

TEMA: RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL – Derivado del daño derivado de la inejecución o de la ejecución defectuosa del contrato, donde se establece la culpa del deudor o del acreedor contractual / **CONTRATO DE DEPÓSITO** - “un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante”. / **MUTUO DISENSO TÁCITO** - la Corte fue enfática en exigir, que esa figura solamente pueda ser reconocida a petición de parte, por lo que pareciera que hoy día ha empezado a cerrar filas para no admitir su reconocimiento oficioso por el juez o magistrado. /

HECHOS: A través de demanda, pretende el demandante, pretensión contractual indemnizatoria, para que, por medio de procedimiento verbal, las entidades demandadas fueran condenadas a pagarle la suma de \$ 70.000.000, por la pérdida o desaparición del vehículo de placas RSD 333 incluido cupo, mientras se hallaba en depósito bajo su custodia dentro de las instalaciones del parqueadero la alpujarra de Itagüí, más lucro cesante y los intereses moratorios.

TESIS: (...) es viable concluir que, para que se configure una responsabilidad civil de tipo contractual, deben concurrir cuatro requisitos esenciales: i) la existencia de un contrato válido; ii) el daño derivado de la inejecución o de la ejecución defectuosa del contrato; iii) la culpa del deudor o del acreedor contractual y, iv) el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento del contrato. De otro lado, del artículo 1604 del C Civil se extrae que, el deudor es responsable hasta de la culpa leve, en aquellos contratos que comportan utilidad reciproca para las partes, esto es, que es él quien debe demostrar, en esos casos, la prueba de su diligencia y cuidado, con miras a poderse exonerar de la responsabilidad contractual que se le endilga, pero no será culpable frente al caso fortuito, siempre y cuando, no haya sobrevenido por su culpa. (...). (...) en relación con el contrato de depósito, en el Código de la materia tan sólo hallamos como normas reguladoras del mismo los artículos 1170 al 1179, normas que básicamente se ocupan de regular lo concerniente al contrato de depósito sin definirlo, es por lo que debemos, entonces, aplicar -por remisión del art. 822 del C de Co.- las normas del Código Civil, en las que tampoco hallamos una exigencia de solemnidad para la existencia y validez del mismo, pero en el artículos 2240 del C Civil se define como: “un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante”, sin que haya controversia aquí frente a la prueba de la existencia de dicho contrato. (...). (...) De lo reglado surgen dos obligaciones principales en el depositario -art. 2240 C.C.-: i) guardar la cosa y, ii) restituirla. En cuanto a la obligación de guarda, comporta el deber de custodia del bien sin la posibilidad de usarla, deber de conservarla en el estado en que se le ha confiado y emplear el cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen poner a sus propios negocios. (...). (...) el mutuo disenso tácito no está consagrado legalmente en nuestro sistema civil colombiano, pero eso no implica que la figura no exista, porque es aceptada como creación pretoriana, lo que conlleva que el juez puede declararla como excepción de fondo de manera oficiosa, pero lo que no puede hacer es ocuparse expresamente de dicha figura para declararla oficiosamente y por ahí mismo ordenar las restituciones mutuas, cual pretensión que no propusieron las partes, afirmaciones que se afincan en los artículos 281 y 282 del CGP. Ahora bien, es cierto que en algunos casos la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil había admitido por interpretación judicial el mutuo disenso tácito, aún a pesar que no existiera pretensión en ese sentido, sin embargo, en algunas de esas sentencias de casación fallos y en la más reciente, identificada como la SC1662-2019, (...) la misma Corte fue enfática en exigir, por ahí mismo, que esa figura solamente pueda ser reconocida a petición de parte, por lo que pareciera que hoy día ha empezado a cerrar filas para no admitir su reconocimiento oficioso por el juez o magistrado.

MP. JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

FECHA: 02/03/2020

PROVIDENCIA: SENTENCIA

SALVAMENTO DE VOTO. JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO

Sentencia No. 043 de 2020
Proceso: Responsabilidad Civil Contractual.
Demandante: Miguel Ángel Morales González.
Demandadas: Herhur S.A.S y otros.
Radicado: 05360 31 03 002 2017 00510 01

**TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE MEDELLÍN
-SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL-**

Medellín, dos (2) de marzo del dos mil veinte (2020).

Conforme se anunció en la audiencia de Sustentación y Fallo, llevada a cabo el pasado 27 de febrero, decide el Tribunal, mediante sentencia escrita, el recurso de apelación, frente a la sentencia de fecha 18 de febrero del 2019, mediante la cual el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Itagüí, dirimió la controversia en el proceso Verbal instaurado por MIGUEL ÁNGEL MORALES GONZÁLEZ, en contra de HERHUR S.A.S., HURTADO LÓPEZ Y CIA SCA EN LIQUIDACIÓN e INVERSIONES LA ALPUJARRA S.A.

II. LA DEMANDA

El día 22 de noviembre del año 2017, el señor Miguel Ángel Morales González, a través de apoderada judicial presentó demanda con pretensión contractual indemnizatoria, para que, a través de procedimiento verbal, las empresas demandadas fueran condenadas a pagarle la suma de \$70.000.000,00 por la pérdida o desaparición del vehículo de placas RSD 333 incluido el cupo, mientras se hallaba en depósito bajo su custodia dentro de las instalaciones del Parqueadero La Alpujarra de Itagüí, más el lucro cesante y los intereses moratorios.

1. Fundamentos Fácticos. Los hechos se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. Que el 18 de noviembre del año 2009, en el paraje La Carlota, vía Cisneros-Puerto Berrio (Magdalena Medio), debido a un reguero de asfalto líquido sobre la vía, se produjo el volcamiento de la tracto-mula de placas SRD 333 con pérdida total del vehículo, conducido por Gonzalo Antonio García Huertas, automotor de propiedad de Miguel Ángel Morales González.

1.2. Que el 29 de diciembre del mismo año, el conductor dejó guardado únicamente el CABEZOTE siniestrado y que no la carrocería, en el parqueadero Supercentro Camionero La Alpujarra 87 de Itagüí -propiedad de los demandados-, cabezote del cual admite el mismo demandante -en los hechos de la demanda-, que lo guardó luego de haber sufrido la pérdida total, porque quedó destruido por el accidente.

1.3. Que como el vehículo se volcó debido a un reguero de asfalto líquido en la carretera, entonces, demandó en reparación directa a Invias y otros para reclamar los daños y perjuicios, entre los que se cuenta el daño emergente, por el valor del tracto camión avaluado en \$150.000.000.

1.4. Que los dueños del parqueadero le hicieron llegar varias cuentas de cobro por el parqueo del cabezote y el 12 de marzo del año 2013 hizo una petición a los demandados, para que le dieran noticia del paradero del vehículo dejado en depósito, porque iría un perito hacer el avalúo, mismo requerimiento que hizo ya oficialmente el juzgado sexto administrativo en enero del 2014 y el 21 de febrero del 2014 contestó la demandada HERUR, anunciando que desconocían el paradero del vehículo.

1.5. Que en sentencia del Juzgado 44 administrativo de Bogotá en acción de reparación directa, se reconocieron los perjuicios de lucro cesante y daño

emergente por el accidente, pero le denegaron la pretensión relacionada con el valor del tracto-camión, en razón a que no fue posible justipreciarlo por el valor que tenía al momento de los hechos, debido a que no pudieron rastrearlo y ubicarlo para su avalúo, a pesar de que estaba bajo la custodia de los demandados en el parqueadero, por lo que estima que tiene derecho a reclamar de los demandados el valor total que el CABEZOTE de placas SRD 333 tenía al momento del accidente -cupó incluido- y el valor del lucro cesante futuro, debido a la sustracción que del automotor se produjo en el parqueadero de los demandados, cuando tenían en depósito el automotor.

2. Actuación procesal. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Itagüí admitió la demanda mediante providencia del 14 de febrero del año 2018, (cfr. fl. 218 c. ppal), misma que fue notificada a la parte demandada, quien la contestó de la forma como pasa a precisarse.

3. Contestación a la demanda. Las sociedades Herur SAS y Hurtado López y CIA SCA, contestaron a través del mismo apoderado, quien admitió algunos hechos y negó otros, proponiendo las excepciones de fondo que nominó: a) Falta de causa para demandar; b) Temeridad y Mala Fe; c) Inexistencia de las obligaciones; d) Carencia de Título o Contrato para Demandar; e) Falta de Objeto para Demandar; f) Enriquecimiento Indebido del demandante; g) Falta de Legitimación en la causa por activa; h) Falta de legitimación en la causa por pasiva; i) Abuso del Derecho; j) Prescripción de la acción; k) Falta de Jurisdicción, porque ya había demandado ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por su parte, la demandada Inversiones La Alpujarra SAS también contestó la demanda a través de su apoderada judicial, quien propuso las siguientes excepciones de mérito: a) Falta de Legitimación en la Causa por Activa y por

Pasiva; b) Ausencia de incumplimiento contractual injustificado de Parte de Inversiones La Alpujarra y c) Inexistencia de causación de perjuicios a la demandante; d) Ausencia de nexo causal; e) Temeridad y Mala Fe.

4. La sentencia apelada. Fenecido el trámite del proceso previsto en el C.G.P., incluida la práctica de pruebas, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Itagüí profirió sentencia el pasado 18 de febrero de 2019 (cfr. fl. 417y 418), en donde declaró no probadas las excepciones formuladas por los demandados, al tiempo que denegó las pretensiones de la demanda, pero en forma oficiosa declaró el mutuo disenso tácito del contrato de depósito, el cual halló probado y condenó a la demandada a devolver el vehículo SRD 333 tomado en depósito, mientras que a las demandantes las condenó a pagar la suma de \$10.101.000,00 por el valor del parqueo, sin condenar en costas a ninguna de las partes.

El juez del caso apoyó su decisión en que sí había prueba del contrato de depósito, pero halló que la demandante había sido incumplida con el contrato, porque nunca pagó el servicio de parqueadero y no admitió la defensa del demandante cuando alegó que de su parte no existió incumplimiento por falta de pago del parqueo, ya que según Miguel Ángel el mismo conductor había acordado con “LALO” el del parqueadero, que el pago del servicio de parqueo quedaba diferido hasta una vez le fuera cancelada la indemnización que por pérdida total del vehículo estaba reclamado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, hecho no probado dentro del proceso. Por esas razones, al estimar el a quo que el demandante fue incumplido, desestimó la indemnización deprecada, porque a la luz del art. 1546 del C Civil ella solo se abría paso si se hubiera cumplido con las obligaciones por la parte demandante y, que frente al mutuo incumplimiento y por disposición del art. 1615 del C Civil, era imposible establecer la mora únicamente en el

demandado, cuando debido al mutuo incumplimiento ninguna de las partes podía estar en mora. No obstante, prosiguió, que como también las demandadas incumplieron el contrato, pero el vehículo desapareció de sus instalaciones y no cumplieron con la obligación de guardarlo para su restitución, fue razón por la cual declaró la Resolución del Contrato de Depósito por mutuo disenso tácito y, por ahí mismo, estimó que las cosas debían volver a su statu quo, ordenando así a la demandante pagar el precio del parqueo por valor de \$10.101.000 y a las demandadas las condenó a devolver el vehículo que recibieron en depósito, sin importar que se hubiere extraviado, acotando que la parte demandante no cumplió con el deber de demostrar el valor del vehículo antes del siniestro.

REPAROS CONCRETOS DE LOS APODERADOS JUDICIALES DE AMBAS DEMANDADAS:

Se recuerda por el Tribunal que la sentencia denegó las pretensiones de la demanda, basada en el incumplimiento de la parte demandante, pero, acogió de oficio la declaración de mutuo disenso, por lo que ordenó a las demandantes pagar lo relacionado con los costos que generó el contrato de depósito a modo de parqueadero del vehículo; mientras que a los demandados les ordenó devolver el vehículo -tal y cual les fue entregado para su depósito-. Frente a esa decisión la parte demandante admitió lo resuelto, mientras que la parte demandada -plural- apeló la sentencia.

1. El apoderado de las sociedades HERHUR SAS y HURTADO LÓPEZ Y CIA SCA EN LIQUIDACIÓN, aunque compartió que se hubieran denegado las pretensiones de la demanda, sin embargo, hizo los siguientes reparos: **1)** Que no se analizaron todas las excepciones de fondo como era debido; **2)** Que no era procedente declarar la resolución del contrato para que las cosas

volvieran a su estado anterior, ya que si bien el vehículo desapareció del parqueadero, no obstante, fue debido al descuido del mismo demandante depositante; **3)** No comparte que se haya exonerado de costas al demandante; **4)** Que quien celebró el contrato no fue el demandante ni las sociedades demandadas, porque el contrato se celebró entre el conductor del automotor y un hombre apodado “Lalo”, haciéndose inadecuado que sus poderdantes puedan ser obligadas a lo imposible, como es la devolución de un vehículo que no existe.

Por su parte, la apoderada de Inversiones La Alpujarra S.A. desistió del recurso de apelación frente a una prueba, lo cual le fue admitido por el juez, al tiempo que protestó la sentencia e hizo los siguientes reparos: **1)** Que no hay congruencia, ya que la ‘pretensión de mutuo disenso tácito’ no fue propuesta y el juez no podía declararla de oficio; **2)** Que no es cierto que la demandada haya sido parte contractual y mucho menos parte incumplida en el contrato; **3)** Que si se admite el contrato, luego, la parte demandada estaba habilitada para desvincularse del contrato frente al no pago del demandante, justificándose así el incumplimiento de la demandada; **4)** Por último, que no se le podía condenar a lo imposible, en cuando devolver físicamente un vehículo que desapareció y, que no existe razón para ordenarle el pago de más de \$10.000.000.00 por parqueadero.

III. CONSIDERACIONES

1. Los presupuestos procesales. Encuentra la Sala satisfechos los requisitos o presupuestos procesales para que pueda abordarse el estudio de la apelación interpuesta por la parte demandante, de igual manera, no se observa que en el transcurso del proceso se haya irrumpido en alguna causal de nulidad, además, se les ha permitido a los apoderados de las partes

exponer las razones que los llevan a sustentar su tesis dentro del término de sustentación del recurso de apelación.

2. De la responsabilidad civil contractual. Nuestro ordenamiento sustantivo civil contempla las fuentes de las obligaciones, entre otras normas, en el artículo 1494, al disponer que: *“Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”*. Dentro de estas proposiciones, se destaca la noción de negocio jurídico, el que se constituye en el pilar fundante de la responsabilidad civil contractual y, por antonomasia, en la principal aplicación de la autonomía privada.

Tomando en consideración lo referido en precedencia, viable es concluir que, para que se configure una responsabilidad civil de tipo contractual, deben concurrir cuatro requisitos esenciales: *i)* la existencia de un contrato válido; *ii)* el daño derivado de la inejecución o de la ejecución defectuosa del contrato; *iii)* la culpa del deudor o del acreedor contractual y, *iv)* el nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento del contrato.

De otro lado, del artículo 1604 del C Civil se extrae que, el deudor es responsable hasta de la culpa leve, en aquellos contratos que comportan utilidad recíproca para las partes, esto es, que es él quien debe demostrar, en esos casos, la prueba de su diligencia y cuidado, con miras a poderse exonerar de la responsabilidad contractual que se le endilga, pero no será

culpable frente al caso fortuito, siempre y cuando, no haya sobrevenido por su culpa.

2.1. Del contrato de Depósito celebrado por el demandante y las sociedades involucradas en la *litis*. Este primer requisito se halla cumplido, pues, según el artículo 21 del Código de Comercio *“Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, y los ejecutados por cualquier persona para asegurar el cumplimiento de obligaciones comerciales”*, norma que resulta pertinente a la hora de advertir que, el contrato de depósito celebrado por las partes, es de naturaleza mercantil y, bajo ese hilo conductor, de acuerdo con el artículo 824 del Código de Comercio, los contratos en materia mercantil son por lo general consensuales, lo que implica que prima el acuerdo de las voluntades por encima de las formas, a menos que una norma jurídica exija determinada solemnidad, como requisito esencial para la formación del negocio jurídico, por lo que, si en relación con el contrato de depósito, en el Código de la materia tan sólo hallamos como normas reguladoras del mismo los artículos 1170 al 1179, normas que básicamente se ocupan de regular lo concerniente al contrato de depósito sin definirlo, es por lo que debemos, entonces, aplicar -por remisión del art. 822 del C de Co.- las normas del Código Civil, en las que tampoco hallamos una exigencia de solemnidad para la existencia y validez del mismo, pero en el artículos 2240 del C Civil se define como: *“un contrato en que una de las partes entrega a la otra una cosa corporal o mueble para que la guarde, y la restituya en especie, a voluntad del depositante”*, sin que haya controversia aquí frente a la prueba de la existencia de dicho contrato.

Según la H. Corte Suprema de Justicia¹, el contrato de depósito es aquel mediante el cual “... el depositante, entrega al depositario, una cosa mueble para que la conserve y se la restituya cuando así se lo solicite. Su objeto estriba en la guarda de la cosa depositada, y consecuentemente comporta para el depositario, en su condición de mero tenedor de ella, la obligación de conservarla, sin derecho a usarla, excepto en las hipótesis previstas por los artículos 2245 y 2246 del Código Civil, debiendo restituirla en especie a la finalización del contrato. Se trata de un contrato real, pues sólo se perfecciona con la entrega de la cosa”.

De lo reglado surgen dos obligaciones principales en el depositario -art. 2240 C.C.-: **i)** guardar la cosa y, **ii)** restituirla. En cuanto a la obligación de guarda, comporta el deber de custodia **del bien sin la posibilidad de usarla, deber de conservarla en el estado en que se le ha confiado** y emplear el cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen poner a sus propios negocios.

3. Falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva. Por ser la legitimación en la causa un presupuesto de fondo de la sentencia como tal, debemos adentrarnos en su estudio en forma principal y delantera, pues las demandadas han acudido a su defensa alegando, ya a través de las excepciones de fondo, ora negando como ciertos los hechos de la demanda, que no podían ser llamadas a responder en forma contractual por los perjuicios que de ellos se reclama, puesto que no fueron parte en el contrato de depósito, porque quien celebró el contrato como depositario fue un hombre apodado LALO a quien no conocen, mientras que el depositante fue el señor Gonzalo -conductor del vehículo-, siendo éstos los legitimados para demandar y ser demandado.

¹ CSJ. Casación Civil 2 septiembre de 1985, M.P. Humberto Murcia Ballén. Publicado Gaceta 2419, pág 367 y Ss.

3.1. ¿Existió contrato de depósito, entre el demandante Miguel Ángel Morales González y las sociedades demandadas HERUR SAS, HURTADO LÓPEZ Y CIA EN LIQUIDACIÓN E INVERSIONES LA ALPUJARRA S.A.?

Si no hubiere existido contrato de depósito para qué iban las demandadas a molestarse y comprometer su responsabilidad contractual, expidiendo tanto una cuenta de cobro como una factura de venta de servicios y una comunicación, todas dirigidas en forma directa al señor Miguel Ángel Morales Gonzales (fl. 70, 72 y 73), reconociendo a éste como el verdadero depositante, persona que les debía el valor del parqueo del vehículo SRD 333, documentación por demás identificada con los membretes e información comercial de las demandadas, prueba que resulta suficiente de cara a demostrar la existencia del contrato de depósito.

Ahora bien, sobre la legitimación para celebrar el contrato de depósito la CSJ en su sala de casación civil² ha dejado sentado que no siendo el depósito un acto dispositivo que transfiera el dominio del bien o que lo grave, pues de lo que se trata es de su protección, bien puede versar sobre cosa ajena o sobre aquellas que se tengan con el título más precario que prevé nuestro ordenamiento positivo; por consiguiente, queda claro que si lo que se traslada por el depositante al depositario es la mera tenencia del bien, nada deberá debatirse respecto a la propiedad o a la posesión del bien mueble, quedando así superada la discusión acerca de quién fue la persona que llevó el vehículo directamente al parqueadero, dado que en este caso lo hizo el mismo conductor Gonzalo Antonio García Huertas, pues, lo relevante es que las

² CSJ. Casación Civil 2 septiembre de 1985, M.P. Humberto Murcia Ballén. Publicado Gaceta 2419, pág 367 y Ss.

demandadas reconocieron a Miguel Ángel como el depositante y por eso a él dirigieron los documentos a que se hizo referencia y hasta Herur SAS fue la que contestó el requerimiento que le hizo el juzgado, para manifestar que el vehículo había sido sustraído del cementerio de vehículos accidentados.

Ahora, no desconoce el Tribunal que más adelante la misma Corte en la sentencia que se viene comentado y, -en forma certera-, argumenta que resulta tan cierto que el sólo tenedor del bien es quien puede celebrar el contrato de depósito, que ni siquiera el titular del dominio o de la posesión, desprovistos de la tenencia material, podrían celebrar dicho contrato, porque no están en capacidad de entregar en forma material y real el bien al depositario y sin que tampoco puedan intentar válidamente la restitución del bien sin el consentimiento del depositante o mediante decreto del juez, pues la obligación del depositario es restituir el depósito al depositante, quien no puede ser otro distinto al tenedor que le transfirió la tenencia.

No obstante lo comentado por la Corte, ha de advertir ahora la Sala que esa sentencia se refiere es al hecho concreto de que sea el tenedor quien realice personalmente y a título propio el contrato de depósito porque es él quien detenta la tenencia a nombre propio, lo que no sugiere que no pudiera el conductor en este caso celebrar el depósito a nombre del dueño o poseedor, que fue lo que aquí ocurrió, pues, se demostró una tenencia longa manus, la cual condujo a suponer que el dueño Miguel Ángel era quien conservaba la posesión y tenencia a través de su conductor Gonzalo Antonio Huertas, vehículo cuya mera tenencia estaba en cabeza del conductor, pero sin que el poseedor se hubiere despojado de la tenencia, razón por la cual bien podía, como lo terminaron haciendo las demandadas, admitir que el depositante había sido el aquí demandante y por eso fue que elaboraron las facturas de cobro del servicio de parqueadero a nombre del señor Miguel Ángel Morales

González (ver fl. 72 al 74), mismos documentos que no fueron tachados de falsos por la parte demandada y que son documentos declarativos que provienen de ella, por lo que hacen plena prueba en su contra y por eso resulta necio que se niegue la existencia y autoría de dicho contrato. Lo mismo ocurrió frente al sujeto apodado "LALO", pues si éste fue quien celebró el contrato con el conductor del vehículo, igualmente fungió como un factor o dependiente de las demandadas y por ese motivo ha de verse que tenía facultades para celebrar dicho contrato a nombre de ellas, razón por la cual se desatienden las quejas de los demandados en tal sentido

En conclusión, ninguna duda deberá quedarnos sobre la existencia y prueba real del contrato de depósito celebrado entre el demandante Miguel Ángel Morales González como depositante a través de su conductor y mero tenedor del automotor, señor Gonzalo Antonio García Huertas en la modalidad de contrato por otro o para otro, siendo depositarias las demandadas Herhur SAS, Hurtado López y CIA SCA e Inversiones La Alpujarra S.A., por lo que se impone desoír las súplicas de los apelantes en el sentido de desconocer dicha convención que los ata o liga contractualmente con el demandante y confirma la legitimación, tanto por activa como por pasiva, en el presente asunto.

4. Caso concreto. De acuerdo con el art. 328 del CGP solo se ocupará el Tribunal de despachar los recursos de apelación de ambos demandados, sin embargo, no es posible abordar la apelación que hace el apoderado de las sociedades HERHUR SAS y HURTADO LÓPEZ Y CIA SCA EN LIQUIDACIÓN, para que el Tribunal se ocupe de seguir analizando las excepciones de fondo que él había planteado contra la demanda, ya que carece de interés para ello, por cuanto las pretensiones del demandante

fueron denegadas y, en tal sentido, solamente era el demandante quien pudo apelar la sentencia y no lo hizo.

Queda claro entonces que la Sala únicamente se ocupará de analizar si había razones para que el juez declarara de manera oficiosa el mutuo disenso tácito y si ello era posible, se pasará a estudiar los demás reproches que los demandados han hecho a la decisión oficiosa del a quo.

El problema jurídico a resolver, entonces, se reduce al siguiente interrogante: ¿Podía el juez a quo declarar en forma oficiosa –como lo hizo-, el mutuo distracto o disenso tácito del contrato de depósito celebrado entre las partes? La respuesta contundente del Tribunal es que no y por esa razón será revocada la sentencia en sus numerales tercero, cuarto y quinto, por lo que pasamos a exponer los argumentos para la decisión anunciada.

4.1 Del mutuo disenso tácito. El mutuo disenso, figura de construcción eminentemente jurisprudencial hecha por la CSJ, consiste en una especie de acuerdo en que las partes a través de cualquier medio probatorio, le muestran al juez su deseo de terminar un negocio jurídico que habían celebrado o estaban ejecutando actualmente. Dicho acuerdo por ser tácito, implica que la voluntad de deshacer los efectos del negocio jurídico legalmente celebrado no es expresa, sino que se deduce de hechos inequívocos de las partes que sean claramente indicativos de tal voluntad, para que así salga a flote el incumplimiento mutuo.

Como acaba de mencionarse, el mutuo disenso tácito no está consagrado legalmente en nuestro sistema civil colombiano, pero eso no implica que la figura no exista, porque es aceptada como creación pretoriana, lo que conlleva que el juez puede declararla como excepción de fondo de manera

oficiosa, pero lo que no puede hacer es ocuparse expresamente de dicha figura para declararla oficiosamente y por ahí mismo ordenar las restituciones mutuas –como aquí ocurrió-, cual pretensión que no propusieron las partes, afirmaciones que se afincan en los artículos 281 y 282 del CGP.

Así las cosas, como aquí el juez denegó las pretensiones de la demanda, pero acogió de oficio el estudio y declaración del mutuo disenso tácito, decisión con la cual estuvo de acuerdo la parte demandante y sólo apeló la parte demandada, pero únicamente lo relativo al mutuo disenso tácito que declaró de oficio el juez, luego, habrá de revocarse la sentencia en sus numerales TERCERO CUARTO Y QUINTO, ya que el juez carecía de facultades para reconocer -como lo hizo-, una pretensión que no fue propuesta.

Ahora bien, es cierto que en algunos casos la misma Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil había admitido por interpretación judicial el mutuo disenso tácito, aún a pesar que no existiera pretensión en ese sentido, sin embargo, en algunas de esas sentencias de casación fallos y en la más reciente, identificada como la SC1662-2019, Radicación n.º 11001-31-03-031-1991-05099-01, con ponencia del Dr: Álvaro Fernando García Restrepo, la misma Corte fue enfática en exigir, por ahí mismo, que esa figura solamente pueda ser reconocida a petición de parte, por lo que pareciera que hoy día ha empezado a cerrar filas para no admitir su reconocimiento oficioso por el juez o magistrado.

Por su importancia y porque sirve para complementar la presente sentencia, citaremos en forma textual apartes de la SC1662-2019, donde la Corte expuso:

1. Son incongruentes los fallos judiciales cuando, por defecto, por exceso o por ajenidad, no respetan los linderos que al proceso le fijaron las partes en la demanda y en la contestación, o que establece la ley, en cuanto hace al reconocimiento oficioso de excepciones (art. 305, C. de P.C.).

De suyo, será *mínima petita* la sentencia que deja sin decidir alguno de los extremos del litigio; *ultra petita*, la que los excede; y *extra petita*, la que resuelve por fuera de los mismos.

Insistente y constantemente, la Sala ha puntualizado que “*el principio de la congruencia que debe informar a la sentencia, se infringe ‘cuando hay falta de conformidad entre lo pedido y lo resuelto, en cualquiera de estas formas: 1) ultra petita: si provee sobre más de lo pedido; 2) extra petita: si provee sobre pretensiones o excepciones que debiendo ser alegadas no fueron propuestas y, 3) mínima petita: cuando omite decidir sobre todo lo pedido (sent. 107 de julio 21 de 1993, exp. 4383, reiterada en mayo 16 de 2000, exp. 6295)” (se subraya)³.*

Con otras palabras, “*al juzgador no le resulta dado pronunciarse en la sentencia sino sobre lo que se le ha pedido por las partes, sin que pueda fallar en asuntos que no le han sido demandados (extra petita), ni más allá de lo solicitado (ultra petita), como tampoco puede abstenerse de pronunciamiento alrededor de alguno de los extremos del litigio (citra petita), pues, en los dos primeros casos habrá incurrido en exceso de poder al ejercer la jurisdicción y, en el último, en defecto, que es lo que en la doctrina ancestralmente se conoce como el fallo omiso o diminuto” (se subraya)⁴.*

3. El Tribunal en el fallo recurrido en casación, luego de negar tanto las pretensiones del libelo introductorio como las de la contrademanda, así como las excepciones formuladas en frente de la reconvencción, “*salvo la de mutuo disenso que se declara probada*”, dispuso la resolución “*por mutuo disenso*” del mencionado acuerdo de voluntades y proveyó sobre las prestaciones mutuas derivadas de esa determinación, imponiéndole al primigenio demandante el deber de restituir a su contraparte el inmueble del pleito, junto con los frutos civiles causados “*desde la celebración de la promesa de compraventa*” y hasta la efectiva entrega del bien; y a Francisco José Camacho Amaya, como a los herederos de María

³ CSJ, SC del 21 de octubre de 2003, Rad. n.º 7486.

⁴ CSJ, SC del 4 de septiembre de 2000, Rad. n.º 5602.

Cristina Hernández de Camacho, la devolución de la parte del precio que recibieron y el pago de las mejoras.

4. Efectuado el cotejo objetivo de las pretensiones elevadas en las comentadas demandas del proceso y las ordenaciones adoptadas por el sentenciador de segunda instancia en su fallo, se colige con absoluta claridad la inconsonancia de dicho proveído, puesto que sin haberse formulado solicitud alguna dirigida a que se declarara la resolución por mutuo disenso del contrato de promesa de compraventa vinculante de los litigantes, el *ad quem* adoptó tal determinación.

5. Esa desarmonía del fallo no encuentra justificación, ni quedó conjurada, por el hecho de que el demandado en reconvenición, propuso, entre otras, la excepción que denominó “*MUTUO DISENSO*”, pues si el Tribunal denegó la resolución contractual solicitada subsidiariamente en ese libelo, debido a que su proponente carecía de interés para intentarla, pues igualmente incumplió el convenio allí censurado, es patente que dicha acción no se configuró en favor del reconviniente y que, por ende, no había lugar al estudio de ninguna de las excepciones alegadas.

Con otras palabras: el fracaso de la acción de resolución por insatisfacción de los elementos que la estructuraban, impedía al Tribunal pasar al estudio de la anotada excepción, como lo hizo, por lo que tampoco en desarrollo de dicho mecanismo defensivo, había lugar a que el Tribunal abordara el estudio del distracto contractual.

Al respecto, bueno es memorar que *“la labor de juzgamiento no puede ejercerse de cualquier modo. El rigor que exige la tarea decisoria requiere abordar inauguralmente el reclamo del demandante para que, definida la vocación de prosperidad de la pretensión con fundamento en las pruebas, se continúe con la valoración de las excepciones planteadas, de manera que sólo cuando la acción tiene posibilidad de victoria, se impone al juez entrar a auscultar los mecanismos aducidos en pro de la defensa del demandado a fin de establecer si ellos tienen la virtud de enervarla. (...) En este sentido, el juez de manera previa al estudio de la excepción, debe decidir el mérito de la demanda, concretamente, si concurren los presupuestos materiales para una sentencia favorable, porque si ello no es así, conocidos como el interés para obrar, la legitimación en la causa, la tutela jurídica y la prueba de los hechos, en palabras de Calamandrei (...) el derecho de acción (entendido como derecho a la providencia favorable) no nace (...)”* (se subraya)⁵.

⁵ CSJ, SC del 9 de diciembre de 2011, Rad. n.º 1992-05900-01.

6. Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que fue pertinente el estudio de la indicada excepción, es del caso señalar que su reconocimiento solamente podía producir el derrumbamiento de la acción resolutoria incoada en la reconvencción, pero no que, adicionalmente, se dispusiera el rompimiento por mutuo disenso del contrato en esos términos controvertido, decisión que, por ende, se visualiza como resultado de la exclusiva iniciativa del sentenciador.

Sólo con el propósito de reafirmar que en tratándose de la figura del distracto contractual, su alegación como excepción no daba para fulminar el correspondiente acuerdo de voluntades, pertinente es destacar que si ese hubiese sido el querer del legislador, habría dado a dicho mecanismo defensivo el mismo tratamiento que otorgó en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil a las excepciones de nulidad y de simulación del contrato fuente de la relación jurídica debatida, en relación con las cuales dispuso que de haber sido propuestas, “*el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción*”, precepto en torno del cual la Sala tiene explicado que:

El cabal entendimiento que a la aludida norma corresponde, permite distinguir con claridad los diversos supuestos de hecho que el legislador concibe y las consecuencias que a cada uno de ellos le atribuye. En primer lugar, cuando el demandado propone las excepciones de nulidad y simulación y al proceso han comparecido todas las partes que intervinieron en el acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez debe pronunciarse ‘expresamente’ sobre ellas, alocución que le impone de manera perentoria el deber de declarar la nulidad o la simulación del acto o contrato de que se trate, con las consecuencias propias de las declaraciones judiciales de esa especie, es decir, la aniquilación del mismo con las subsecuentes restituciones mutuas, si de la nulidad se trata, o la revelación de los verdaderos alcances de la voluntad contractual, atribuyéndole los efectos que le son inherentes.

Un segundo supuesto se presenta cuando el demandado propone las susodichas excepciones, pero al proceso no comparecen todas las partes que intervinieron en la formación del acto jurídico. En tal hipótesis, no le es dado al juzgador, obviamente, aniquilar el contrato nulo, ni asignarle los efectos que conciernen a la verdadera voluntad de las partes la cual, por lo demás, no puede declarar, sino que solamente podrá acoger como fundada la excepción, declaratoria que al enervar las pretensiones del actor, impide que los contratos nulos o simulados puedan producir los efectos que los litigantes persiguen o que lleguen a causar ulteriores perjuicios, es decir, que el excepcionante solo consigue atajar la acción negando el título del

demandante, evitándose de esa forma que éste pueda sacar algún beneficio o provecho del acto simulado o nulo (se subraya)⁶.

Circunscrito ese régimen a las excepciones explicitadas en la norma -nulidad y simulación-, se sigue de ello que a las demás, no les es aplicable el mismo y que, por ende, en el supuesto de su demostración, el acogimiento que de ellas se haga sólo puede traducir en su declaratoria de fundadas.

7. El cargo examinado, por consiguiente, se abre paso, determinación que, como es lógico entenderlo, provoca el quiebre de la sentencia cuestionada, en todo aquello relacionado con el mutuo disenso que el *ad quem* allí declaró, sin perjuicio, claro está, de lo que habrá de analizarse a continuación, en desarrollo del fallo de remplazo que pasa a proferirse.

5. Conclusión. Acorde con lo hasta aquí considerado, se revocará la sentencia en cuanto la declaración oficiosa por el a quo de terminación del contrato de depósito por mutuo disenso tácito, lo que conlleva revocar las condenas impuestas a las partes, sin lugar a costas, ya que no se causaron.

En mérito de lo expuesto, la **SALA CUARTA DE DECISIÓN CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

V. FALLA

PRIMERO: SE REVOCA PARCIALMENTE la sentencia del 18 de febrero de 2019 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Itagüí, por lo que se deja sin ningún valor ni efectos los ordinales **TERCERO, CUARTO Y QUINTO**, mismos que se revocan.

SEGUNDO: Sin lugar a costas de segunda instancia porque no se causaron.

⁶ CSJ, SC del 10 de septiembre de 2001, Rad. n.º 5961.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE Y CÚMPLASE,

JULIÁN VALENCIA CASTAÑO
Magistrado Ponente
-Aclaración de voto-

PIEDAD CECILIA VÉLEZ GAVIRIA
Magistrada

JUAN CARLOS SOSA LONDOÑO
Magistrado
-Aclaración de voto-

Salvamento de Voto

Responsabilidad Civil Contractual de Miguel Ángel Morales González. contra Herhur S.A.S y otros. M.P. Julián Valencia Castaño. Rdo. 05001 31 03 002 2017 00510 01

Como lo alegó la codemandada INVERSIONES LA ALPUJARRA S.A., la sentencia de primera instancia irrespetó el principio de congruencia, es el real alcance de la sentencia SC1662-2019, que se trajo como argumento de autoridad. Pero no creo que el asunto se resuelva simplemente revocando la sentencia como lo hizo la mayoría de la Sala.

Debió precisarse si la parte demandante no apelante estaba obligada a apelar la sentencia. En otras palabras, lo que debe determinarse es si la sentencia causaba agravio total a la actora de tal suerte que le era imperativo apelar la decisión oficiosa de la a quo.

La demanda contenía pretensión contractual indemnizatoria, para que, a través de procedimiento verbal, las empresas demandadas fueran condenadas a pagarle la suma de \$70.000.000,00 por la pérdida o desaparición del vehículo de placas RSD 333 incluido el cupo, mientras se hallaba en depósito bajo su custodia dentro de las instalaciones del Parqueadero La Alpujarra de Itagüí, más el lucro cesante y los intereses moratorios.

El resumen de los hechos da cuenta que el vehículo tractocamión lo avaluó el actor es \$ 150.000.000,00, y como se narra que en el parqueadero fue depositado el cabezote, fácil interpretar la demanda;

Cuando se hace referencia al vehículo de placas RSD 333 se trata del llamado cabezote con su cupo.

El juez de una u otra manera confiere el derecho al actor para que le sea devuelto el vehículo depositado, pero se le ordena pagar \$10.000.000,00 por concepto de parqueadero. En otras palabras, existe un agravio frente a sus pretensiones económicas, pero no totalmente. Diría, que se traduce en la condena en su contra y el no reconocimiento del lucro cesante y los intereses moratorios.

Luego, considero que el Tribunal, al revocar la sentencia, ha debido abordar el estudio de las pretensiones (pero no las de lucro cesante e intereses moratorios por no haber apelado ese aspecto) y de las excepciones y encuentro que, efectivamente existía prueba de la responsabilidad de los demandados, pues incumplieron el contrato de depósito a tal punto que el cabezote desapareció de sus instalaciones.

El depositario respondía hasta de culpa leve en la custodia y conservación de la cosa, presumiéndose que la pérdida del cabezote es culpa suya por lo que debió probar causa extraña para liberarse. (art. 1171 C. de Comercio).

En cuando a la remuneración, no queda claro que se hubiere pactado el momento en qué debía hacerse. El artículo 1170 del mismo código se refiere a la remuneración, la que se fijará en el contrato o, en su defecto, conforme a la costumbre y a falta de esta por peritos; pero nada dice del momento en qué debe hacerse.

Luego, si la cosa dada en depósito debe ser restituida al depositante cuando la reclame, en mí concepto, en ese momento surgía la obligación de pagar el valor del depósito, y por ello se otorga al depositario el derecho de retención para garantizar el pago de la sumas líquidas que le deba el depositante (arts. 1174 y 1177 lb.),

Con fundamento en esos supuestos, considero que quien primero incumplió las obligaciones propias del contrato fue el depositario, y siendo así, creo que debió analizarse la pretensión patrimonial de la demandante por la pérdida del cabezote, que justipreció en \$ 70.000.000,00.

Juan Carlos Sosa Londoño
Magistrado