTIAGO VILLA VILLA, ANDRÉS VILLA MARTINEZ, MARTA INÉS PÉREZ MEJÍA y JORGE ALONSO PÉREZ MEJÍA, a través de apoderado judicial, promovieron demanda ABREVIADA en contra de los señores DELASCAR GÓMEZ NOREÑA Y URIEL GÓMEZ NOREÑA, cuyos supuestos fácticos se compendian así (Fol.23 a 28, Cdno. Ppal):

Entre demandantes y demandados se suscribió un contrato de tenencia de ganados vacunos, el 16 de septiembre de 2004, en el cual los demandantes eran los dueños y los demandados los tenedores de los mismos; obligándose aquéllos a suministrar el ganado que necesitaran para surtir la finca "LAS VEGAS", y éstos a marcar dicho ganado con el hierro de esta finca y con el hierro de los dueños, además, de mantenerlo pastando en dicho terreno, "*...darle una administración buena, como sal mineralizada, garrapaticidas, medicinas específicas...vigilancia y observación permanente*".

Para tal efecto, se establecieron las siguientes condiciones:

- Cada entrega se haría constar en un recibo de entrega de ganado, firmado por las partes, con la indicación de *“numeración comenzando por el 001, fecha de compra, número de animales adquiridos o trasladados de fincas de los DUEÑOS hasta la finca de los TENEDORES, sexo, valor unitario y valor total de cada lote. Esos recibos son parte integrante del contrato.*
- Los dueños pagarían a los tenedores en contraprestación el 52% de la utilidad neta que se obtenga de la venta del ganado, la cual se obtendría de restar al precio neto de la venta de cada lote, el costo de compra de los animales vendidos, más los gastos de compra de los animales muertos accidental o de manera natural.
- La liquidación se realizaría de manera anual, para lo cual se procedería a hacer una toma de razón y un avalúo tasado a precios inferiores a los comerciales de la región, y se podía cancelar en efectivo o en especie. Si resultare un saldo negativo, esto es, con pérdida, ésta sería absorbida en la misma proporción establecida para el reparto de utilidades.
- El precio de la venta y demás condiciones de las mismas sería acordado previamente entre las partes.
- Los dueños podrían inspeccionar la administración del ganado cuando lo juzgaran conveniente y los tenedores debían suministrar en la finca elementos necesarios para llevar a cabo tal función, además de rendírseles informes mensuales por los tenedores, acerca del estado del ganado y novedades acaecidas.

- La duración sería de cinco años, contados desde el uno de octubre de 2003, pudiéndose anticipar la terminación o prorrogar su vigencia, de común acuerdo entre las partes y que, en caso de lo primero, se concedería a los dueños un plazo de tres meses para retirar los ganados de la hacienda La Vega.
- Los tenedores serían responsables de la culpa leve, de conformidad con lo establecido en el artículo 1604 y concordantes del Código Civil.

Los demandados incumplieron el referido contrato el 21 de diciembre de 2004, cuando de forma ilegítima y unilateral, con el envío de la comunicación de esta fecha donde indicaron *“En relación con el contrato de ganado a partir utilidades, firmado entre las partes el 16 de septiembre de 2004, les manifestamos nuestro intereses (sic) en convenir el anticipo de la vigencia del mismo, de acuerdo a los términos de la cláusula novena.--- Lo anterior se fundamento en que la finca Las Vegas (sic) ha sido vendida”*.

De acuerdo con lo anterior, consideran los demandantes que los accionados incumplieron las condiciones del contrato debido a que la anticipación o prórroga del contrato debía hacerse de mutuo acuerdo, sin que la venta de la finca sea una causal de justificación para hacerlo unilateralmente; además, los semovientes fueron trasladados a sitios diferentes al acordado sin autorización de los dueños.

Debido a lo anterior, los actores contrataros a los señores AUGUSTO GONZÁLEZ MESA (médico veterinario) e ISRAEL MONSALVE

embargo, como no fue aceptada esta propuesta, deberán restituir el ganado que corresponderá al hato conformado por las compras, menos las ventas, junto con sus incrementos naturales, más el valor de la indemnización tasada para el 28 de febrero de 2005 en \$116.249.367, aumentada con la apreciación mensual de aquélla fecha en adelante hasta el momento en que el plazo pactado para la duración del contrato se cumpliera, ganancia o lucro cesante que estimó en una suma equivalente a lo ganado, es decir otro valor igual a \$116.249.367, que sumado al estimativo del primer año ascendería a la suma de \$573.643.025.

Fincados en los anteriores hechos, los demandantes invocaron como pretensiones principales (Fol. 28 y 32 Cdno. Ppal.):

“A. Que por incumplimiento de los demandados, el contrato de tenencia pactado entre éstos y mis mandantes, en relación con la tenencia, depósito y administración de unos semovientes, ha terminado.”

“B. Como consecuencia de la declaración anterior, los demandados, una vez ejecutoriado el fallo están en la obligación de entregar la totalidad de los ganados que son propiedad de los demandantes, tanto por haber sido comprados y pagados por éstos como por haber recibido incrementos por el fenómeno natural de la natalidad.”

“C. Que están obligados además, a pagar por concepto de perjuicios la suma de dinero:

“Hasta el 28 de febrero de este año, tal como se describió en el hecho “4” de esta demanda, la suma de ciento dieciséis millones doscientos cuarenta y nueve mil trescientos sesenta y siete pesos m/l (\$116.249.367,00).

“Del 28 de febrero del corriente año en adelante hasta la fecha en que ocurra la restitución plena del ganado, o en subsidio hasta la fecha en que la sentencia quedare ejecutoriada, un veintiocho por ciento (28%) anual del capital aportado, cuatrocientos dieciséis millones cuatrocientos ochenta y cinco mil novecientos cuarenta y siete pesos m.l. (\$416.485.947,00), equivalente a un 2.333% mensual.”

MEJÍA (técnico agropecuario), para que inspeccionaran los lugares a donde había sido trasladado el ganado, informando lo siguiente:

Finca GUACHARACAS	128 reses
Finca SANTA TERESA	34 reses
Finca LA VEGA.....	198 reses
Finca RIO VISTA	168 reses
TOTAL	528 reses

Además de lo anterior, adujeron otros incumplimientos por los demandados, el no poder visitar el lugar donde se encontraba el ganado, no entregárseles los informes mensuales acordados, ni haber sido marcado conforme se estableció en el contrato.

Por tanto, consideran los demandantes que están facultados para solicitar judicialmente la terminación del contrato celebrado con los demandados ante el incumplimiento de éstos, la restitución del ganado en su totalidad y buen estado, y el pago de los perjuicios ocasionados.

Para la tasación de dicho perjuicio tomó como referencia el valor del ganado entregado que ascendía a \$416.485.947, menos las ventas \$75.341.656, para un total de \$341.144.291, por el 28% anual (interés simple y no compuesto como se acostumbraba comercialmente), arrojó como resultado la suma de \$116.249.367.

Precisó entonces que el valor correspondiente por dicho concepto para el primer año era de \$457.393.658, que resultaba del valor de las compras, menos las ventas, más el rendimiento o ganancia estimada, evento en el cual quedaría el ganado como propiedad de los demandados; sin

“D.- Que deben pagar las costas del proceso.”

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y EXCEPCIONES.

Una vez notificados del auto que admitió la demanda, la parte accionada se pronunció frente los hechos y pretensiones impetrados por los demandantes de la siguiente manera (Fol. 58 al 61, Cdo. Ppal.):

Precisaron que la obligación de marcar el ganado no había podido cumplirse por cuanto los dueños habían retirado el hierro de marcación, y no habían permitido la marcación de los semovientes nacidos con posterioridad a la iniciación del convenio celebrado entre ambas partes.

Igualmente indicaron que la celebración del contrato antes referido no limitaba su derecho de dominio, por lo que era procedente la enajenación de la finca de su propiedad.

Admitieron la forma de liquidación de la contraprestación señalada en la demanda, pero advirtiendo que la misma no había sido cumplida por la parte demandante, a pesar de haber recibido los valores de las ventas y haber transcurrido más de un año desde la iniciación del contrato.

Afirmaron no haber incumplido con ninguna de las obligaciones contenidas en el contrato, toda vez que los demandantes se les había comunicado en forma oportuna sobre el retiro de los semovientes, pero que éstos se habían negado a hacerlo, por lo que en atención al ejercicio responsable de las cláusulas quinta y décima del referido negocio habían

optado por el traslado de las reses y sus frutos naturales, y que con dicha comunicación lo que se pretendió fue darle cumplimiento al tiempo de los tres meses establecidos en la cláusula novena del contrato, y que fue precisamente por esa razón que el mismo no fue retirado en la fecha de la comunicación (21 de diciembre de 2004), sino tres meses después de ésta (marzo de 2005), tiempo durante el cual los demandados esperaron una respuesta por parte de los actores para acordar lo relativo a la eventual anticipación de la vigencia del contrato, y ante la ausencia de manifestación al respecto, se hizo el traslado en desarrollo normal de la previsión de que trata la cláusula onceava.

Reiteró que el traslado de los semovientes a otros lugares no generó la ruptura del contrato, y que de ninguna manera impidió la inspección del terreno de las reses, pues las personas designadas por los mismos demandantes pudieron realizar el informe requerido, sin inconveniente alguno.

Frente a la tasación de los perjuicios señaló que había una desproporción en la misma, al pretenderse por los actores que los demandados compraran todas las reses y que, además les reconocieran la suma de \$116.249.367 por concepto de perjuicios.

Así mismo, esgrimieron las siguientes excepciones (Fol. 60, Cdno. Ppal.):

- ***“INEXISTENCIA DE LA CAUSAL ALEGADA POR LOS DEMANDANTES”***: Fundamentando que el traslado de los ganados a otros lugares, no constituye incumplimiento de lo

pactado, ya que solo están cumpliendo con la cláusula de responsabilidad por la culpa leve, estipulada en el contrato.

- **“CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD EN LA CONDUCTA”**: Arguyendo que en Colombia cualquier propiedad puede ser enajenada, a menos de que se trate de un bien embargado, que esté por fuera del comercio, o que no llene las formalidades que la ley exige.
- **“INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS DEMANDANTES A LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO”**: Afirmando que los demandantes no han cumplido con la obligación de realizar los pagos de las utilidades que generó el contrato.
- **“EXCEPCIÓN DEL CONTRATO NO CUMPLIDO”**: Apoyándose en el artículo 1609 del Código Civil, que establece que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora mientras el otro no lo cumpla con su parte.
- **“FALTA DE CAUSA PARA PEDIR”**: Aduciendo que el hecho de trasladar los semovientes a lugares más seguros, no daba lugar a pedir la terminación del contrato de tenencia.

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, mediante la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2008, declaró de oficio probada la excepción de FALTA DE TUTELA JURÍDICA

CONCRETA, por lo que absolvió a los demandados de las pretensiones esgrimidas por los demandantes (Fol. 228 a 234, Cdno. 1).

Consideró el juez de primera instancia que, en el caso concreto, no se configuraba un contrato de tenencia de bienes muebles o semovientes, ya que el objetivo final de dicho contrato, era la parte económica, donde ambas partes obtendrían una rentabilidad, circunstancia ésta que era común en la actividad ganadera; por lo tanto, demandantes y demandados, realizaron fue un contrato de cuentas en participación o contrato de asociación, regulado en el artículo 507 del Código de Comercio.

Según lo anterior los demandantes, en el escrito introductorio, afirmaron unos hechos, sin que en el ordenamiento jurídico sustancial se contemple norma que atribuya los efectos que se pretenden, por tal motivo se declaró FALTA DE TUTELA JURÍDICA.

1.4. APELACIÓN Y ALEGACIONES EN SENGUNDA INSTANCIA

Descontentos con la decisión de primera instancia, la parte actora a través de su apoderado judicial, interpone el recurso de apelación de manera oportuna, manifestando que lo sustentaría ante esta Corporación (Fol. 237, Cdno Ppal).

Dentro de la oportunidad legalmente contemplada, el vocero judicial de la parte demandante solicitó fijación de audiencia del 360 del Código de

Procedimiento Civil, donde luego de exponer de manera sucinta los hechos fundamento de la presente acción, para luego señalar que en razón de ello, se optó por la vía de la restitución de los ganados objeto del contrato, con una indemnización de perjuicios, como consecuencia del incumplimiento contractual; sin embargo, precisa que el Juzgado de primer grado negó tales pretensiones, por falta de tutela jurídica, al considerar que el caso bajo estudio no es un contrato de tenencia, sino un contrato de cuentas en participación.

No obstante, adujo el recurrente en tal conclusión era errada, toda vez que, en el contrato celebrado entre las partes de este proceso, no había aporte alguno, lo que se evidenciaba del contenido del contrato, donde reiteradamente se alude a que la calidad de los demandados era la de tenedores y no de dueños, ya que los actores nunca se despojaron del derecho de dominio sobre los semovientes.

Finalmente, hizo referencia a la vía procesal, pues la parte demandada ha sostenido que la vía para discutir las pretensiones invocadas en este asunto era la ordinaria, y no la abreviada, por involucrar lo relativo a la indemnización de perjuicios, lo que afirma no compartir, por cuanto la norma 410, numeral 8° del Código de Procedimiento Civil, contempla de manera expresa que por la cuerda abreviada se puede solicitar además de la restitución, las indemnizaciones a que hubiere lugar, conforme se hizo en este caso.

2.0. CONSIDERACIONES.

2.1. DE LOS CONTRATOS.

El artículo 1495 del Código Sustancial Civil, define el contrato o convención como:

“...acto por el cual un aparte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”

Y en la norma 1501 enuncia y explica los elementos característicos del contrato, así:

“Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquéllas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquéllas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.”

Por su parte, el Código Mercantil consagró su definición en el precepto 864, en los siguientes términos:

“...es un acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir entre ellas una relación jurídica patrimonial, y salvo estipulación en contrario, se entenderá celebrado en el lugar de residencia del proponente y en el momento en que éste reciba la aceptación de la propuesta.”

En cada caso se aplicarán las disposiciones que correspondan, es decir, se atenderá el carácter o tipo de contrato celebrado, para determinar si ha de aplicarse la legislación civil o la comercial, y en este último caso, de no

existir una norma que regule el asunto específico, ni pudiendo solucionarse por analogía de sus normas, se acudirán la regulación civil, por expresa remisión del artículo 2° *ibidem*.

2.2. DE LA CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS.

La codificación civil consagra algunas clasificaciones de los contratos, atendiendo a diferentes factores, la cual ha sido ampliada por la doctrina, siendo algunas de ellas las siguientes:

- En consideración a la reglamentación, en *típicos* o *nominados* y *atípicos* o *innominados*, para referirse a que el contrato se encuentre o no regulado en la ley, respectivamente.

En cuanto a los segundos se ha señalado que ellos tienen su razón de ser en el postulado de la autonomía de la voluntad privada, pues las partes son las que determinan los efectos que ha de producir el negocio que entre ellas se celebre, ajustándolo de tal manera que supla las necesidades que requieran y que no hayan sido previstas por el legislador.

- Atendiendo a la utilidad que reporta para los contratantes, en *gratuitos* y *onerosos*, siendo los primeros en los que alguna de las partes obra desinteresadamente, sin recibir provecho o beneficio alguno; mientras que, en el segundo, las partes obtienen un lucro, es decir, actúan con la intención de tener una utilidad o ganancia.

Esta clasificación resulta relevante para algunos aspectos como los relacionados con el grado de culpa que pueda endilgarse a las partes respecto de sus obligaciones, la persona en razón de quien se celebra –*intuitu personae*–, o los requisitos que se exigen para su revocatoria o nulidad.

- Teniendo en cuenta la participación en la redacción de las cláusulas propias del negocio celebrado, pues cuando ambas partes participan activamente y acuerdan las mismas previa discusión, se denominan *preestipulados*; mientras que, si dicha función es cumplida únicamente por una de las partes y la otra simplemente se limita a adherirse o a aceptar las condiciones puestas por la otra, se les denomina *por adhesión*.
- Considerando si las prestaciones contempladas en el contrato son de tal naturaleza que puedan ser cumplidas o no en un solo acto, si efectivamente así lo es, serán de *ejecución instantánea*, como la compraventa de contado; de lo contrario serán de *ejecución sucesiva o de tracto sucesivo*, como ocurre en el arrendamiento.

Uno de los aspectos en los que ha tenido incidencia dicha clasificación en la forma de deshacer el negocio o extinguirlo, pues se afirma que en los casos de los asuntos de ejecución instantánea lo será la *resolución* que tiene efectos retroactivos; mientras que en los de tracto sucesivo no puede pretenderse la resolución de actos ya ejecutados, esto es, efectos retroactivos, por lo que la aspiración será la *resiliation o terminación* del negocio que producirá efectos hacia futuro, esto es, respecto de las obligaciones que aún no se hubieran cumplido, y en ambos casos el contratante cumplido

tendrá derecho a una indemnización que estará a cargo del incumplido.

2.3. DEL CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

Es una forma de cooperación económica, que consiste en que una persona **oculta**, participa en los negocios de otra, quien es la única que se manifiesta de manera externa.

El Código de Comercio lo define en su artículo 507, en los siguientes términos:

“La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tiene la calidad de comerciante toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.”

En palabras del doctrinante JAIME ALERTO ARRUBLA PAUCAR¹:

“El contrato de cuentas en participación ofrece ventajas para todos los que intervienen. Por un lado, se presenta la situación de un comerciante que necesita dinero para ampliar sus actividades o para realizar un determinado negocio y no quiere introducirse en los engorrosos trámites de solicitar un préstamo o no puede hacerlo por cualquier circunstancia; por otro lado se presenta una persona que dispone de dinero o de otros bienes y que desea obtener algún rendimiento, prefiriendo no radicar en su cabeza los

¹ En su obra “CONTRATOS MERCANTILES. CONTRATOS TÍPICOS”. Decimocuarta edición. Editorial LEGIS, 2015.

riesgos que implica la operación y que además quiere permanecer oculto, sin que se sepa que está interviniendo en ella.”

Dicho contrato tiene como características principales, las siguientes:

- ***Es un negocio jurídico de colaboración.*** Dado que los partícipes buscan una finalidad común.
- ***Es de participación en pérdidas y beneficios.*** Esto es, que se distribuyen tanto las pérdidas, de presentarse y las utilidades que genere dicho negocio.
- ***Es consensual.*** Su existencia puede demostrarse por cualquier medio, dado que su formación no requiere de alguna exigencia legal, basta el acuerdo entre las partes.
- ***Es de duración.*** Por cuanto las partes permanecen vinculadas al negocio durante el tiempo que se requiera para efectuar las operaciones propias del mismo y la respectiva liquidación del mismo.
- ***El carácter oculto de uno de los contratantes debe persistir durante toda la vigencia del contrato.*** No puede adoptarse una razón comercia común a todos los participantes, ni adquirirse créditos que involucre a los comerciantes ocultos, es decir, por ninguna razón el gestor oculto puede revelar el nombre del oculto.

3.0. CASO CONCRETO.

En el *sub judice* fueron denegadas la totalidad de las pretensiones, considerándose por la *a quo* una falta de tutela jurídica, calificando el negocio fundamento de las pretensiones como un contrato de cuentas de participación, decisión que fuera recurrida por el apoderado de la parte demandante, arguyéndose que el contrato celebrado entre las partes fue un contrato que se asemejaba más al de depósito, por no cumplirse las exigencias del señalado en primera instancia, pues se trataba de una negociación civil y no comercial, donde además los tenedores no se hacían dueños del ganado aportado por la parte demandante para la venta.

Por tanto, esta Sala empezará por ubicar el ámbito normativo aplicable al negocio jurídico, en razón de la naturaleza del mismo, para efectos de establecer si en el caso concreto resultan procedentes las pretensiones invocadas en el líbello genitor, de cara a los fundamentos fácticos esbozados.

En primer término, debe precisarse que considerando que, en el contrato celebrado entre las partes aquí involucradas, se pretendía la obtención de utilidades con la venta del ganado adquirido por los demandantes y que permanecía bajo el cuidado de los demandados mientras se perfeccionaba la compraventa de los mismos, contrario a lo argumentado por el recurrente, el negocio es de naturaleza mercantil, al tenor de lo establecido en el artículo 20 del Código de Comercio, que en su parte pertinente establece:

“Son mercantiles para todos los efectos legales:

1º) La adquisición de bienes a título oneroso con destino a enajenarlos en igual forma, y la enajenación de los mismos;

Ahora, analizándose el contenido del contrato celebrado entre los demandantes y los demandados denominado “*DE GANADO A PARTIR UTILIDADES*”, advierte esta Corporación que, si bien tiene semejanzas con el contrato de cuentas en participación, no puede ser calificado como tal, por las razones que pasan a exponerse:

- El contrato de cuentas en participación exige que exista un partícipe oculto y otro activo, donde aquél sólo realiza un aporte y éste se encarga de realizar todas las gestiones propias del negocio del cual se derivaran las utilidades, haciéndose responsable de todo lo relacionado con dicha actividad; y en el contrato fundamento del proceso se pactó en la cláusula QUINTA, parágrafo 3° que:

“Para determinar el precio de venta y las demás condiciones de la transacción, LOS DUEÑOS O APORTANTES Y LOS TENEDORES se pondrán previamente de acuerdo entre ellos, en todo lo relativo al precio de la venta, el futuro comprador, la oportunidad, el número de cabezas, el sitio de la venta, la forma de pago, etc.”

Por tanto, no puede considerarse que los aquí demandantes estaban asumiendo una posición pasiva frente a la enajenación de los semovientes que estaban adquiriendo para la venta, por el contrario, establecieron una participación activa en el negocio que se celebrara para tal efecto.

Aunado a lo anterior, tenemos que en el parágrafo 1° de la misma cláusula se contempló que *“solamente se pagará la respectiva*

liquidación a LOS TENEDORES cuando el valor de la venta de ganado haya sido cancelada en su totalidad,...”, lo que da a entender que no eran éstos quienes directamente negociaban y recibían el pago, sino que aquélla como se indicó era conjunta y éste era percibido por los demandantes, lo que coincide con lo alegado por la demandada frente a la falta de pago de la liquidación de las ventas realizadas luego de cumplirse el primer año del negocio.

- En los contratos de cuentas en participación el aporte que se realiza por el partícipe pasivo, ingresa al patrimonio del activo o gestor, quien adquiere su titularidad, es decir, éste se hace dueño de dicho aporte; sin embargo, tal situación no se acordó en el negocio celebrado entre las partes procesales, y por el contrario, de varias de las cláusulas contenidas en el comiso, se puede colegir que la titularidad del ganado que aportarían los demandantes, siempre se mantendría en cabeza de los mismos, y que los demandados solo ostentarían la calidad de tenedores.

Nótese que en la cláusula CUARTA se contempló que el ganado debía ser marcado con el *“hierro de LOS DUEÑOS O APORTANTES”*, que es un acto que se exige en el sector ganadero para distinguir o hacer visible la titularidad del mismo.

También de la cláusula novena puede colegirse la ausencia del traslado de la titularidad, pues en ella se establece que los tenedores –demandados–, concederán a los dueños –demandantes– un plazo de tres meses para retirar los ganados, esto es, que

aquéllos solo tenían, como el mismo contrato lo señala la tenencia de los semovientes mientras se perfeccionaba su venta.

Al respecto, consagra el artículo 775 del Código Civil:

“Se llama mera tenencia la que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño...”

Lo dicho se aplica generalmente a todo el que tiene una cosa reconociendo dominio ajeno.”

Así las cosas, lo que advierte esta Sala es que el contrato celebrado entre las partes es un contrato que no se ciñe estrictamente a las condiciones propias de un contrato de cuentas en participación, no obstante, algunas coincidencias como se señaló antes; sin embargo, tampoco puede catalogarse como un contrato de depósito, como lo aduce el apoderado judicial de los actores, pues a pesar de que también presente semejanzas con éste no se cumple con la finalidad principal de dicho negocio, cual es la restitución de la cosa cuando lo disponga el depositante, en las mismas condiciones en que fue entregada, y en este caso, las partes acordaron que la tenencia de los demandados sobre el ganado de los demandantes sería durante y con el único fin de enajenarse éstos a terceras personas, previo acuerdo de las condiciones de dicha venta.

Además, si se considera la reglamentación civil, como lo pretende el recurrente, este contrato es gratuito y la estipulación de una remuneración degenera el mismo en un arrendamiento de servicio, al tenor de lo establecido en el artículo 2244 del Estatuto Sustancial Civil.

Es así que, de acuerdo con las estipulaciones efectuadas por los contratantes, no encuentra la Sala, que el mismo pueda encajarse en uno de los contratos tipificados en la ley, lo que conlleva a considerar que el mismo es un contrato atípico, lo que resulta plenamente admisible en nuestra legislación tanto civil como comercial, pues como se indicó en las consideraciones, esto ha sido permitido en razón del principio de autonomía de las partes.

Ahora, considerando que la primera de las pretensiones invocadas por los demandantes, es la terminación del contrato celebrado entre las partes aquí intervinientes, ante el incumplimiento por parte de los demandados, habrán de verificarse las obligaciones adquiridas en dicho negocio por cada uno de los contratantes para establecer si efectivamente se produjo o no dicha conducta por la parte pasiva en este asunto y si la misma genera como consecuencia, la terminación de dicho contrato. Veamos:

En la cláusula primera del contrato se enunció el objeto del contrato en los siguientes términos:

***“PRIMERA: OBJETO DEL CONTRATO. LOS DUEÑOS O APORTANTES** suministrarán a LOS TENEDORES, las cantidades de ganado que éstos requieran para surtir la hacienda **LAS VEGAS**, situada en el municipio de Cimitarra, departamento de Santander, y que LOS DUEÑOS estén en capacidad de adquirir, de conformidad con los términos del presente contrato.”*

Para dicha finalidad, los demandados, denominados en el contrato como “meros TENEDORES”, se obligaron, entre otras cosas a:

“...mantener el ganado pastando en su hacienda La Vega y a proporcionarle el cuidado y vigilancia necesarios para su conservación y adelantamiento. En consecuencia, será responsabilidad exclusiva de LOS TENEDORES suministrar a los animales sal mineralizada permanente, garrapaticidas y/o insecticidas, medicinas específicas para las enfermedades esporádicas, vacunas para las epizootias más frecuentes, tales como la fiebre aftosa, el edema maligno, el carbón sintomático, la septicemia hemorrágica, la brucelosis y, en algunas zonas, el carbón bacteriano o peste rayo. Se entiende que la vigilancia y observación permanente de los animales hace parte esencial de una buena y acuciosa administración de una hacienda ganadera, que corre por cuenta exclusiva de LOS TENEDORES.” (Resalto intencional).

Sin embargo, aducen los actores en los fundamentos fácticos enunciados en el libelo genitor, que los demandados incumplieron la obligación consistente en “mantener el ganado pastando en su hacienda La Vega”, a partir del 21 de diciembre de 2004, que remitieron comunicación a los demandantes manifestándoles su intención de convenir una terminación anticipada del contrato en razón de que la propiedad antes referida había sido vendida, procediendo posteriormente a trasladar el ganado que se encontraba en dicho terreno a otras fincas, sin autorización de los dueños, e incluso conociendo su inconformidad al respecto.

Al contestar la demanda la parte resistente reconoce efectivamente que había realizado el traslado del ganado a otras propiedades, pero precisando que el mismo se produjo en marzo de 2005, esto es, tres meses después de haberse dado aviso a los dueños en la comunicación antes referida, tiempo que fue utilizado para la espera de una respuesta por parte de éstos sobre la eventual anticipación de la vigencia del

contrato y que ante el silencio o no aceptación, decidieron proceder de dicha manera en cumplimiento de la responsabilidad de los tenedores sobre los semovientes, y en aras de evitar incurrir en falta que constituyera una culpa leve, conforme lo establecido en la cláusula onceava del negocio referenciado.

Por tanto, consideran los demandados que no puede calificarse el traslado del ganado a un lugar diferente al referenciado en el contrato, como un incumplimiento de las obligaciones acordadas en éste, pues por el contrario dicha conducta fue prudente y diligencia, pues se adoptó pretendiendo ejercer el cuidado y custodia exigido en el mismo, procurándose su traslado a otros lugares de mejores condiciones.

De la sola lectura de las cláusulas vertidas en el contrato que sirve de fundamento a esta demanda, puede colegirse que efectivamente correspondía a los tenedores mantener el ganado propiedad de los demandantes pastando en la **finca LA VEGA**, sin que se contemplara en dicho negocio la posibilidad de ser traslado a otros lugares.

Sin embargo, el hecho de la compraventa sobreviniente a la celebración de dicho contrato, obligaba a los demandados a retirar el ganado que tenía en dicha propiedad, razón que le fuera comunicada a la parte actora por escrito fechado el 21 de diciembre de 2004, tal como lo reconocieron ambas partes.

Al respecto es necesario precisar:

- El término de tres meses al que se refiere la cláusula novena del contrato era para permitir que los dueños del ganado trasladaran

éste a otro lugar, y no para que manifestaran si aceptaban o no una terminación anticipada, como parece sostenerlo la parte demandada.

- Dicho plazo empezaría a correr a partir del momento en que las partes convinieran efectivamente la terminación anticipada, lo que no ocurrió en este caso, pues tanto demandantes como demandados, coinciden en afirmar que no hubo acuerdo en este sentido.
- No se pactó en el contrato el procedimiento a seguir, en caso de no acordarse una terminación anticipada, lo que conlleva a acudir a las disposiciones generales de los contratos en lo que se refiere a dicho aspecto, esto es, forma y consecuencias de procederse en el evento de que alguna de las partes pretende terminar el negocio antes del tiempo acordado.

Así las cosas, tenemos que al tenor de lo establecido en el artículo 1602 del Código Civil:

“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Por tanto, las partes están obligadas a cumplir las estipulaciones efectuadas en el respectivo contrato, que solo podrán ser modificadas o revocadas por mutuo acuerdo, de lo contrario, esto es, la parte que no cumpla sus obligaciones, las cumpla imperfectamente o retarde su cumplimiento, deberá indemnizar a la otra los perjuicios que se deriven

de dicha situación, conforme lo contemplado en el precepto 1613 del Código Sustancial Civil.

Tratándose de contratos que se prolongan en el tiempo o cuyas obligaciones son de tracto sucesivo, como es el caso que nos ocupa, puede acaecer que las partes contemplen un plazo de duración o que no realicen estipulación al respecto, entendiéndose que el mismo es indefinido.

En el primer caso, esto es, cuando se acuerda la vigencia del contrato, puede igualmente establecerse o no la forma de anticipar la terminación del mismo, o prorrogar su duración, en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes.

En el *sub judice*, se estableció por los contratantes una duración del contrato de cinco años, contados a partir del uno de octubre de 2003, esto es, que éste tendría vigencia hasta el uno de octubre de 2008; sin embargo, se estipuló que las partes de común acuerdo podían anticipar o prorrogar la misma, y que en aquél caso –anticipación-, los tenedores (aquí demandados), concederían a los dueños (aquí demandantes) un plazo de tres meses para retirar los ganados de la hacienda La Vega.

Con fundamento en lo anterior, la parte resistente en este asunto, mediante comunicación fechada el 21 de diciembre de 2004, esto es, cuando el contrato llevaba un poco más de un año de duración, manifestó a los actores su intención de anticipar la terminación del negocio, aduciendo como justificación la venta de la referida propiedad.

No obstante, la parte demandante se opuso a la terminación anticipada, considerando que la enajenación del bien no era una causal que justificara la misma, por lo que no hubo acuerdo alguno de las partes en este sentido.

Así las cosas, considera esta Corporación que, no existiendo acuerdo entre las partes sobre la modificación de la cláusula relacionada con la duración del contrato, se mantenía la misma en la forma que inicialmente se había estipulado, por lo que, de persistir la parte demandada en finiquitar el negocio, debía asumir, como consecuencia de ello, la indemnización de los perjuicios que dicha terminación generara.

Ahora, cabe puntualizar que una vez la parte demandada comunicó a la demandante su intención de terminar el contrato antes del término acordado inicialmente, ésta estaba en su derecho de negarse a modificar el contrato en este sentido, esto es, a finiquitar anticipadamente el contrato; sin embargo, ante el conocimiento de la venta de la finca en la cual se había pactado mantener pastando el ganado, debió procurar el retiro del mismo, previa manifestación sobre su negativa, para efectos de reclamar posteriormente la indemnización que le generara la terminación unilateral de los demandados.

No obstante, como así no lo hizo, debieron estos últimos procurar la conservación de los semovientes en un lugar igual o mejor al dispuesto en el contrato, en aras de garantizar su cuidado como se habían obligado; por lo que no puede considerarse realmente que el traslado del ganado propiedad de los actores, a otras fincas diferentes a la señalada en el negocio jurídico celebrado entre las partes, degenera en un incumplimiento del contrato por parte de los resistentes en este asunto,

sino en la materialización de la terminación unilateral y anticipada que ya había sido comunicada a los demandantes.

Por tanto, si bien hay lugar a la indemnización de los dueños del ganado por parte de sus tenedores, ésta es consecuencia de dicha terminación y no de un incumplimiento del contrato como se pretende en el líbelo genitor, pues como se explicó antes, el traslado que se hizo de los semovientes, se derivó de la pasividad de los demandantes frente a la manifestación de terminación hecha por los demandados, debiendo éstos garantizar la custodia y cuidado del ganado, lo que no podían continuar haciendo en el lugar acordado como consecuencia de la compraventa de dicho terreno y por ende, la consiguiente entrega del mismo a sus adquirentes.

Así las cosas, contrario a lo definido en primera instancia, y lo aducido por el apoderado judicial de la parte demandada, en este caso sí resulta procedente la restitución del ganado propiedad de los actores, pues como se explicó antes, éstos nunca se despojaron del derecho de dominio que ostentaban sobre el mismo, y los demandados actuaron el contrato como simples tenedores de estos semovientes; además, resulta procedente, que se le reconozca a los demandantes el perjuicio que se les ocasionó con la terminación unilateral y anticipada del contrato como se indicó antes.

Acorde con lo anterior, la cuerda procesal escogida por el actor se encuentra ajustada con las pretensiones invocadas en el líbelo genitor, pues el numeral 10° del precepto 408 del Código de Procedimiento Civil, que regía para el momento de formulación de la demanda (30 de junio de 2005), contemplaba que se tramitaban y decidían en proceso abreviado, además de la restitución de inmueble arrendado:

“10. Otros procesos de restitución de tenencia a cualquier título, restitución de la cosa a solicitud del tenedor y el reconocimiento de las indemnizaciones a que hubiere lugar.”

Si a pesar de esta estipulación la *a quo*, de acuerdo a su interpretación, consideraba que el asunto objeto de controversia debía ventilarse por otro procedimiento, en lugar de denegar las pretensiones aduciendo tal circunstancia, debió proceder a ajustar el asunto al que estimó debía ser adelantado, al tenor de lo señalado en el precepto 86 del citado compendio procesal, el cual estatuye:

“El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos legales, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada.”

Y si a pesar de dicha disposición, el juez hubiese admitido la demanda y hubiese impartido un procedimiento distinto al que consideró posteriormente era el correcto, lo procedente era declarar la nulidad de todo lo actuado desde dicha admisión inclusive, conforme lo contemplaba el numeral 4° del artículo 140 del Estatuto Procesal Civil, que disponía dicha consecuencia:

“4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.”

Ahora, si lo considerado por la operadora jurídica de primera instancia fue la ausencia de norma en el ordenamiento jurídico que le atribuyera a los hechos enunciados en la demanda los efectos jurídicos pretendido por

los actores, debió acudir a los criterios auxiliares que contempla la constitución para el ejercicio de administrar justicia, en su artículo 230:

“Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.”

“La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.”

En armonía con lo contemplado en el precepto 8° de la Ley 153 de 1887, que reza:

“Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales del derecho.”

En consecuencia, no había justificación para que la funcionaria de primera instancia resolviera declarar una falta de tutela jurídica concreta, cuando los jueces deben procurar resolver la controversia que se les plantea haciendo uso de las herramientas legales y constitucionales que se le otorgan para tal efecto, en aras de solucionar el conflicto de la manera más equitativa y justa posible.

Clarificado lo anterior, debe precisarse entonces, que la terminación del negocio jurídico celebrado entre las partes se dio con la manifestación de finiquitar anticipadamente el mismo realizada por los demandados a los actores, y el desacuerdo de éstos, concretándose con el traslado del ganado a otro lugar, que de acuerdo con los accionados ocurrió en marzo

de 2005 y que para la fecha ya han transcurrido más de 15 años, resulta imposible disponer la restitución de los semovientes cuya tenencia detentaba la parte resistente para ese momento, ante las pérdidas naturales o accidentales que han podido ocurrir, así como a las ventas que de acuerdo con las actuaciones que reposan en el proceso, se realizaron con posterioridad.

Por tanto, atendiendo a los principios de equidad y justicia, resulta procedente ordenar la restitución en equivalente, esto es, por el valor que para ese entonces tenían las reses existentes, debidamente indexado a la fecha.

Ahora, verificada la prueba documental adunada al proceso, así como el dictamen pericial decretado en el mismo, puede advertirse lo siguiente:

- De acuerdo con el informe realizado por los señores AUGUSTO GONZÁLEZ MESA e ISRAEL MONSALVE MEJÍA, quienes fueron contratados por los demandantes para verificar el estado del terreno y de los semovientes trasladados a otras fincas, para el día en que visitaron estos lugares, esto es, 10 y 11 de marzo de 2005, el total del ganado ascendía a la suma de 528, discriminados así (Fol. 7, Cdo. 1):

CLASE / FINCA	GUACHARACAS	STA. TERESA	LAS VEGAS	RIO VISTA	TOTAL
V. Parid.	1		95	11	107
Crías M			42	2	44
Crías H	1		53	9	63
V. Horras	42		2	122	166
H. Vientre	5	34		20	59

H. Levante	90		2		92
M. Ceba	31				31
M. Levante	90				90
Toros	1				9
Total	261	34	198	168	661
Total Dtes.	128	34	198	168	528

Se aclara que del total de 261 de los semovientes que reposaban en la finca Guacharacas 133 correspondían solo a la Compañía del señor DELASCAR GÓMEZ, por lo que solo 128 hacían parte del negocio fundamento de este asunto, las cuales fueron discriminadas de la siguiente manera:

Vacas Horras	29
Hembras Levante	49
Machos Levante	49
Toros	1
Total	126

Dicho inventario no fue cuestionado por la parte demandada, pues no negó el hecho en el cual se relacionó el total del ganado propiedad de los actores, ni se presentó controversia alguna frente a la aludida prueba documental arrimada a la demanda; por tanto, los demandados deberán restituir a los demandantes el total de 526 semovientes, en su equivalencia en dinero para la fecha en que se realizó el traslado de los mismos, esto es, para **marzo de 2005**.

Ahora, para efectos de establecer el valor correspondiente a cada uno de los semovientes que deben ser restituidos en su equivalencia en dinero, se

tomará como referencia el relacionado por el perito designado en este asunto, esto es, el dictamen que hace parte del acervo probatorio recaudado en este proceso.

Debiéndose puntualizar, que si bien dicha experticia fue objetada por error grave de manera oportuna por la parte demandada, tal como se evidencia a folios 209, y el Juzgado de primera instancia, por auto del 28 de octubre de 2008, resolvió darle primeramente trámite a la solicitud de aclaración y complementación que frente a dicha prueba había realizado la parte actora (Fol. 210); también lo es, que una vez vencido el traslado que por auto del dos de octubre del mismo año se dio a la aclaración y complementación antes referida (Fol. 215), el Despacho judicial mencionado procedió a correr traslado para la presentación de los alegatos de conclusión por las partes, mediante proveído del 28 de octubre de 2008 (Fol. 217), omitiendo impartirle el trámite a la aludida objeción.

No obstante, la parte demandada, quien había cuestionado el dictamen por dicho medio de defensa, guardó silencio dentro del término de ejecutoria de la referida providencia, alcanzando la misma firmeza, por lo que se pasó a dictar la correspondiente sentencia de primer grado.

Es decir, que el silencio guardado por la parte demandada frente a la decisión de correr el traslado para los alegatos, sin haberse agotado el trámite de la objeción al dictamen, esto es, la ausencia de recursos frente a esta decisión, subsanó dicha irregularidad, y se tiene como una renuncia a la controversia que pretendió realizar a la experticia, y por ende, que se estuvo conforme con la misma, una vez aclarada y complementada, razón por la cual, esta Sala la valorará y tendrá en cuenta lo allí dictaminado

para determinar el valor de las reses existentes para el momento del traslado a otros lugares, como se expuso antes.

Así las cosas, tenemos que el perito en el cuadro No. 3 del dictamen (Fol. 153), relacionó el valor unitario de cada tipo de semoviente para el inicio del contrato, así como para cada uno de los años subsiguientes durante los cuales se había pactado la duración del mismo (5 años), siendo el denominado "AÑO 2", el que corresponde al año 2005.

En razón de lo anterior, se tomará el valor allí señalado de cada tipo de semoviente y se multiplicará por el valor de la cantidad existente para ese año, para obtener el valor total a cancelar por los demandados a los demandantes por concepto de restitución por equivalencia. Veamos:

CONCEPTO TIPO	VALOR UNITARIO	CANTIDAD DE RESES	VALOR TOTAL
VACAS	\$1.189.000	259	\$307.951.000
N. DE VIENTRE	\$957.000	54	\$51.678.000
H. DE LEVANTE	\$715.000	51	\$36.465.000
CRÍAS HEMBRAS	\$264.000	62	\$16.368.000
CRÍAS MACHOS	\$277.500	44	\$12.210.000
M. DE LEVANTE	1.008.000	49	\$53.312.000
TOROS	\$2.400.000	9	\$21.600.000
TOTAL		528	\$499.584.000

Dicho valor debe ser indexado a la fecha, ante la pérdida del poder adquisitivo, así:

$$VR = VA \times \left(\frac{IPC \text{ FINAL}}{IPC \text{ INICIAL}} \right)$$

$$VR = \$499.584.000 \times \left(\frac{3,62\%}{2,64\%} \right)$$

$$VR = \$499.584.000 \times 1,3712121$$

$$VR = \$685.035.625,76$$

Significa que el valor a restituir en equivalencia, debidamente actualizado asciende a la suma de **\$685.035.625**.

Ahora, en lo que respecta a la indemnización por la terminación unilateral, considera esta Corporación, igualmente atendiendo los principios rectores antes citados que la misma se establecerá atendiendo los intereses comerciales corrientes que se causaron desde la fecha en que se realizó el traslado del ganado a otras fincas, hasta la fecha en que debía cumplirse la vigencia del contrato, sobre el valor de éste sin indexar, esto es, desde marzo de 2005, hasta octubre de 2008, sobre la suma de 499.584.000. Efectuada esta operación, el valor que arroje debe ser indexado hasta la fecha de la sentencia, dado que han transcurrido casi once (11) años, entre su causación y la fecha de la sentencia de segunda instancia.

Aclarándose que, a partir de la ejecutoria del presente fallo, los intereses que podrán cobrarse sobre los valores de la condena que se imponga será el legal, conforme lo contemplado en el precepto 1617 del Estatuto Sustancial Civil.

No se tomaron en cuenta las proyecciones realizadas en el dictamen por cuanto la misma fue cimentada en las utilidades esperadas en cada uno de los años, según el manejo técnico e inseminación, sólo técnico y tradicional, cuando dentro del contrato no fue establecido el manejo que sería utilizado, ni las ganancias o utilidades que se esperaban obtener

cada año, por el contrario, se consideró dentro de éste la posibilidad de que éstas no se obtuvieran y que la liquidación anual arrojara pérdidas, regulándose la forma como sería asumida ésta.

Aunado a lo anterior, los perjuicios que se reconocerán en este asunto a la parte demandante, son los causados con ocasión a la terminación unilateral del contrato, y no por incumplimiento de las obligaciones por parte de la demandada, que son dos supuestos que generan consecuencias diferentes, pues es aquél solo tendrán que considerarse los que se ocasionaron en razón de la terminación anticipada, y éste los generara el traslado de los semovientes a otro lugar diferente al acordado, por ser esta la circunstancia fundamento de dicha declaración de incumplimiento.

4.0. CONCLUSIONES.

Como corolario de lo anteriormente expuesto, la sentencia de primera instancia tendrá que ser revocada, para en su lugar, acceder a las pretensiones de la demanda, en cuanto a la terminación del contrato celebrado entre las partes y la obligación de la demandada a indemnizar los perjuicios de los demandantes, pero con ocasión de la terminación unilateral de dicho negocio por parte de aquélla, y no en razón de un incumplimiento por la parte resistente en sus obligaciones.

En consecuencia, se declarará terminado unilateralmente el contrato denominado "CONTRATO DE GANADO A PARTIR UTILIDADES HACIENDA LAS VEGAS" suscrito entre las partes procesales el 16 de

septiembre de 2004, cuya vigencia inició desde el uno de octubre de 2003, fundamento de las excepciones invocadas en este asunto.

Se ordenará a los demandados a restituir la tenencia del ganado existente para marzo de 2005, a los demandantes, en su equivalencia en dinero ante la imposibilidad de restituir los que le fueron entregados o unos de su misma especie, esto es, la suma de \$685.035.625, debidamente indexado a la fecha.

Igualmente, se condenará a la parte demandada a pagar a la parte demandante, a título de indemnización, los intereses corrientes que se causaron entre el 1° de marzo de 2005 y el 1° de octubre de 2008, sobre el valor del ganado sin indexar, esto es, sobre la suma de \$499.584.000. Realizada tal operación, el valor que arroje será indexado, desde el dos de octubre de 2008 hasta la fecha de la presente sentencia, considerando la pérdida de poder adquisitivo del dinero.

A partir de la ejecutoria de la sentencia, las condenas impuestas generarán intereses legales mensuales del 0.5%, conforme lo contemplado en el precepto 1617 del Estatuto Sustancial Civil.

Las costas de primera y segunda instancia serán a cargo de los señores URIEL GÓMEZ NOREÑA y DELASCAR GÓMEZ NOREÑA, y a favor de los señores MARTA INÉS PÉREZ MEJÍA, JUAN SANTIAGO VILLA VILLA, ANDRÉS VILLA MÉNDEZ y JORGE ALONSO PÉREZ MEJÍA, las cuales serán liquidadas de manera concentrada en el Juzgado de origen, al tenor de lo establecido en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Por concepto de agencias en derecho la Magistrada Ponente señala la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$3.425.178).

5.0. DECISIÓN.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala Segunda de Decisión Civil, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el JUZGADO CATORCE CIVIL DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN, el 16 de diciembre de 2008, dentro del proceso ABREVIADO DE RESTITUCIÓN DE TENENCIA, incoado por los señores MARTA INÉS PÉREZ MEJÍA, JUAN SANTIAGO VILLA VILLA, ANDRÉS VILLA MÉNDEZ y JORGE ALONSO PÉREZ MEJÍA, en contra de los señores URIEL GÓMEZ NOREÑA y DELASCAR GÓMEZ NOREÑA; para en su lugar, declarar la prosperidad de las pretensiones invocadas en dicha demanda, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se dispone **DECLARAR TERMINADO UNILATERALMENTE** el contrato celebrado entre las partes aquí intervinientes, denominado “CONTRATO DE GANADO A

PARTIR UTILIDADES HACIENDA LAS VEGAS”, suscrito el 16 de septiembre de 2004, y cuya vigencia inició el uno de octubre de 2003.

TERCERO: ORDENAR a la parte demandada a restituir a la demandante, la tenencia del ganado de propiedad de ésta, que tenía para el 1° de marzo de 2005, en su equivalencia en dinero, que corresponde a la suma de **SEISCIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO PESOS M.L. (\$685.035.625)**, debidamente actualizada, acorde con lo explicado en la motivación de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a los demandados a pagar a los demandantes, a título de indemnización por la terminación unilateral y anticipada del referido contrato, a pagar los intereses bancarios corrientes, desde el 1° de marzo de 2005, hasta el 1° de octubre de 2008, sobre la suma de **CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO MIL PESOS M.L. (\$499.584.000)**, conforme a las razones esbozadas en la parte motiva. El valor que arroje la liquidación de intereses será indexado desde el dos de octubre de 2008 hasta la fecha de la presente sentencia.

QUINTO: A partir de la ejecutoria de la presente sentencia, las condenas aquí impuestas causarán intereses legales mensuales del 0.5%, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1617 del Código Civil.

SEXTO: CONDENAR a la parte demandada, al pago de las costas causadas en ambas instancias a favor de los demandantes, las cuales serán liquidadas de manera concentrada por el Juzgado de primer grado

SÉPTIMO: Por concepto de agencias en derecho por el trámite de la segunda instancia, la Magistrada Ponente señala la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS VEINTICINCO MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS (\$3.425.178).

OCTAVO: Ejecutoriada la presente decisión, devuélvase el expediente a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



GLORIA PATRICIA MONTOYA ARBELÁEZ



LUIS ENRIQUE GIL MARÍN



MARTHA CECILIA LEMA VILLADA

Salvamento de voto.

C.U.D.R.: 050013103014200500256-01.

SALVAMENTO DE VOTO.

RADICADO: 05001 31 03 014 2005 00256 01

DEMANDANTES: Marta Inés y Jorge Alonso Pérez Mejía, Juan Santiago Villa Villa y Andrés Villa Martínez.

DEMANDADOS: Delascar y Uriel Gómez Noreña.

MAGISTRADA PONENTE: Gloria Patricia Montoya Arbeláez.

Con el debido respeto me aparto de la decisión aprobada por la mayoría de la Sala en el proceso de la referencia, porque encuentro que de acuerdo con el régimen procesal vigente al momento en que los traslados para alegar fueron surtidos, los magistrados habilitados para decidir el asunto son aquellos que asistieron a la audiencia fijada para ese efecto. De esos magistrados, la mayoría, esto es la magistrada ponente y el magistrado Juan Carlos Sosa Londoño hacen parte de la sala civil en la actualidad. Luego ellos dos y la magistrada que reemplazó al tercer magistrado que integraba dicha sala, constituyen el juez natural colegiado a quien corresponde resolver el asunto, salvo que se fijara una nueva oportunidad para celebrar la audiencia del otrora artículo 360 del C. de Procedimiento Civil, presidida por los magistrados suscriptores de la sentencia.

De hecho, cuando las salas de decisión de la especialidad civil del Tribunal Superior de Medellín pasaron del orden aleatorio que tenían, al estricto orden alfabético de conformidad con el Acuerdo PCSJA17-10715 de 25 de julio de 2017 del Consejo superior de la Judicatura "Por el cual se adoptan las reglas generales para el funcionamiento de los Tribunales", los magistrados que conformaban las salas anteriores en las que ya se había celebrado la audiencia del mencionado art. 360 fueron quienes profirieron las sentencias respectivas.

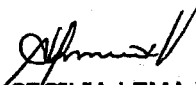
En efecto, el art. 360 del C. de P. Civil modificado por el art. 16 de la Ley 1395 de 2010, vigente el 29 de noviembre de 2011 (fecha en que la audiencia fue celebrada), decía:

"Cuando la segunda instancia se tramite ante un Tribunal Superior o ante la Corte Suprema, de oficio o a petición de parte que hubiere sustentado, formulada dentro del término para alegar, se señalará fecha y hora para audiencia, una vez que el proyecto haya sido repartido a los demás Magistrados de la sala de decisión. Las partes podrán hacer uso de la palabra por una vez y hasta por treinta minutos, en el mismo orden del traslado para alegar y podrán entregar resúmenes escritos de lo alegado. La sala podrá allí mismo dictar la respectiva sentencia.

A la audiencia deberán concurrir todos los magistrados integrantes de la Sala, so pena de nulidad de la audiencia."

A su vez el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 prescribe: *"Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieran empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación"*. Dicha regla general de aplicación de la ley en el tiempo fue reproducida en el art. 699 del C. de P. Civil que entre las normas que regirían las actuaciones en trámite, señaló para los recursos, las vigentes al momento de la interposición de estos.

Lo anterior significa que, el art. 360 del C.P.C. es la preceptiva que orienta el derecho al debido proceso que asiste a las partes comparecientes a la audiencia, practicada ante los magistrados competentes para decidir, de manera que la sustitución de la mayoría de estos forzaría la celebración de la vista pública ante la nueva sala, como garantía del derecho allí establecido, sin lo cual la sentencia tendría que ser proferida por la sala de decisión que presidió la diligencia celebrada en noviembre de 2011. Estos, en la condición de magistrados activos de la Sala Civil, mantienen la competencia para resolver el proceso, puesto que no hay situaciones extraordinarias ni de emergencia que justifiquen la modificación de tales reglas.


MARTHA CECILIA LEMA VILLADA
Magistrada